

CULTURA E DIRITTI

1
2012

CULTURA E DIRITTI

PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista trimestrale • anno I • numero 1 • gennaio-marzo 2012

Pisa University Press

Scuola Superiore dell'Avvocatura

Fondazione del Consiglio Nazionale Forense

Piazza dell'Orologio, 7 - 00186 Roma

Tel. +39 06 6872866 - Fax +39 06 6873013

Sito web: www.scuolasuperioreavvocatura.it

Direttore	Alarico Mariani Marini
Direttore responsabile	David Cerri
Direzione scientifica	Guido Alpa, Amelia Bernardo, Carla Broccardo, Giuseppe Bronzini, Carlo Calvieri, Adelino Cattani, Giovanni Comandè, Giuseppe Conte, Federico Ferina, Fabio Florio, Francesco Macario, Maurizio Manzin, Giovanni Pascuzzi, Stefano Racheli, Giuseppe Santalucia, Lucia Tria, Umberto Vincenti
Comitato di redazione	Gian Luca Ballabio, David Cerri, Vincenzo Comi, Federica D'Angelo, Monica Gazzola, Francesco Miraglia, Maurizio Paganelli, Francesca Paparoni, Federico Puppo, Pier Giovanni Traversa
Segreteria di redazione	Silvia Amoruso

Numero chiuso in redazione il 29/2/2012

Hanno collaborato a questo numero: Gian Luca Ballabio, Martina Barcaroli, Francesco Bilotta, Andrea Bucelli, Giuseppe Carriero, Adelino Cattani, David Cerri, Giovanni Comandè, Fabio Florio, Valentina Giomi, Tommaso Greco, Carla Guidi, Maurizio Manzin, Michele Marchesiello, Alarico Mariani Marini, Roberto Negro, Giovanni Pascuzzi, Stefano Racheli, Ettore Randazzo, Paolo Sanna, Umberto Vincenti, Giuseppe Zaccaria

Abbonamento annuo: € 90,00

Numeri singoli: € 25,00

La richiesta va indirizzata alla segreteria della casa editrice Pisa University Press

(Tel.: 050 2212056 - Indirizzo: Lungarno Pacinotti 43 - 56126 Pisa)

La direzione della rivista esaminerà per le eventuali pubblicazione gli elaborati ricevuti all'indirizzo e-mail: redazione@scuolasuperioreavvocatura.it

Gli scritti si dovranno uniformare alle indicazioni riportate nei "Suggerimenti per gli autori" reperibili sul sito della Scuola Superiore dell'Avvocatura (www.scuolasuperioreavvocatura.it)

Registrazione presso il tribunale di Pisa numero 15 del 24 maggio 2012

Indice

Presentazione

- 11 Cultura e diritti. La nuova rivista della Scuola Superiore dell'Avvocatura
Alarico Mariani Marini

Formazione giuridica, formazione forense

- 15 Diventare avvocati e riuscire ad esserlo:
insegnare l'etica delle professioni forensi attraverso le trame narrative
Giovanni Pascuzzi
- 23 Il ruolo dell'Avvocatura nella produzione delle norme
Francesco Bilotta
- 33 Formazione e aggiornamento.
Tra obbligo deontologico e condivisione di un valore necessario
David Cerri

Argomentazione e linguaggio

- 43 Alcune riflessioni in tema di argomentazione nel processo.
Opinare, persuadere, convincere
Stefano Racheli
- 53 Argomentare per persuadere, dimostrare per convincere
Adelino Cattani
- 63 La "svolta argomentativa" in Italia e il contributo della metodologia
alla formazione del giurista pratico - *Prima parte*
Maurizio Manzin

Diritti umani e fondamentali

- 71 Il Codice dei diritti umani e il ruolo fondamentale della Dichiarazione universale
Giuseppe Zaccaria
- 75 L'informazione ambientale. Strumento di tutela di un diritto fondamentale
Gian Luca Ballabio

- 85 Gli Avvocati al servizio degli Avvocati. Les Avocats au service des Avocats
Un'iniziativa concreta per garantire l'accesso alla giustizia
Martina Barcaroli

Etica professionale e deontologia

- 91 Il ritorno dei doveri
Tommaso Greco
- 99 Etica della giustizia, etica della retribuzione
(in margine ad alcune opere di Hogarth, Giotto e Lorenzetti)
Umberto Vincenti
- 107 "Etica e affari" di Gustavo Visentini: in margine a un incontro fiorentino
Andrea Bucelli

Approfondimenti

- 119 Il danno alla salute. Supplenza e sistema nella recente giurisprudenza di Cassazione
Giovanni Comandè
- 127 L'esame incrociato nelle aule di giustizia: dalle devianze al ritorno alla legalità
Ettore Randazzo

Mediazione e conciliazione

- 139 Advocatura e mediazione. La Commissione per lo studio e la riforma della mediazione e della conciliazione del Consiglio Nazionale Forense
Fabio Florio
- 143 Documenti
La proposta di Regolamento unitario per gli Organismi di mediazione costituiti dai Consigli dell'Ordine degli Avvocati predisposta dal Consiglio Nazionale Forense

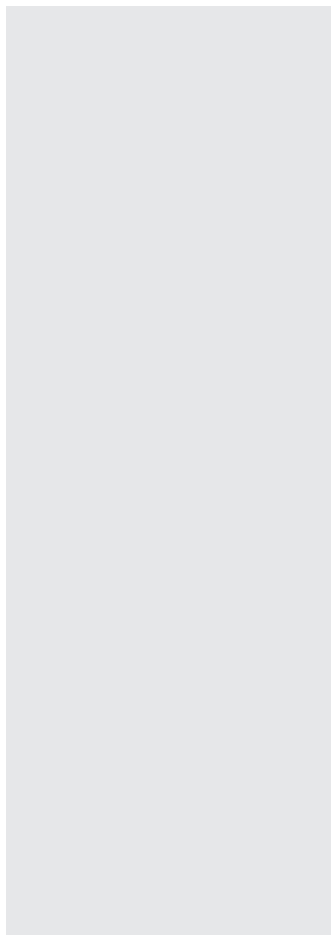
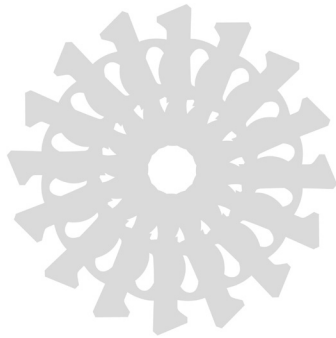
Avvocatura e società

- 155 Giustizia civile ed economia. Gli avvocati italiani per la ripresa
Giuseppe Carriero
- 161 La pratica forense come scelta consapevole
Carla Guidi

Cultura e professione

- 167 Il comico e la legge
Michele Marchesiello
- 173 L'Avvocato del Diavolo. L'ascesa, il declino e la caduta di un giurista
tra Weimar e Terzo Reich
Roberto Negro
- 183 Recensione a *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore* di Alessandro Barca
Paolo Sanna
- 186 Recensione a *Ordinamento giudiziario e forense* di Giuliano Scarselli
Valentina Giomi
- 189 Notizie sugli autori

PRESENTAZIONE



Cultura e diritti

La nuova rivista della Scuola Superiore dell'Avvocatura

Alarico Mariani Marini

Con questo fascicolo ha inizio la pubblicazione della nuova rivista della Scuola Superiore dell'Avvocatura, il cui titolo sarà *CULTURA E DIRITTI. Per una formazione giuridica*.

Diritto e Formazione ha infatti esaurito il suo ciclo con l'anno 2011 a seguito della cessazione del rapporto con l'editore.

La nuova rivista ha assunto pertanto una nuova denominazione, e viene pubblicata con l'editrice Pisa University Press dell'Ateneo di Pisa, con la quale la Scuola Superiore ha pubblicato sinora otto volumi della Collana di Formazione Giuridica e la edizione anastatica dell'opera di Demetrio (II sec. a.C.) *Sullo stile del discorso* nella traduzione cinquecentesca di Pier Segni, Accademico della Crusca, e in quella settecentesca dell'umanista fiorentino Marcello Adriani il Giovane.

La nuova rivista trimestrale sarà fedele nella impostazione alla scelta della Scuola Superiore di valorizzare ed approfondire i contenuti che ne hanno in questi anni caratterizzato l'attività e di sviluppare l'esperienza maturata nel corso di una feconda collaborazione con le Scuole forensi sorte, numerose, ad iniziativa degli Ordini e delle fondazioni da questi istituite.

Nell'ultimo decennio, a seguito della decisione del Consiglio Nazionale Forense di dar vita ad un Centro per la formazione professionale degli avvocati poi perfezionata con la istituzione della Fondazione Scuola Superiore dell'Avvocatura, la formazione dei giovani laureati in giurisprudenza praticanti negli studi legali ha assunto un ruolo rilevante tra le finalità delle istituzioni forensi.

Si è consolidata la consapevolezza che una formazione mirata al corretto esercizio della professione rappresenta l'indispensabile integrazione dell'insegnamento del diritto, e che il tradizionale tirocinio negli studi legali è in grado di assolvere pienamente la sua funzione se sperimenta nella effettività della pratica le discipline e le tecniche per l'interpretazione e l'applicazione del diritto.

Di qui l'impegno allo studio e all'approfondimento dei contenuti e dei metodi della formazione iniziale dell'avvocato, anche attraverso la conoscenza delle esperienze maturate nell'Europa continentale e nei Paesi di *common law*, nei quali l'Avvocatura è stata protagonista nell'insegnamento del diritto e nell'educazione alle prassi virtuose dell'avvocato.

Si è così gradualmente formato attraverso le pubblicazioni del Centro per la Formazione e della Scuola Superiore dell'Avvocatura, grazie alla collaborazione di avvocati, di docenti universitari ed anche di magistrati, un vasto materiale che ha sinora rappresentato un contributo determinante per lo sviluppo delle attività

formative e, al tempo stesso, un laboratorio di riflessione e di approfondimento nei numerosissimi seminari e convegni promossi in questi anni.

Prima ancora che nel 2007 l'aggiornamento professionale degli avvocati trovasse la sua disciplina nel *Regolamento per la formazione continua* emanato dal Consiglio Nazionale Forense, le attività del Centro e della Scuola Superiore hanno assolto e tuttora concorrono efficacemente ad assolvere tale compito, anche per l'inscindibilità dei contenuti culturali, etici e tecnici che disegnano l'identità di un'avvocatura preparata e responsabile nell'adempimento del mandato professionale e dei propri doveri verso la società.

I temi della rivista saranno quindi coerenti alla linea che sinora ha caratterizzato gli indirizzi e le attività della Scuola Superiore, e che ne hanno segnato la specialità rispetto ad altre pubblicazioni, con una particolare attenzione alla evoluzione impressa al mondo del diritto dal nuovo sistema delle fonti ed alla influenza che il diritto europeo e la giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo stanno esercitando sul diritto vivente delle corti nazionali e sulla funzione dell'avvocato e del giudice.

La rivista tratterà pertanto, in primo luogo, argomenti che riguardano le attività di formazione iniziale e continua nei profili di metodo e sperimentazione, e negli aspetti relativi alle abilità e alle tecniche dell'avvocato con particolare riguardo alle tecniche dell'argomentazione, dell'interpretazione, del linguaggio, della costruzione del testo, dell'analisi della giurisprudenza.

Saranno anche trattati temi che riguardano la condizione della donna nella professione, le prospettive dei giovani, la mediazione e i problemi del nostro ordinamento.

Sarà riservato un particolare rilievo all'etica professionale e ai Diritti umani e fondamentali approfondendo problemi nei quali le trasformazioni indotte dai nuovi diritti e il ruolo che spetta all'avvocato per realizzarne l'effettività si coniugano con valori etici che investono doveri e responsabilità verso la comunità umana.

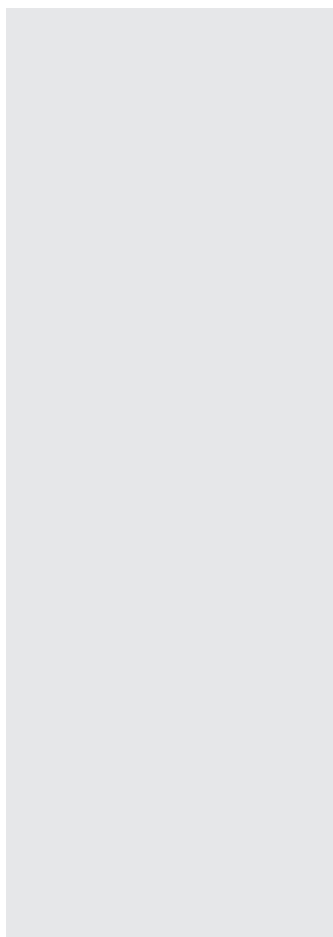
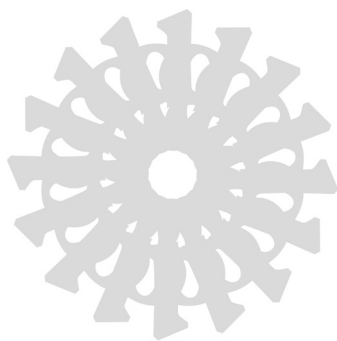
Ci proponiamo anche di ampliare la prospettiva delle conoscenze al mondo delle professioni legali in Europa, con il quale ci siamo confrontati nelle due Conferenze di Roma sulla formazione dell'avvocato europeo, e al rapporto tra avvocatura e società, oggi in profonda crisi, nella ricerca di comuni valori di riferimento.

La rivista, infine, seguirà a proporre un tema oggetto di nostro costante interesse quale è quello dei rapporti tra cultura, diritti, giustizia e professione.

Cultura, etica e tecnica professionali hanno sinora rappresentato il terreno di incontro tra la Scuola Superiore e le Scuole forensi, dove molti colleghi da anni dispiegano una ammirevole dedizione, ed Ordini ed associazioni.

Il nostro impegno è di proporre problemi alla discussione, di promuovere il confronto su ciò che si chiede all'avvocatura in un mondo che cambia, di guardare soprattutto a un futuro nel quale i giovani ricercano, disorientati e spesso inascoltati, il loro avvenire.

FORMAZIONE GIURIDICA, FORMAZIONE FORENSE



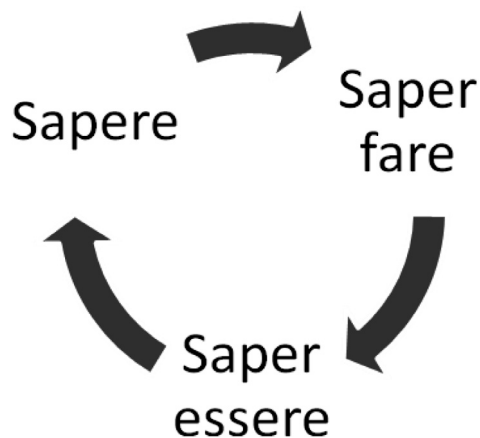
Diventare avvocati e riuscire ad esserlo: insegnare l'etica delle professioni forensi attraverso le trame narrative

Giovanni Pascuzzi

I saperi dell'avvocato

L'avvocato deve padroneggiare saperi diversi:

- a) Il sapere giuridico. È costituito dal patrimonio sapienziale accumulato dai giuristi nel corso di millenni e che, nell'immaginario collettivo, è custodito nelle biblioteche giuridiche e, più di recente, nelle banche dati telematiche.
- b) Il saper fare. Si tratta delle molteplici abilità che il giurista deve possedere al fine di svolgere le attività che può essere chiamato a svolgere. Ad esempio: interpretare i testi; risolvere problemi giuridici; applicare regole a problemi; negoziare; configurare soluzioni innovative; parlare in pubblico; organizzare il proprio lavoro e quello dei propri collaboratori; e così via¹.
- c) Il saper essere. È la capacità di comprendere il contesto in cui si opera, di gestire le interazioni con gli altri attori sociali presenti nel contesto, di adottare i comportamenti appropriati, ivi compresi quelli dettati dai codici deontologici.



¹ Sulle abilità del giurista v.: G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, il Mulino, Bologna 2008.

Le tre frecce che si inseguono danno l'idea che non esiste un sapere che viene prima e un sapere che viene dopo. Ogni tipo di sapere influisce ed è influenzato dall'altro. Un incremento del sapere favorisce l'incremento del saper fare e del saper essere. Ma l'incremento di questi ultimi genera nuovo sapere che migliora ulteriormente il saper fare e il saper essere e così via.

Il saper essere dell'avvocato

Il saper essere dell'avvocato coincide innanzitutto con il rispetto delle norme etico/deontologiche. Le fonti delle norme deontologiche dell'avvocato sono:

- a) La legge forense (r.d.l. 1578/1933). In particolare si prevede che: l'avvocato non possa, senza giusto motivo, rifiutare il suo ufficio (art. 11); gli avvocati adempiano il loro ministero con dignità e con decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia (art. 12). Gli avvocati, inoltre, devono giurare, all'inizio della carriera, di adempiere i propri doveri professionali con lealtà, onore e diligenza per i fini della giustizia e per gli interessi superiori della Nazione.
- b) Il codice deontologico degli avvocati². Quest'ultimo, introdotto nel 1997, impone all'avvocato gli obblighi di: probità, dignità e decoro; lealtà e correttezza; fedeltà; diligenza; segretezza e riservatezza; indipendenza; difesa; competenza; aggiornamento professionale; verità; adempimento previdenziale e fiscale; evitare incompatibilità.
- c) La giurisprudenza del Consiglio Nazionale Forense.

Il rispetto delle regole deontologiche, però, non esaurisce il "saper essere" dell'avvocato. Esistono situazioni nelle quali occorre prendere decisioni in relazione alle quali il mero rispetto delle regole deontologiche non è sufficiente a fare la scelta più giusta. Situazioni in cui essere all'altezza del compito richiede qualcosa in più.

Si pensi, ad esempio, dei cosiddetti "dilemmi etici" dell'avvocato. Ci possono essere casi in cui prendere una decisione moralmente corretta conduce a risultati non auspicabili. O, viceversa, casi in cui assumere una decisione moralmente riprovevole genera risultati eticamente apprezzabili.

Un esempio di dilemma etico è il seguente. Un avvocato viene nominato difensore d'ufficio di un ragazzo di 26 anni accusato di aver violentato e ucciso una ragazzina di 15 anni. L'imputato confessa all'avvocato di aver commesso il

² Il preambolo al codice deontologico degli avvocati recita: «L'avvocato esercita la propria attività in piena libertà, autonomia ed indipendenza, per tutelare i diritti e gli interessi della persona, assicurando la conoscenza delle leggi e contribuendo in tal modo all'attuazione dell'ordinamento per i fini della giustizia. Nell'esercizio della sua funzione, l'avvocato vigila sulla conformità delle leggi ai principi della Costituzione, nel rispetto della Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e dell'Ordinamento comunitario; garantisce il diritto alla libertà e sicurezza e l'inviolabilità della difesa; assicura la regolarità del giudizio e del contraddittorio. Le norme deontologiche sono essenziali per la realizzazione e la tutela di questi valori».

crimine ma gli chiede di difenderlo davanti ai giudici sostenendo che non ha commesso il fatto. Che cosa deve fare un “bravo avvocato”³?

Questa domanda è complicata perché per rispondere ad essa non è sufficiente guardare alle sole norme deontologiche. L'avvocato deve valutare le conseguenze dei comportamenti che pone in essere. Perché l'avvocato ha anche una responsabilità sociale.

L'etica professionale dell'avvocato va oltre il mero rispetto del codice deontologico. L'avvocato ha dei doveri verso la società che comprendono il rispetto dei diritti umani e fondamentali delle persone e delle cose anche non direttamente coinvolte nel rapporto professionale e nel processo. L'etica professionale, pertanto, comprende: la deontologia; la responsabilità sociale; il sistema dei diritti.

Come si apprende il saper essere?

Il sapere si apprende attraverso il linguaggio. Gli studenti studiano su libri di testo e ascoltano le lezioni dei docenti. Quando va bene interagiscono con loro. Attraverso la parola scritta o orale il sapere viene rappresentato e trasmesso.

Ma come si apprende il saper essere?

Il fatto che l'accesso alle professioni di avvocato, notaio e magistrato (ma discorso analogo vale per tutte le professioni: medico, ingegnere, giornalista, geologo, ecc.) preveda un periodo di tirocinio/praticantato (nel quale il giovane viene affiancato, per un certo periodo, al giurista già esperto), sembrerebbe dimostrare che il saper fare e il saper essere si apprendono attraverso meccanismi quali l'osservazione, l'imitazione e l'esperienza.

Per formare gli avvocati di domani occorre pensare a strategie didattiche diverse dalla lezione cattedratica tradizionale. A strategie più idonee a far apprendere i saperi che difficilmente si trasmettono attraverso il linguaggio.

Quante volte sentiamo ripetere che dare il buon esempio è l'unico modo per promuovere comportamenti virtuosi negli altri. Questa affermazione si basa sul presupposto che gli altri “osservando” il comportamento corretto tenuto da una certa persona (il professore, l'avvocato più anziano, il *leader*) saranno portati ad “imitarlo” e a “sperimentarlo” magari per migliorarlo ancora.

Occorre quindi pensare a strategie didattiche (nelle aule universitarie e nelle scuole di formazione *post lauream*) che facciano leva su: osservazione, imitazione ed esperienza. In tale traiettoria si può pensare di ricorrere a

³ Alla luce del codice deontologico, l'avvocato deve agire sulla base di queste due norme: *Art. 8 - Doveri di diligenza*. L'avvocato deve adempiere i propri doveri professionali con diligenza. *Art. 9 - Doveri di segretezza e riservatezza*. È dovere, oltre che diritto, primario e fondamentale dell'avvocato mantenere il segreto sull'attività prestata e su tutte le informazioni che siano a lui fornite dalla parte assistita o di cui sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato.

simulazioni, giochi di ruolo e così via⁴. Attraverso questi meccanismi si ricostruiscono esperienze della vita reale che aiutano gli studenti a meglio comprendere i problemi nei quali potranno imbattersi. Ma anche a meglio capire quali siano i comportamenti da evitare (per le conseguenze nefaste che possono produrre) e, viceversa, quelli più corretti perché idonei ad innescare dinamiche virtuose.

Insegnare l'etica delle professioni forensi attraverso le trame narrative

A ben vedere le trame narrative (letterarie, teatrali, cinematografiche) altro non sono che ricostruzioni di aspetti di vita reale. Leggendo libri o visionando film è possibile “visualizzare” concretamente i problemi ed anche osservare quali sono i comportamenti da tenere.

Ovviamente lo scopo non è quello di imporre l'una o l'altra “visione del mondo”. Bensì quella di inquadrare le problematiche e provare ad enucleare i principi alla cui stregua ciascuno studente dovrà elaborare la propria decisione su ciò che è più corretto fare.

Proviamo a fare degli esempi.

Nel film *Il verdetto* Paul Newman interpreta un avvocato che annega nell'alcol i dispiaceri privati e gli insuccessi professionali. Egli si trova a difendere i diritti di una povera donna che, operata nel principale ospedale cattolico della città, è da quattro anni in coma permanente per uno sbaglio nell'anestesia. In una delle scene iniziali del film si vede Paul Newman cercare di procacciarsi i clienti andando ai funerali di persone a lui sconosciute e offrendo i suoi servizi ai parenti del defunto. Tale pratica è palesemente contraria al principio deontologico (prima ricordato) che impone all'avvocato di comportarsi con dignità e decoro.

Osservando la scena è possibile rappresentare il problema e far vedere come può concretamente operare il principio deontologico.

Nel film *Il mistero von Bulow* un possidente è stato condannato in primo grado per uxoricidio. Un avvocato (professore all'Università di Harvard) accetta di difenderlo nel processo di appello. Una studentessa chiede al professore: «von Bulow è palesemente colpevole di un delitto spregevole e se grazie a noi tornasse libero diventeremmo suoi complici in questo crimine, sarebbe favoreggiamento. Come ha potuto accettare questo caso?». Il professore spiega che, secondo lui, i figliastri di Von Bulow hanno costruito prove false per incastrare il patrigno, prove poi spedite alla pubblica accusa. Se si fosse affermata questa prassi, in futuro i ricchi avrebbero fatto sempre così, creando una discriminazione tra chi può permettersi di costruire le prove false e la

⁴ Per approfondimenti v. G. PASCUZZI, *Per una metodologia didattica (per le scuole forensi)*, in *Diritto e formazione*, n. 5/2009, p. 762; rinvenibile anche online all'indirizzo: http://www.jus.unitn.it/users/pascuzzi/pubblicazioni/metodologia_didattica.pdf.

povera gente. Non difendere von Bulow avrebbe significato far affermare un principio che poi si sarebbe ritorto contro l'equità dell'intero sistema. Il professore conclude dicendo alla sua studentessa: «Le cose sono più complicate della tua semplicistica morale».

Questo ben può essere un esempio di dilemma etico. A prima vista un atteggiamento moralistico porterebbe a disinteressarsi di una persona già condannata in primo grado per aver ucciso la propria moglie. Le cose però sono molto più complicate di come appaiono.

Il film *Philadelphia* narra la storia di un avvocato molto bravo che subisce un licenziamento discriminatorio. Viene accusato dai suoi partner di studio di aver trascurato importanti adempimenti. In realtà si tratta di un'accusa montata ad arte: i partner lo vogliono cacciare dallo studio perché malato di AIDS. Nel corso del processo c'è una scena che vede un dialogo tra Tom Hanks (l'avvocato licenziato) e Denzel Washington (il suo avvocato difensore nel giudizio). Ecco il dialogo:

«Lei è un buon avvocato, Andrew?».

«Sono un eccellente avvocato».

«Cosa la rende un avvocato eccellente?».

«Io amo il diritto, conosco il diritto, sono eccellente nella sua pratica».

«Cosa le piace del diritto, Andrew?».

«Molte cose. Cosa mi piace di più del diritto?».

«Sì».

«Il fatto che una volta ogni tanto, non sempre, ma a volte, diventi parte della giustizia. La giustizia applicata alla vita. È una esperienza davvero eccitante quando questo avviene».

Partendo da questo dialogo si possono imbastire molti discorsi sul ruolo dell'avvocato e sulle sue responsabilità nei confronti della società che vanno ben oltre gli interessi in conflitto in ogni singolo processo. L'avvocato concorre alla affermazione della giustizia nel caso concreto. Inutile dire che da sempre la 'giustizia' è uno dei pilastri della civiltà.

Per concludere gli esempi, si può ricordare che proprio appellandosi alla giustizia, l'ormai negletto avvocato Paul Newman ottiene il suo riscatto nel già citato film *Il verdetto*. Questa la sua arringa finale: «Noi per lo più nella vita ci sentiamo smarriti. Diciamo: 'Ti prego, Dio, dicci che cos'è giusto, dicci che cos'è vero'. E non esiste giustizia. Il ricco vince e il povero è impotente. [Pausa] Ci sentiamo... stanchi di sentire le menzogne della gente. E con il tempo diventiamo morti. Un po' morti, sì... considerando noi stessi... come vittime. E ci diventiamo vittime. Diventiamo... diventiamo deboli. Dubitiamo di noi, di ogni nostro principio. Dubitiamo delle nostre istituzioni. E dubitiamo della legge. Ma oggi voi siete la legge. [Si avvicina ai giurati. Scandendo] Voi siete la legge. Non i libri, non gli avvocati. Non una statua di marmo... o l'apparato della Corte. Quelli sono solo simboli del nostro desiderio... di essere giusti. Ma essi sono... sono di fatto una preghiera. Sono una fervente, una spaventata

preghiera. Nella mia religione si dice: agisci come se avessi fede. E la fede, la fede ti sarà data. Se... se dobbiamo avere fede nella giustizia... ci basta solo di credere in noi stessi... e agire con giustizia. E credo ci sia giustizia nei nostri cuori».

Conclusioni

Il mestiere dell'avvocato si struttura su saperi diversi tra loro, per natura e modalità di apprendimento. Ciascuno di essi è ugualmente importante e concorre insieme agli altri alla formazione del professionista. L'avvocato deve essere in grado di padroneggiare "il diritto", conoscendo gli istituti, il dato normativo e gli orientamenti giurisprudenziali. Nell'esercizio quotidiano, egli è chiamato ad esercitare quelle abilità che costituiscono il tratto caratterizzante – "tipico" – della sua professione. L'avvocato, inoltre, in quanto attore sociale si trova a dover adottare i comportamenti appropriati, comprendendo il contesto in cui opera e dovendo interagire con altri soggetti. Tali comportamenti coincidono innanzitutto con le norme poste dal codice di deontologia forense, tuttavia l'etica professionale non si esaurisce nella summa delle prescrizioni deontologiche. Il passaggio risulta particolarmente evidente con riferimento a quelli che abbiamo definito dilemmi etici. L'avvocato, infatti, deve maturare la consapevolezza del proprio ruolo sociale e della responsabilità che con il suo operare assume nei confronti dei consociati. Il suo palcoscenico è ben più esteso dell'aula di un tribunale.

"Sapere", "Saper fare" e "Saper essere": tre saperi ugualmente importanti, dunque, sebbene l'ultimo appaia di più difficile teorizzazione e necessiti di un metodo di apprendimento non scontato. Infatti, se la conoscenza teorica delle elaborazioni concettuali della fenomenologia giuridica può essere appresa attraverso il linguaggio e lo studio, la conoscenza professionale attraverso l'imitazione e la pratica, un discorso diverso vale per l'apprendimento di quello che abbiamo chiamato "saper essere".

Le trame narrative si presentano come un utile supporto per questo tipo di processo didattico. Esse, in fondo, rappresentano degli specula che consentono allo studente o all'avvocato di guardare la propria professione da un altro punto di vista. Sono dei microcosmi, che riproducono un macrocosmo più ampio, ma più facili da osservare e da capire. Il principio è semplice: l'abitante di una valle non riesce ad avere una visione d'insieme del luogo in cui vive fino a quando non la osserva da un'altura. Gli esempi cinematografici citati consentono, da un lato, di comprendere meglio alcuni meccanismi e principi propri di questa professione (come nel caso del *Il verdetto*), dall'altro, offrono la possibilità di riflettere sui dilemmi etici nei quali lo studente o il giovane avvocato potrebbe imbattersi nello svolgimento della professione (si veda in tal senso *Il mistero von Bulow*). Ma il cinema – e la letteratura in generale – è in grado di condurci a ben più profondi interrogativi, portando l'operatore del

diritto a riconsiderare e ripensare il suo stesso ruolo all'interno della società civile: non semplice tecnico della giustizia, ma parte integrante della stessa (a tal proposito è emblematico il dialogo riportato da *Philadelphia*).

Le trame narrative sono molto utili per insegnare che non è sufficiente diventare avvocati (superando un esame): occorre anche, e, forse, soprattutto, riuscire ad esserlo.

Il ruolo dell'Avvocatura nella produzione delle norme

Francesco Bilotta

La teoria dei formanti

Anche se pochi sarebbero disposti ad ammetterlo – specialmente tra i costituzionalisti – la teoria delle fonti del diritto ha subito negli anni una lenta, ma inesorabile, modificazione grazie all'entrata in scena della c.d. “teoria dei formanti”¹. Cosa sia – anche se approssimativamente – è presto detto. Le fonti di produzione del diritto non coincidono affatto con gli atti (o nel caso delle consuetudini, nei comportamenti considerati doverosi dalla collettività) che, in primo luogo, la Costituzione individua come tali. Essi semmai possono essere considerati “una” delle fonti del diritto.

Volendo studiare un Ordinamento giuridico, uno qualsiasi che abbia come fonte primaria l'atto legislativo, non basta entrare in una biblioteca contenente – in ipotesi – tutti gli atti normativi vigenti in quel certo Paese. Se ci si limiterà a leggerli, probabilmente se ne conosceranno le leggi, non certo il diritto, ossia l'insieme delle regole di comportamento, sostenute dalla forza dello Stato, che i membri di quella certa comunità seguono nella loro quotidianità. In uno studio siffatto, oltre le leggi, dovremmo andare alla ricerca in primo luogo dell'interpretazione che di quei testi scritti forniscono la giurisprudenza e i teorici del diritto, ossia gli altri due principali “formanti” dell'Ordinamento². Solo la conoscenza approfondita dei

¹ Ideatore della teoria, come è noto, è R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino 1992; di cui si veda anche la voce *Formante*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VIII, Utet, Torino 1992.

² A cui non si può non aggiungere la prassi amministrativa e quella costituzionale, su cui v. G. ALPA, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Utet, Torino 1999. Ovviamente la prassi amministrativa non può essere considerata in senso formale fonte del diritto (cosa ribadita più volte dalla Corte costituzionale), ma in senso ampio la prassi amministrativa è idonea a incidere sulla concreta conformazione delle norme e se non contrastata, anche se contraria a norme di livello costituzionale, è capace di influenzare stabilmente i comportamenti dei consociati. La prassi costituzionale e amministrativa vengono annoverate da T. MARTINES, *Diritto pubblico*, 7^a ed., Giuffrè, Milano 2007, p. 8 tra le fonti *extra-ordinem*. N. BOBBIO, *Diritto e scienze sociali*, in ID., *Dalla struttura alla funzione*, Comunità, Milano 1977, p. 39, nota che «ciò cui si guarda oggi con sempre maggiore attenzione non è tanto la consuetudine di cui si parla nei manuali, quanto ogni forma di produzione spontanea, cioè non autoritativamente posta, di regole che l'uso e il consenso per lo più tacito degli utenti rendono efficaci assai più che non tante leggi formali o nate morte o morte di consunzione o di senescenza o cadute in un letargo che prelude alla morte. Il giurista diventa sempre più sensibile al fenomeno della “prassi”, ovunque essa si manifesti [...] vale a dire a tutti quei comportamenti effettivi e reiterati in margine o in aggiunta o in contrasto con norme formali, che costituiscono il tessuto connettivo di un'istituzione e permettono a coloro che ne partecipano o ne fruiscono di prevederne la crescita e quindi di agire avvedutamente».

tre fattori che contribuiscono all'enunciazione della regola di comportamento ci consentirà di conoscere il diritto di quel certo Paese³.

A chi scrive pare evidente un'impronta strutturalista in tale modo di ricostruire le fonti del diritto. E sulla stessa linea si muove chi arricchisce i formanti dell'Ordinamento con l'evidenziare l'apporto della avvocatura nell'elaborazione della regola giuridica⁴. In buona sostanza, se si ammette che il lavoro della giurisprudenza consista principalmente nell'attribuzione di un significato al testo (di legge) scritto, così da enucleare una regola di comportamento, l'avvocatura – specialmente in ambito civile – costituisce lo stimolo necessario per lo svolgimento di tale lavoro. Infatti, senza la sottoposizione al giudice del caso da decidere, con la necessaria sussunzione del fatto in una fattispecie normativa astratta, non ci sarebbe alcuna sentenza, ossia quel testo secondario con cui si attribuisce senso a una determinata legge (testo primario) e si scandiscono le regole di comportamento che di lì in avanti le parti del processo dovranno seguire. Ora, è evidente che il ruolo dell'avvocato non si esaurisca semplicemente nel dare occasione al giudice di *ius dicere*.

Con l'atto introduttivo del giudizio, individuando le ragioni di diritto che sottostanno alla domanda, si forniranno al giudice le argomentazioni utili per l'interpretazione della norma. In tal guisa, l'avvocato generalmente immette nel processo quegli spunti interpretativi che i teorici del diritto hanno già elaborato astrattamente. Ecco dimostrato che oltre alla funzione di stimolo per l'emanazione di una sentenza, l'avvocato è un veicolo privilegiato di concetti e significati nel dialogo tra il formante legislativo, giurisprudenziale e dottrinale. Eppure, se ci si limitasse a descrivere in tal modo l'utilità che il lavoro dell'avvocato fornisce al sistema giuridico, se ne darebbe una rappresentazione riduttiva.

Vuoi perché l'avvocato spesso si trova a dover per primo affrontare un certo caso sulla base di una norma appena entrata in vigore, vuoi perché da tecnico affina negli anni una capacità ermeneutica assolutamente non secondaria a

³ «L'idea legalistica, che confonde diritto e legge, poté conseguire e conseguì comprensibili successi allorché la legge rivoluzionaria era impegnata nel sotterrare le consuetudini feudali e paesane, e lo statalismo hegeliano ricorreva all'idea della legge, espressione della volontà dello Stato. Ma l'idea della necessaria statualità e legalità del diritto ha perso e perde terreno in modo crescente dall'inizio del XX secolo». Così R. SACCO, *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, Il Mulino, Bologna 2007, p. 80. Sottolinea N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano 2008, p. 153: «se con l'espressione diritto si designa non l'insieme delle disposizioni legislative, ma il complesso di norme che tali disposizioni esprimono come loro significato, allora non si può non ammettere che il risultato nasce non dalla legislazione in quanto tale, ma dall'interpretazione di tutto il sistema delle fonti e quindi quanto meno dalla collaborazione tra legislatore e interpreti». M. BUSSANI, *Il diritto dell'occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino 2010, p. 8, definisce goffa l'equiparazione tra legge e diritto.

⁴ Non bisogna mai trascurare il ruolo dei pratici (specialmente degli avvocati) nell'elaborazione della regola giuridica, come ricorda P.G. MONATERI, *Pensare il diritto civile*, Giappichelli, Torino 2006.

quella dei teorici puri del diritto, comunque sia, può darsi il caso che l'avvocato sia la prima fonte di una interpretazione originale di un certo testo. L'atto processuale diviene così il mezzo per immettere nel sistema, attraverso la decisione del magistrato, una nuova interpretazione dei testi legislativi operata dall'avvocato. Il giudice, nel caso che andiamo considerando, diviene solo il viatico che legittima istituzionalmente la regola di comportamento individuata dal lavoro ermeneutico dell'avvocato.

Ciò avviene più spesso di quanto si pensi, come sa chiunque abbia pratica delle Corti. Purtroppo, non usiamo nel nostro Paese pubblicare gli atti giudiziari degli avvocati, mentre raccogliamo con scrupolo le decisioni dei giudici di ogni grado. Eppure, spesso, senza il lavoro degli avvocati quelle decisioni o non esisterebbero affatto, o non esisterebbero con quei contenuti. Di rado, la lettura della sentenza consente di riconoscere in trasparenza il ruolo che nella costruzione della motivazione ha avuto l'atto difensivo di parte. Più di recente, però, grazie a internet, spesso si ha la possibilità di conoscere nella loro integralità gli atti degli avvocati in un determinato procedimento⁵.

Alla luce di tali considerazioni appare chiaro lo scarto tra la teoria dei formanti e la teoria classica delle fonti di produzione del diritto. Oggigiorno, in un qualsiasi studio legale è impossibile trovare una Gazzetta ufficiale, sia pure in forma elettronica, senza una messe di riviste che raccolgono dottrina e giurisprudenza sui più svariati temi. Tanto nella preparazione all'esame di Stato per avvocato, quanto nella preparazione del concorso in magistratura, l'attenzione del discente è rivolta a tutti e tre i formanti dell'Ordinamento. Sebbene, quindi, sia raro rintracciare nei manuali universitari una ricostruzione delle fonti di produzione del diritto modellata sulla teoria dei formanti, possiamo ben dire che gli operatori del diritto la presuppongono nella loro formazione e in ciascuno dei loro atti.

Il diritto visto dai cittadini

Il mancato riconoscimento espresso della teoria dei formanti come “la” teoria delle fonti di produzione del diritto, comporta una gravissima distorsione nel rapporto tra operatori della giustizia e società civile. Infatti, la ripetizione costante del primato della legge (e quindi del Parlamento come soggetto istituzionale

⁵ Dalla lettura delle motivazioni delle sentenze è possibile spesso risalire alle argomentazioni che hanno sostenuto le tesi avverse delle parti nel processo. Il punto, però, da sottolineare è che una sentenza, a sua volta, è un testo argomentativo. Il giudice proprio perché deve motivare la sua decisione, seleziona gli argomenti delle parti in funzione della propria tesi, favorevole all'una o all'altra parte del processo. Ciò è particolarmente evidente nell'ambito del processo civile, giusto il “principio della domanda” che vincola il giudice in maniera stringente all'analisi degli argomenti che gli sono stati offerti nel corso del processo. Di grandi processi spesso è stata curata un'edizione integrale degli atti, come testimonia il recente volume di D. DOLCI, *Processo all'articolo 4*, Sellerio, Palermo 2011.

deputato a crearla) dimentica degli altri formanti, induce i non esperti a ritenere secondario, se non del tutto inutile il ruolo tanto dei teorici del diritto, tanto della giurisprudenza e a considerare perfino dannosi per il sistema giuridico gli avvocati. Ma al di là della considerazione sociale dei professori universitari, dei magistrati e degli avvocati, quello che colpisce nei cittadini (e purtroppo anche in molti teorici del diritto) è la visione quasi feticistica del testo normativo. I limiti del consentito e del vietato individuati dalla legge – estremizzando il ragionamento – vengono letti in presa diretta, senza mediazione alcuna della conoscenza della giurisprudenza e della teoria giuridica. Qualcuno può considerare tale situazione un bene; per certi versi la realizzazione degli ideali settecenteschi che hanno caratterizzato l'epoca delle codificazioni, favorita dalla diffusa scolarizzazione odierna⁶. Ma il giudizio può essere positivo solo a condizione di immaginare il testo normativo come autosufficiente, cioè non bisognoso sul piano linguistico di alcuna mediazione, affinché il significato che esso racchiude sia comprensibile in tutte le sue implicazioni. Esemplificare aiuterà a comprendere meglio quanto si va dicendo.

Ipotizziamo che una determinata vicenda sfugga alla considerazione del legislatore. C'è in altre parole un vuoto normativo. È noto a tutti che il vuoto possa essere colmato sul piano interpretativo in diritto civile, grazie alla previsione dell'art. 12 disp. prel., mentre tale modo di procedere rimane precluso all'interprete nel diritto penale, a mente dell'art. 14 disp. prel. È ben difficile che tale distinzione sia diffusamente conosciuta e che il cittadino-non-giurista ne sia consapevole. È così che dinanzi a tale vuoto, spesso in maniera consapevole e quindi colpevole, si induca nei cittadini, soprattutto da parte dei politici di mestiere, la convinzione che nulla si possa fare nel silenzio del legislatore. Tale opinione, giustificata dal principio della divisione dei poteri dello Stato, occulta il tentativo di accentrare il potere nelle mani dei pochi che agiscono all'interno delle istituzioni pubbliche. Retoricamente appare come la forma più avanzata di tutela del principio democratico, ma di fatto si traduce nella gestione oligarchica della cosa pubblica.

I più attivi nello smascherare siffatto gioco sono ovviamente gli avvocati, non tanto perché i teorici del diritto non ne abbiano le capacità, ma perché differentemente dagli avvocati sono lontani (spesso, ma non sempre) dalla quotidianità in cui maturano i soprusi prodotti da un tale approccio. Inoltre, gli avvocati, per mestiere, hanno in mano le chiavi per attivare la macchina della giustizia, ossia quel meccanismo istituzionale che tra l'altro è funzionale a reagire ai tentativi di usurpazione del potere, soprattutto di quel micro-potere che caratterizza i rapporti tra i consociati. È a tutti evidente che una democrazia funziona bene, non solo quando ha buone leggi, ma soprattutto quando ha

⁶ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna 1998.

buoni magistrati. Ci si dimentica però di sottolineare che senza buoni avvocati, almeno in ambito civile, i magistrati non sollecitati a pronunciarsi dovrebbero sempre tacere, con grande detrimento della democrazia.

Il dinamismo dei formanti

La teoria dei formanti, così come l'abbiamo descritta fin'ora, non ci consente di comprendere a sufficienza le interrelazioni tra gli stessi. Ci dice soltanto che la regola di comportamento che ciascuno di noi segue è figlia del convergere di più fattori: la legge, la teoria giuridica, la giurisprudenza, l'argomentazione degli avvocati. Ma a partire dal risultato, cioè la decantazione della regola giuridica, qual è la dinamica che caratterizza le relazioni tra i formanti del sistema? In altri termini in che modo si produce una certa regola giuridica? Non basta rispondere – secondo chi scrive – dall'azione congiunta dei formanti dell'Ordinamento, perché tale risposta non descrive a sufficienza il dinamismo dell'azione.

Non è vero che nel nostro sistema la *regula iuris* sia il risultato di un processo che vede entrare prima in vigore una legge, poi intervenire l'ermeneutica dottrinale, quindi diffondersi una certa lettura presso i giudici di ogni ordine e grado, grazie anche alle argomentazioni degli avvocati. Questa è solo una delle possibilità che si possono verificare. Le relazioni tra i formanti sono molteplici e se non le si rendono intellegibili, si rischia non solo di far torto alla realtà, ma di ingenerare la convinzione che la nostra società viva grazie alla sola azione delle istituzioni repubblicane. C'è dell'altro dietro la genesi del diritto e spesso questo "altro" prescinde completamente dalla legge scritta. In questo "altro" ci sono molte cose: ci sono le lobby, ci sono i fenomeni sociali diffusi, ci sono i movimenti strutturati delle più diverse tipologie, ci sono le innovazioni tecnologiche, ci sono le prassi amministrative. Il fenomeno giuridico per essere compreso nel profondo ha bisogno di essere de-costruito, con un'attenzione profonda a fenomeni che stanno oltre il diritto, che in alcuni casi lo precedono. E ciò è facilmente riscontrabile nei materiali di studio che si raccolgono nelle Commissioni parlamentari, dove c'è di tutto ed è quel tutto che le preesiste che viene decantato in una norma legislativa.

È falso che la norma scritta, nel nostro sistema, sia l'origine e la fine del diritto. La norma scritta è soltanto uno dei meccanismi (peraltro non autosufficiente) di selezione sociale delle norme di comportamento. E poiché i teorici del diritto per troppo tempo si sono limitati a essere teorici della legge, per adempiere fino in fondo alla loro funzione sociale, sarà il caso che mettano da parte le accuse di "sociologismo" rivolte a quanti cercano di offrire una visione olistica del sistema giuridico e sociale del Paese⁷. Certo, è un compito pesante, complesso, probabilmente poco lineare dal punto di vista di un'impostazione teorica di

⁷ N. BOBBIO, *Diritto e scienze sociali*, in N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., pp. 31 ss.

stampo dogmatico. Tutto ciò, però, non toglie che assolvere a un tale compito sia utile (forse, necessario) per una comprensione più profonda del sistema giuridico e delle sue dinamiche.

Considerare la teoria dei formanti soltanto come una descrizione ipostatizzata dei vari elementi costitutivi dell'Ordinamento giuridico può essere utile, ma non le consente di dispiegare appieno le sue capacità descrittive della dinamica generatrice del diritto, quale paradigma complesso in cui giocano un ruolo diverso i vari formanti⁸. In altre parole, i tre formanti che sul piano formale (ossia in una logica costituzionale) si trovano su piani diversi quanto a (i) innovatività, ossia capacità di modificare contenutisticamente il sistema ed (ii) effettività, ossia capacità di modificare sul piano concreto i rapporti tra i soggetti dell'Ordinamento, nella realtà sono sullo stesso piano quanto alla loro potenziale idoneità a realizzare tali modificazioni: sia la legge, sia la dottrina, sia la giurisprudenza e spesso la prassi amministrativa possono introdurre nel sistema regole di comportamento nuove e in tal modo indurre cambiamenti nei rapporti di forza tra i soggetti dell'Ordinamento.

Se è così, non si può non tenere conto delle dinamiche interne che caratterizzano i rapporti tra i formanti. Occorre considerare le dinamiche reali che conducono al sorgere di una regola di comportamento. Riconoscerle ha il vantaggio di indurre consapevolezza e quindi possibilità di controllo diffuso da parte dei cittadini sui meccanismi del potere istituzionale.

Normalmente si ritiene che senza una norma giuridica contenuta in un testo scritto, appartenente a uno qualsiasi dei livelli della gerarchia delle fonti (formali) del diritto, non si possa innovare l'Ordinamento. Una tale affermazione è vera e falsa a un tempo.

È vera nel senso che una disposizione contenuta in un testo scritto introdurrà (con un diverso grado di vincolatività in base alla tipologia della fonte di produzione in cui è incorporata) una nuova regola di comportamento che prima non esisteva o esisteva in modo diverso. È falsa perché la modificazione dell'Ordinamento indotta in questo modo potrebbe essere solo formale, ossia priva di effettività. A dimostrarlo, basta ricordare che si suole dire che una norma non può essere abrogata per desuetudine. E possiamo accettare come vera questa affermazione. Ma verbalizzandola, implicitamente riconosciamo che vi sono norme che esistono solo sulla carta, che nessuno rispetta (per varie ragioni) e che quindi sono prive di ricadute concrete nella vita di tutti i giorni.

⁸ Insiste su una caratterizzazione dinamica della relazione tra i diversi formati G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Il metodo*, Giappichelli, Torino 1994, p. 84, secondo il quale con la parola formante si indicano «talune tipiche componenti dell'Ordinamento giuridico in quanto dinamico intreccio di attività normogenetiche e normoplasmani d'ogni specie».

L'Avvocatura quale formante dell'Ordinamento

Al di là della legge scritta, un potente meccanismo di implementazione dell'Ordinamento è senza alcun dubbio la giurisprudenza⁹. E ciò non solo nel senso che la giurisprudenza attraverso l'interpretazione finisce con l'assegnare significati nuovi a regole che, essendo molto risalenti nel tempo, hanno bisogno di essere adeguate ai bisogni attuali dei cittadini. La giurisprudenza – a qualsiasi latitudine – fa molto di più, introduce regole nuove nel sistema¹⁰.

Un ruolo essenziale nell'elaborazione della norma è assolto senza alcun dubbio anche dalla dottrina giuridica¹¹. Da un lato, infatti, i teorici del diritto detengono il quasi esclusivo monopolio della interpretazione delle norme, specialmente quelle di nuovo conio, sebbene tale monopolio sia sempre più minacciato dalla pubblicistica giuridica, affidata spesso ad avvocati e magistrati e diffusissima, grazie alle riviste giuridiche di settore, considerate più utili, grazie al loro taglio casistico, rispetto alle paludate riviste di un tempo. Dall'altro lato ai teorici è affidata quasi del tutto esclusivamente la formazione universitaria degli operatori del diritto, attraverso le lezioni e vieppiù attraverso i manuali

⁹ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, CEDAM, Padova 2010, p. 4 chiarisce come nella cultura giuridica moderna dell'Europa continentale l'autorità giudiziaria sia inclusa nel processo di formazione del diritto, puntualizzando che «più estesa rivalutazione della funzione giurisdizionale si compie quando si distingue tra mera applicazione del diritto dato, che non richiede altra operazione da parte del giudice che non sia la traduzione della norma astratta in comando contratto e applicazione del diritto dato, che richiede, da parte del giudice, operazioni ulteriori, di cosiddetta interpretazione innovativa, consistente nell'integrare il diritto dato per completare una volontà legislativa insufficientemente formata o dichiarata, e sia pure secondo le direttive dell'organizzazione giuridica». L'autore richiama in nota due opere fondamentali per questo tema, ossia L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1967 e G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano 1980. Sul tema v. inoltre, G. ALPA (a cura di), *I precedenti, la formazione giudiziale del diritto civile*, Utet, Torino 2000; A. BARATTA, *Le fonti del diritto e il diritto giurisprudenziale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, p. 20, fasc. 1, 189-210, il Mulino, Bologna 1990; M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale, I, Regole, metodi, modelli*, Giappichelli, Torino 1999.

¹⁰ G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto "vivente". Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in A. MARIANI MARINI - D. CERRI, *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*, Plus, Pisa 2007, pp. 11 ss. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Bari 2003, p. 111, ricorda che è stata la stessa Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nella sentenza 2 agosto 1994 (in *Corr. giuridico*, 1994, 1342 con nota di A. PIZZORUSSO), a distinguere tra *disposizione* «considerata parte di un testo non ancora confortato dal lavoro interpretativo» e *norma*, intesa quale «testo già sottoposto a elaborazione interpretativa rilevante», concludendo nel senso che «tali operazioni interpretative vengono a determinare la formazione di un "diritto vivente" in continua evoluzione che risulta più o meno differenziato dall'originario significato della disposizione scritta introdotta in una certa epoca dal legislatore».

¹¹ Su cui v. R. SACCO, *Dottrina (fonte del diritto)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Utet, Torino 1991; S. CHIARLONI, *La dottrina, fonte del diritto?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 439; P.G. MONATERI, *La dottrina. La giurisprudenza*, in *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Utet, Torino 1999.

che essi utilizzeranno tanto sui banchi dell'università, tanto successivamente nella preparazione dei più diversi concorsi.

Pochi invece ricordano l'importanza delle avvocate e degli avvocati nell'elaborazione delle norme. Si tratta di un formante semi-occultato del nostro Ordinamento. Raramente se ne conoscono le argomentazioni come si è detto e raramente essi agiscono come categoria nel tentare di modificare attraverso il loro lavoro le regole di fonte interpretativa¹². Eppure, il loro ruolo fondamentale sta in questo: a loro spetta quasi sempre innescare un effetto domino, capace di abbattere il silenzio o le incrostature ermeneutiche del nostro sistema giuridico. In materia di diritti dell'immigrazione, dei diritti dei lavoratori, dei diritti delle persone omosessuali e transessuali, o da ultimo sulla fecondazione medicalmente assistita o sulle volontà di fine vita, si va diffondendo anche in Italia un attivismo della classe forense nella lotta per i diritti¹³. Un movimento che sta portando a un risveglio delle coscienze e che non mancherà di incidere profondamente sul nostro sistema giuridico quanto più riuscirà a coinvolgere l'Avvocatura nel suo complesso.

Per conseguire tale scopo, la sinergia con le associazioni di settore sarà essenziale. All'avvocato spetta un ruolo, potremmo dire così, di affiancamento, che può essere efficacemente svolto solo a partire (1) dalla consapevolezza nei cittadini della possibilità di agire per la tutela della loro sfera giuridica e (2) dalla loro disponibilità a mettersi in gioco in un *iter* complesso e dai tempi lunghi.

Un esempio di tale meccanismo di attivazione dei formanti dell'Ordinamento, ad opera delle associazioni di settore e degli avvocati, emerge in modo lampante nella costituzione di terzi, in genere associazioni che si battono per la tutela di interessi diffusi, dinanzi alla Corte costituzionale. Tali interventi vengono il più delle volte dichiarati inammissibili, ma non per questo si rivelano meno utili¹⁴. Gli atti di costituzione, infatti, vengono comunque letti dai giudici della Consulta e dal loro ufficio studi. Di fatto, agiscono allo stesso modo di quelli che nei sistemi di *common law* si definiscono *amicus curiae*¹⁵. Nel ripensare

¹² P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano 1999; S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 1.

¹³ Sul tema v. S. LARICCIA, *Battaglie di libertà. Democrazia e diritti civili in Italia (1943-2011)*, Carocci, Roma 2011 e S. RODOTÀ, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1861-2011*, Donzelli, Roma 2011.

¹⁴ La Corte costituzionale ha ribadito più volte che «sono ammessi a intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale le sole parti del giudizio principale e i terzi portatori di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma oggetto di censura» (ordinanza allegata alla sent. n. 151 del 2009). Nonostante ciò è frequente il tentativo di costituzione di soggetti terzi rispetto alle parti del giudizio *a quo*.

¹⁵ E. SILVESTRI, *L'«amicus curiae»: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/1997, pp. 680 ss.

un giorno al meccanismo di funzionamento della nostra Corte costituzionale, ci si augura che possa trovare spazio anche questa figura.

Dal punto di vista dell'elaborazione della regola giuridica, il ruolo dell'avvocato è fornire una lettura originale del sistema, cercando la più diffusa convergenza di tutti i formanti dell'Ordinamento su quella lettura. Eppure, rappresentare i fatti in questo modo, mettendo al centro della vicenda gli avvocati, sarebbe sbagliato, perché si tenderebbe ad occultare quello che c'è prima: la pretesa dei cittadini di vedere rispettato un loro diritto.

Un monito conclusivo

L'attivazione di ciascun formante può originare una regola giuridica, e perché questa sia idonea a modificare la realtà delle relazioni tra i cittadini ha bisogno che tutti gli altri formanti si attivino in modo conferente. Quale sia il formante che per primo dà avvio a una modificazione del sistema è una variabile incontrollabile, così come non possono essere descritti in maniera univoca le modalità di collegamento tra tale formante e gli altri. La legge di per sé non basta e spesso non è la disposizione legislativa l'origine della modificazione reale del sistema.

Fino al 1996 nel nostro sistema nessuna norma faceva menzione della riservatezza e dell'identità personale¹⁶. Qualcuno può dubitare che prima di quell'anno questi diritti della personalità non fossero protetti e azionati giudiziarmente? Fino al 2005 non c'era una definizione normativa di danno biologico, categoria che la dottrina prima, la giurisprudenza di merito e di legittimità e la Corte costituzionale poi, hanno progressivamente introdotto nel sistema, a partire dalla seconda metà degli anni Settanta del secolo scorso, consentendo una più incisiva reazione dell'Ordinamento alla lesione del diritto alla salute¹⁷. Gli esempi potrebbero continuare. Non basta prendere atto che la giurisprudenza (anche costituzionale) più o meno sostenuta dalla dottrina da sempre nel nostro Paese ha avuto una funzione creatrice di diritto. Si tratta piuttosto di far emergere dal complesso dinamismo della teoria dei formanti una rinnovata visione della genesi dei diritti o dei divieti, non sottovalutando il ruolo che svolge l'Avvocatura nell'implementazione del sistema, giacché senza il lavoro sconosciuto di tante avvocate e avvocati certe sentenze e le conseguenti innovazioni del sistema non vedrebbero mai la luce.

¹⁶ Per maggiori approfondimenti si consenta il rinvio a F. BILOTTA, *L'emersione del diritto alla privacy*, in *Privacy*, a cura di A. CLEMENTE, CEDAM, Padova 1999, pp. 21-61. Sulla genesi del diritto all'identità personale v. G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, il Mulino, Bologna 2003.

¹⁷ G. ALPA, *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, III ed., CEDAM, Padova 2003.

Formazione e aggiornamento

Tra obbligo deontologico e condivisione di un valore necessario*

David Cerri

Credono alcuni che l'integrità e i buoni costumi dello scrittore non abbian connessione alcuna col buon talento e col buono stile nello scrivere e nell'informare per difesa delle cause. Attesoché il giudice dovendo persuadersi dai motivi e dalle ragioni, così di fatto come di legge, importa poco che quegli il quale le promuove, e le rappresenta, sia un uomo dabbene, ovvero sia un tristo.

G.B. DE LUCA, *Lo stile legale*, cap. VIII, 1

Oggetto di questo intervento è la verifica di un'affermazione: che cioè la condivisione di un valore necessario sia la fonte dell'osservanza dell'obbligo deontologico.

Vorrei quindi esaminare se l'esistenza di un valore condiviso “è” o “non è” (e se si desse questo secondo caso dovrei verificare se almeno *dovrebbe essere*) indispensabile presupposto degli obblighi posti e normati dagli artt. 12 e 13 (ma anche 5, 6 ed 8, e con riflessi diretti sul 17 e 17 bis) del Codice deontologico forense.

In verità, un adeguato sottotitolo avrebbe potuto essere *Etica, moralità e deontologia*, ma non vorrei dar l'impressione di allargare troppo il tema; eppure anche di questo si parlerà.

La creazione della norma deontologica e il Regolamento sulla formazione continua

La prima osservazione che farei rimanda al consueto modo di creazione della norma deontologica; difficilmente si ha una funzione propulsiva ed anticipatoria da parte di questo tipo di “legislatore”: si tende piuttosto a riconoscere e precisare, alla luce di principi considerati insiti/connaturati allo stesso esercizio professionale, o derivanti da norme positive (di carattere gradatamente sovraordinato) l'esistenza di prassi che tengono conto delle conseguenze di certi comportamenti. È la storia del nostro codice deontologico, per esempio. Talvolta – ma è raro – è lo stesso legislatore (senza le virgolette...) a creare direttamente

* Rielaborazione della relazione svolta al Convegno organizzato a Torino del 22 ottobre 2011 dall'Ordine degli Avvocati di Torino, dall'Unione Regionale dei Consigli dell'Ordine Forensi di Piemonte e Val d'Aosta e dalla Scuola Superiore dell'Avvocatura.

la norma (è avvenuto di recente con l'art. 6 c. 4 del d.m. 180/2010, a proposito delle violazioni degli obblighi inerenti le dichiarazioni sui requisiti dei mediatori commesse da pubblici dipendenti o da professionisti iscritti ad albi professionali).

Risalendo quindi ai motivi dell'adozione del Regolamento sulla formazione continua, la premessa all'articolo individuava nell'"importanza e la rilevanza costituzionale dell'attività professionale forense" la ragione che "impone un esercizio consapevole e socialmente responsabile, quale mezzo di attuazione dell'Ordinamento per i fini della giustizia".

La relazione di accompagnamento dava segno del completamento di un percorso che, non senza stenti, l'avvocatura aveva iniziato da tempo.

Ancora nel 2000 la proposta di *Un modello formativo per l'Avvocatura*, redatta dal CENSIS e dal Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati, indicava infatti, ponendoli sullo stesso piano, nella "manutenzione" e nella "riqualificazione dei saperi" momenti centrali dell'esercizio della professione.

Nella relazione si dà invece atto che «L'aggiornamento è oggi inteso non più come mantenimento di conoscenze già acquisite, bensì come processo culturale di crescita professionale», con piena consapevolezza della spinta fornita dal quadro comunitario (si fa un espresso riferimento alla raccomandazione 2000 [21] del Consiglio d'Europa del 25 ottobre 2000, alla risoluzione dell'11 febbraio 1999 e alla raccomandazione *on continuing training* del 28 novembre 2003 del CCBE).

È quindi al *lifelong learning*, «inteso come attività di apprendimento che si snoda lungo tutta la vita professionale e che ha lo scopo di implementare le conoscenze, le abilità e le competenze... fattore chiave per favorire la competitività e lo sviluppo economico» che le istituzioni forensi guardavano nel 2007, superando decisamente una incertezza ormai stucchevole sull'esclusività dello studio individuale.

Anche questo processo denota quindi i caratteri poco sopra segnalati della consueta genesi delle norme deontologiche (riconoscimento di forti impulsi esterni – il quadro comunitario e la rilevanza del mercato *sub specie* di aumento della competitività; ed anche gli analoghi sviluppi nelle altre professioni liberali – e accertamento delle deleterie conseguenze di una mera "manutenzione" delle conoscenze), ma con qualcosa in più di decisivo, nel quale vorrei individuare quel "valore condiviso" ricordato. Mi riferisco, com'è intuibile, all'"esercizio consapevole e socialmente responsabile" di una professione che non a caso ha una esplicita rilevanza costituzionale, non contraddetta, ma anzi rafforzata dalle Carte europee dei diritti fondamentali.

Il "modello" di avvocato

Il "modello" di avvocato che vogliamo adottare era allora ben tratteggiato nella bozza di d.d.l. per la riforma dell'Ordinamento forense approvata dal CNF nella seduta del 27 febbraio 2009; così all'art. 2:

«1. L'avvocato è un libero professionista che opera con attività abituale e prevalente in piena libertà, autonomia e indipendenza, per la tutela dei diritti e degli interessi della persona, in attuazione dei principi di cui agli articoli 4 e 35 della Costituzione, e dell'articolo 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹.

2. L'avvocato, quale soggetto necessario e insostituibile per l'attuazione concreta della giustizia nella società e nell'esercizio della giurisdizione, ha la funzione indispensabile di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti in ogni sede».

E, ancor meglio ai miei fini, la lett. d) del c. 2 dell'art. 1 menziona tra gli scopi dell'Ordinamento forense quello di «tutela[re] l'affidamento della collettività e della clientela, prescrivendo l'obbligo della correttezza dei comportamenti e la cura della qualità ed efficacia della prestazione professionale».

C'è pertanto uno stretto legame tra la virata interpretativa sui caratteri essenziali della professione – ormai aperti all'esterno, con l'abbandono di un modello “chiuso” di libero professionista attento solo alla tutela dei diritti del proprio cliente (e di se stesso) – e la necessità di una regolamentazione positiva della formazione continua, per lo stesso motivo che costringe a guardare al medesimo sistema ordinistico in funzione di strumento non più soltanto per la difesa della categoria, ma anche e soprattutto per la tutela dei diritti della collettività.

Temo che se non vi è accordo su questa premessa, non vi sia possibilità di intesa sulle funzioni della formazione continua; o, per meglio dire, che una formazione continua intesa non “anche” ma “esclusivamente” come modo di assicurare prestazioni competitive sul mercato dei servizi non sia destinata ad un radioso avvenire, restando – come dire? – “priva d'anima”.

Il quesito posto all'inizio trova quindi subito la sua risposta: la formazione continua degli avvocati ha la sua ragion d'essere nella esigenza di assicurare ai cittadini la migliore assistenza possibile, in ogni caso nel quale essa sia richiesta (più avanti giustificherò questa precisazione), per attingere quel “bene comune” che è costituito dalla “giustizia”.

La pratica regolamentazione della formazione, egualmente, non può trascurare quell'obiettivo primario.

“Patti chiari amicizia lunga”, quindi: delle modalità pratiche, si può e si deve certamente discutere; dell'opportunità, no, anche se mi sembra che ogni tanto tentazioni impropriamente “buoniste” (per gli avvocati) emergano dalla categoria. Per questo sono da criticare quei consigli dell'ordine che hanno adottato

¹ Nella versione finale del testo unificato degli AA.SS. 601-711-1171-1198, che ne costituiva la traduzione, approvata dal Senato ed ora alla Camera come AC 3900, ed i cui esiti rimangono del tutto incerti dopo la recente presentazione di circa 500 emendamenti, sono peraltro “saltati” i riferimenti specifici alla Costituzione ed alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

regolamenti tesi in sostanza ad “allentare” l’obbligo (e l’osservazione non ha confini geografici...): modificando la “forma” si rischia di agire sulla “sostanza”.

La giustizia come bene comune

Per approfondire l’impostazione proposta è necessario chiarire cosa si intende sia parlando di “beni comuni”, sia parlando di “giustizia” in questa sede.

Quella sui beni comuni è oggi una delle discussioni più vive in ambito giuridico (e sociale). La consueta distinzione in due grandi gruppi – quello dei beni comuni di carattere naturale e l’altro, dei beni comuni di carattere socioculturale – vede sicuramente ciò che ci interessa collocarsi nel secondo.

Prendo a prestito allora una definizione che va a pennello da un recente contributo di Enza Pellecchia²: sono beni comuni di carattere socioculturale «il linguaggio, la conoscenza, il c.d. capitale sociale (reti sociali, relazioni fiduciarie all’interno delle comunità locali, saperi tradizionali). In particolare, la conoscenza è il principale motore delle moderne società, il cui sviluppo dipende largamente dalla formazione, dalla ricerca, dalla diffusione di saperi creativi e innovativi. La conoscenza è dunque una risorsa da condividere ed è un “bene comune” proprio in quanto costituisce un patrimonio collettivo soggetto a fenomeni di depauperamento e di esclusione».

Conoscenza, quindi, come elemento essenziale di una società moderna e democratica, e formazione come suo momento chiave³.

Assai più difficile, senza volersi imbarcare in discussioni troppo astratte, è la definizione di giustizia. Non giustizia in generale, peraltro, ma appunto “giustizia come bene comune”.

Vorrei seguire l’interpretazione di uno dei più accreditati filosofi politici contemporanei, senza nascondermi che si tratta di una scelta discutibile, ma che resta affascinante: mi riferisco a Michael Sandel, autore del celebre Corso sulla Giustizia ad Harvard⁴ e di alcuni dei testi più noti degli ultimi anni⁵, il cui approccio si distingue per la rivalutazione del concetto di persona, in una critica esplicita a posizioni illustri come quelle di John Rawls⁶.

Le sue considerazioni sono di straordinaria attualità anche in Italia, in un momento nel quale noi, gli avvocati, i “custodi dei diritti”, siamo sottoposti ad

² E. PELLECCIA, *Beni comuni e diritti fondamentali della persona*, in *Diritto e formazione*, 3/2011, p. 430.

³ Sulla conoscenza come bene comune per tutti C. HESS - E. OSTROM, *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*, Bruno Mondadori, Milano 2009 (ed. orig. 2007).

⁴ Disponibile per tutti sulla rete: <http://www.justiceharvard.org/>

⁵ Come M. SANDEL, *Il liberalismo e i miti della giustizia*, Feltrinelli, Milano 1994; Id., *Giustizia: il nostro bene comune*, Feltrinelli, Milano 2010. Michael Sandel è professore di Filosofia politica e teoria del governo alla Harvard University.

⁶ Di J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* [1^a ed. 1971], Feltrinelli, Milano 2008; *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Feltrinelli, Milano 2002.

attacchi condotti talvolta anche scompostamente, in nome di “liberalizzazioni” raramente dirette – guarda caso – dove effettivamente avrebbero un senso (vale a dire nel mondo delle imprese, pubbliche o private che siano).

Nessuna regola per i professionisti?

Nessuna regola per i professionisti significa in primo luogo nessuna deontologia; di regole, in realtà, ce ne sarebbe una sola: quella del massimo profitto col minimo sforzo. È giustificata la preoccupazione delle imprese per i molti vincoli burocratici che talora impediscono uno sviluppo delle loro attività; non lo è additare nei professionisti il capro espiatorio di problemi macroeconomici che a giudizio pressoché unanime degli osservatori mondiali sono determinati in buona, se non in massima, parte dall’“assenza” o “insufficienza” di regole.

È comprensibile – ma meno giustificato – anche il duplice tentativo, da un lato, di ridurre i costi delle imprese senza guardare tanto per il sottile e, dall’altro, di ridistribuire il mercato dei servizi.

Pensiamo però ai costi sociali di simili operazioni.

Per restare strettamente al nostro campo d’indagine (la formazione) e non voler ricordare tutti gli altri servizi pubblici resi dal sistema ordinistico del quale si ipotizza una sostanziale compressione, se non eliminazione (dal gratuito patrocinio alle difese d’ufficio) gli Ordini (e non solo quello forense) assicurano proprio l’aggiornamento continuo, con modalità accessibili a tutti gli iscritti e costi i più modesti possibili.

Sandel non condivide né l’approccio utilitarista, per il quale “giusta” è ogni decisione e norma che conduce al maggior benessere per il maggior numero di consociati, né quello “liberale” fondato sulla più ampia libertà di scelta:

«Una società giusta non può essere costituita semplicemente massimizzando l’utilità od assicurando la libertà di scelta. Per raggiungere una società giusta dobbiamo ragionare insieme sul significato della vita buona (*good life*), e creare una cultura pubblica capace di accogliere i dissensi destinati inevitabilmente a manifestarsi⁷».

È quindi al “fine” (la “vita buona”: e di qui l’attenzione alla persona) che si deve guardare per ricostruire un significato di giustizia come bene comune, ed in particolare per valutare il rilievo delle norme deontologiche.

“Una vita ‘buona’: che cos’è?” non è solo la domanda che probabilmente tutti noi a questo punto dovremmo porci, ma anche il titolo di un recente saggio di Ronald Dworkin⁸ nel quale – mentre ci invita a non fermarci a definizioni formali, come quelle tradizionali secondo le quali le norme morali si riferiscono a come dovremmo trattare gli altri, mentre quelle etiche a come noi stessi

⁷ Dall’edizione originale. M. SANDEL, *Justice: What’s the Right Thing to Do?*, Farrar, Straus and Giroux, New York 2009 (ns. trad.).

⁸ R. DWORKIN, *Una vita “buona”: che cos’è?*, in 451, 4/2011, pp. 28 ss.

dovremmo vivere – l'accento è posto sulla “*performance*” del vivere, con una suggestiva rappresentazione: «Il valore finale delle nostre vite è espresso da un avverbio e non da un aggettivo; qualcosa che riguarda come abbiamo davvero vissuto, non un'etichetta applicata al risultato finale. Si tratta del valore di un'esecuzione, non qualcosa rimasto dopo che la rappresentazione è finita. È il valore di una danza o di un tuffo eseguiti brillantemente quando i ricordi si sono smorzati e l'increspatura delle acque appianata».

Essere avvocati (o medici, per esempio) non è esercitare un mestiere come un altro.

Pur evitando il ricorso a formule retoriche come quelle di “missione” e simili, indubbiamente siamo (o dovremmo essere) avvocati, e ne sanno qualcosa le nostre famiglie.

“Come” viviamo questa professione ci connota indelebilmente; viviamo immersi in una rete di rapporti – professionali, sociali, culturali, familiari, politici – e molto probabilmente in tutti loro il nostro “essere avvocati” è evidente a chi si relaziona con noi (forse anche, ahimè, in famiglia...). Ora, dovremmo allora preoccuparci di non corrispondere allo stereotipo corrente dell'avvocato, ignorante e spregiudicato insieme; viene a mente subito Lionel Hutz, il celeberrimo avvocato della serie *I Simpson*, un prototipo – come lo definisce Lisa Simpson – di “*shyster*”, termine *slang* d'orrenda etimologia; quello il cui slogan pubblicitario è «cause vinte in trenta minuti o pizza gratis»...

Ecco perché la deontologia è un riferimento costante nei nostri comportamenti anche al di fuori dell'attività professionale in senso stretto (art. 5, can. II Cod. deont.), e perché è ancora preferibile essere considerati “uomini dabbene” e non “tristi”, per riprendere le parole del giurista secentesco riportate in epigrafe; ed ecco perché l'assicurare un'aggiornata competenza equivale non solo a “prestare un servizio” adeguato, ma anche a contribuire al raggiungimento di uno scopo ulteriore e collettivo, che per ragioni di sintesi si vuol chiamare la “giustizia”.

Scrive un nostro studioso: «Il discorso vale anche per le norme deontologiche. L'unico modo a mio avviso sensato di reperire per esse un fondamento è quello di accettare preliminarmente un ragionamento sul *telos* della professione considerata. Ogni norma deontologica deve essere difendibile in relazione alla finalità della professione per la quale è stata stabilita: la regola deontologica, la disciplina in quel modo e non in un altro del rapporto del professionista con il collega, o della sua relazione con i destinatari del servizio professionale e con la società tutta, o ha questo di mira, cioè la salvaguardia e la promozione dell'identità professionale, o risulterà presto o tardi insopportabilmente ingiustificabile⁹».

⁹ C. SARTEA, *L'emergenza deontologica*, Relazione al Corso di Formazione per Magistrati della Corte dei Conti, Roma, 22.9.2010, in http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/chi_siamo/consiglio_di_presidenza/incontri_studio_e_formazione/roma_22_settembre_2010_sartea.pdf. Dello stesso autore, C. SARTEA, *Deontologia. Filosofia del lavoro professionale*, Giappichelli, Torino 2010.

La condivisione di un valore necessario come fonte dell'osservanza dell'obbligo deontologico

Ecco quindi che ho cercato di ricostruire con qualche divagazione, che spero sia stata utile, alcuni passaggi per fondare la validità dell'interpretazione proposta, che ripropongo invertendo l'ordine con il quale li ho illustrati:

- il fondamento delle norme deontologiche va ricercato nel fine (il *telos*) della professione considerata: esse devono essere difendibili in relazione alla finalità della professione per la quale è stata stabilita;
 - nel caso di quelle forensi, partendo dalla definizione che l'avvocato è un libero professionista che opera per la tutela dei diritti e degli interessi della persona, con la funzione indispensabile di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti;
 - l'affidamento della collettività e della clientela si genera prescrivendo l'obbligo della correttezza dei comportamenti e la cura della qualità ed efficacia della prestazione professionale;
 - il *lifelong learning* inteso come attività di apprendimento che si snoda lungo tutta la vita professionale, richiesto da un esercizio consapevole e socialmente responsabile della professione, va quindi oltre la mera “manutenzione” dei saperi;
 - lo scopo della formazione continua degli avvocati è pertanto l'assicurare ai cittadini la migliore assistenza possibile, per attingere a quel bene comune che è costituito dalla giustizia, che in questa accezione deve rimandare ad un suo elemento costitutivo essenziale, la conoscenza, della quale in linea generale la formazione è momento strutturale. Ciò che, del resto, è anche la ragione intima della preparazione professionale.
- C.d.d. (come dovevasi dimostrare)?

Postilla sulla mediazione

Un'ultima nota: ho accennato sopra che l'esigenza di assicurare ai cittadini la migliore assistenza possibile, sussiste in ogni caso nel quale essa sia richiesta.

Mi riferivo, come forse si comprende, ad ogni tipo di intervento nel quale l'avvocato esplica la sua professionalità.

Come il concetto di giustizia di cui ho parlato non è certamente inteso in un senso strettamente “giudiziale”, ma sostanziale, così anche l'attività professionale non si esaurisce nel processo. Lo ricordo espressamente perché oggi anche in Italia si è aperto un nuovo ambito di lavoro per la categoria, costituito dalle procedure di mediazione.

Non è certo questa la sede per un esame, neppure sommario, di pregi e difetti della normativa del 2010, oggetto tra l'altro di continui aggiustamenti¹⁰;

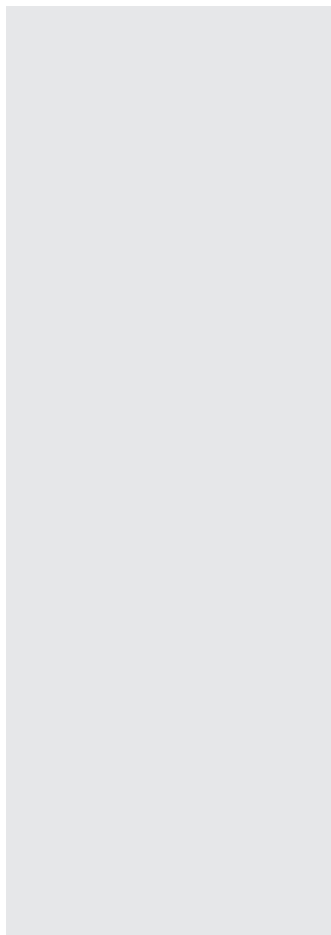
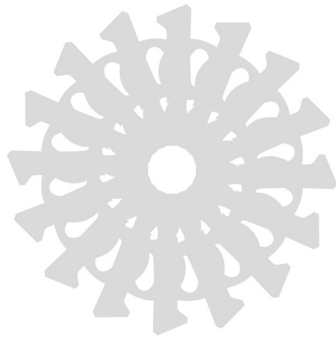
¹⁰ Per tutti cfr. M. BOVE (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, CEDAM, Padova 2011.

ma è indubbio che l'esempio che ci viene da altri ordinamenti – dove questo tipo di procedure è in auge da tempo e gli avvocati ne costituiscono elemento essenziale e trainante – ci deve indurre ad estendere anche alla mediazione le considerazioni sopra svolte, e non solo alle attività di assistenza, ma anche a quelle svolte dall'avvocato quale mediatore professionale.

Non a caso il Consiglio Nazionale Forense ha sentito la necessità di una apposita regolamentazione deontologica per l'avvocato mediatore; il nuovo art. 55 bis del Codice deontologico – al di là di alcune perplessità e di alcuni pericoli sventati rispetto alla prima versione dell'articolo¹¹ – conferma, a mio parere, che anche a questi propositi, deontologia e formazione (quanto mai necessaria in un ambito finora poco esplorato alle nostre latitudini) devono andare a braccetto.

¹¹ D. CERRI, *Il nuovo art. 55 bis Codice deontologico forense e l'“adequata competenza” del mediatore-avvocato*, in *Le Società*, 11/2011, pp. 1331 ss.

ARGOMENTAZIONE E LINGUAGGIO



Alcune riflessioni in tema di argomentazione nel processo

Opinare, persuadere, convincere*

Stefano Racheli

Argomentazione e Nuova Retorica

Non sembra spingersi, né potrebbe essere altrimenti, il dibattito concernente l'argomentazione e, più in particolare, l'argomentazione giudiziaria. Vorrei dunque tornare sull'argomento, per rilevare alcune ambiguità o anche solo "reticenze" del *trend* corrente: quello, per intenderci, che conferisce rilevanza sempre maggiore (e talora esclusiva) alle "tecniche" argomentative. Mi piacerebbe innescare sul tema un confronto corale, che serva a chiarire le idee (a cominciare innanzitutto dalle mie) a tutti coloro che, professionalmente, vivono di "opinione".

Discorrere sta a significare (sulla base dell'originario significato di "correre qua e là") un procedere, un camminare, nel che il discorso consiste, visto che, partito da certe premesse, esso giunge a determinate conclusioni¹. Ecco: immaginiamo che il discorso sia un camminare, quale il luogo di partenza? Quale il luogo di arrivo? E, soprattutto, si può parlare solamente della tecnica della marcia?

Pur non volendo inoltrarmi più di tanto nel campo (per me) minato della logica (uso qui il termine *lato sensu*), non posso non notare che, mentre si parla molto della tecnica della marcia, assai di meno si discute sul "da dove si viene" e sul "dove si va". Ora, mentre tutti concordano sul fatto che esista un "sapere" umano, attinto mediante "dimostrazioni", sembra non essere ben chiaro cosa accada del nostro "sapere" quando esso si serva di "argomentazioni" (quale la realtà da cui provengono?) e si basi su "opinioni" (a quale realtà si riferiscono?). Sembra quasi che essendo come suol dirsi l'"opinione" soggettiva, un'opinione valga l'altra, all'insegna del "stretta la foglia, larga la via, dite la vostra, ch'io ho detto la mia" (detto permeato, all'evidenza, da sconsolato scetticismo).

* Questo saggio, per ragioni di spazio, viene qui pubblicato in versione ridotta e con eliminazione di gran parte dell'apparato (esplicativo) delle note.

¹ «Il ragionamento o inferenza è il passaggio da cognizioni già possedute ad una cognizione nuova. L'inferenza si basa su una connessione esistente tra la realtà precedentemente conosciuta e la nuova realtà conosciuta. Esiste dunque un aspetto formale delle inferenze, ma anche soprattutto il loro contenuto conoscitivo». Così G. BLANDINO, *Il problema della conoscenza*, Abete, Roma 1972, p. 231.

Incentrati come siamo sulla (sola) tecnica argomentativa, ci dimentichiamo un po' troppo, mi sembra, del luogo di partenza e di quello di arrivo.

Ha affermato un illustre studioso che il metodo controversiale è caratterizzato dalla «conoscenza raggiunta attraverso argomentazioni successive e vittoriose nel confronto competitivo»². Affermazione non secondaria, che attiene alla distinzione (se deve esserci distinzione) tra «chi vince» e «chi ha ragione». Detto in altri termini: quel che più conta è «convincere» chi ascolta o attingere, in un qualche modo, una «verità»?³ «Conosco» perché sono vincitore o, al contrario, sono vincitore perché «conosco»?

Il vento della Nuova Retorica sul punto è stato reticente: ha parlato sì, con competenza e con fecondità, della tecnica della corsa, ma si è tenuto distante da ogni discorso che avesse ad oggetto i luoghi di arrivo e di partenza.

Afferma Bobbio: «Il Trattato dell'argomentazione, rivalutando l'uso pratico della ragione, si ispira ad un ideale di società in cui vi sia posto anche per le scelte guidate razionalmente. E poiché le tecniche argomentative si sviluppano soltanto là dove la discussione è libera, la società ideale che rende possibile scelte razionali, cioè scelte che non siano né costrette né arbitrarie, è soltanto quella in cui è garantita la libertà di discussione»⁴. Infatti prosegue Bobbio «in quanto tende a giustificare e a guidare le scelte, il procedimento argomentativo è un antidoto alle tentazioni opposte del fanatismo e dello scetticismo, i quali, se pure per opposte ragioni, tendono a disconoscere il valore del ragionamento non vincolante, non accettando altra alternativa che tra la caparbia infatuazione in una verità assoluta che non ammette altre prove che quelle dimostrative e l'inerte e sfiduciata indifferenza là dove prove dimostrative non possono essere offerte»⁵.

Convinzioni e persuasioni

Dunque, se bene intendo, si ritenne un tempo che ci fossero «credenze»⁶ che costituivano sapere acquisito per via «dimostrativa» e «credenze» che, in quanto non appartenenti a detto sapere, venivano relegate «nel dominio delle passioni,

² Si esprime così U. VINCENTI, *La pertinenza (aspetti logici e deontologici)*, in *Diritto e formazione*, 3/2011, p. 446.

³ È stato esattamente osservato che «Le proposizioni giurisdizionali debbono essere vere, nel senso che debbono corrispondere agli eventi del mondo reale: lo scopo del processo penale, come si è visto, è infatti la realizzazione della "giustizia", e un requisito essenziale della decisione giusta è costituito appunto dalla corrispondenza con gli accadimenti del mondo reale» (F. STELLA, *Il giudice corpuscoliano. La cultura delle prove*, Giuffrè, Milano 2005, p. 106).

⁴ Cfr. in tal senso N. BOBBIO, *Prefazione* a C. PERELMAN - L. OLBRECHTS TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, Einaudi, Torino 1966, p. XIX.

⁵ *Ibid.*

⁶ Il «credere» costituisce un capo della fune avente, all'altro estremo, il persuadere/convincere. Sul «credere» (ma limitato al solo rapporto tra conoscenza e testimonianza) si veda, da ultimo, N. VASSALLO, *Per sentito dire. Conoscenza e testimonianza*, Feltrinelli, Milano 2011).

degli stati emotivi, delle forze irrazionali”. Con la Teoria dell’argomentazione avrebbe preso corpo un terzo genere di “credenze”: quelle non dimostrabili, ma anch’esse fondate razionalmente⁷. Perelman, nell’introdurre questo terzo genere, distingue, quanto alle possibili cause di “credenze” tra convinzione (quella che si rivolge ad un uomo come essere razionale facente parte, in quanto tale, dell’uditorio universale) e persuasione (che invece riguarda un uditorio particolare).

Già Kant, peraltro, aveva ammesso questo terzo genere, configurandolo peraltro in tutt’altro modo: a proposito della distinzione tra persuasione e convinzione, aveva infatti affermato che una credenza: «quando è valida per ognuno che soltanto possenga la ragione, allora il fondamento di essa è oggettivamente sufficiente, e allora la credenza si dice convinzione. Se essa ha il suo fondamento nella natura particolare del soggetto è detta persuasione»⁸. Sarà bene osservare che, come è stato rilevato, Kant si valeva, ovviamente, della lingua tedesca, nella quale i termini corrispondenti ai nostri convincere e persuadere (così come agli omologhi francesi *convaincre* e *persuader*) sono molto più precisi: starei per dire che sono tutt’altra cosa, dal momento che non sono affatto generici e fungibili tra loro: «*überzeugen* infatti deriva da *zeugen*, mostrare all’evidenza (*Zeuge* è il testimone oculare), là dove *überreden* significa parlare sopra, gettare tante parole, sull’avversario e sulla cosa, da soffocare entrambi con il loro peso»⁹. È del tutto evidente come il termine *überzeugen* conferisca alla credenza una valenza oggettiva del tutto estranea a *überreden*.

Perelman è venuto a trovarsi tra Scilla e Cariddi: per un verso si è trovato esposto al rischio di uscire dall’ambito della ragionevolezza, per altro verso doveva evitare di far uso di una ragionevolezza identica o troppo simile a ciò che chiamiamo dimostrazione. Non gli rimaneva dunque che “creare” una zona intermedia, una “ragionevolezza persuasiva”, conferendole un significato il più “elastico” possibile. Ha così finito per condividere con Kant l’uso dei termini “convincere” e “persuadere”, che egli distingue però non già sulla base della polarità oggettivo/soggettivo (distinzione che, a suo dire, costituisce un limite ben preciso), ma con riferimento ai diversi possibili uditori e dunque sulla base di una distinzione «molto più incerta, tanto più che la rappresentazione

⁷ Mi rendo conto che la locuzione “fondate razionalmente” è, con riferimento a Perelman, quanto meno ambigua (se non addirittura scorretta) perché sembra alludere ad un uso in qualche modo costrittivo della ragione (sia pure senza che esso assuma valenza “dimostrativa”). Credo che vada sottolineato come, al contrario, qui si verta in materia di “uso persuasivo”, nel senso volutamente sfumato/aperto/ambiguo (uso più termini, parendomi che nessuno di essi, singolarmente, colga nel segno, mentre tutti insieme rendono più adeguatamente il significato) cui allude Perelman: quell’uso che fa optare per una soluzione, a scapito di un’altra, anch’essa ragionevole, ma ritenuta meno persuasiva o addirittura non persuasiva.

⁸ Così I. KANT, citato in C. PERELMAN - L. OLBRECHTS TYTECA, *Trattato*, cit., p. 31.

⁹ Così, molto acutamente, F. RIGOTTI, *La verità retorica: etica, conoscenza e persuasione*, Feltrinelli, Milano 1995, p. 43.

che l'oratore si fa degli uditori è il risultato di uno sforzo sempre suscettibile di essere ripreso¹⁰. Ma c'è di più.

Poiché per Perelman le argomentazioni rivolte ad un «uditorio universale diversamente da quanto avviene per le argomentazioni che si rivolgono a uditori particolari hanno “un'impronta scientifica e filosofica”»¹¹ (e dunque sono, per Perelman, pericolosamente vicine alla logica¹²), egli viene indotto a negare che, *de facto*, ci si possa rivolgere a un uditorio realmente universale, dato che «accade necessariamente che l'uditorio universale al quale si è supposto di rivolgersi coincide, nel fatto, con un uditorio particolare che si conosce»¹³.

Così, evitato accuratamente (prendendo le distanze da Kant) che l'argomentazione possa avere una qualche valenza “dimostrativa”, ne attenua ulteriormente la forza costringitiva accentuando l'uditorio di destinazione (opportunamente ristretto) piuttosto che il livello ontologico di riferimento. Con ciò viene ad eclissarsi il fatto che il legame logico (e, aggiungo, quello argomentativo) «nella sua essenza non è legame di parole, un legame formale, quanto un nesso intellettuale di conoscenza»¹⁴.

Facendo scarrocciare il discorso dalla realtà (correlata all'argomentazione che supporta convinzioni o persuasioni) verso gli “uditori”, Perelman può omettere di affrontare il problema di fondo: l'argomentazione convincente o persuasiva che sia ha una sua realtà di riferimento, e dunque è un conoscere, oppure è un mero convincere che si giuoca tutto all'interno della psicologia del soggetto (o dei soggetti) da convincere¹⁵? Non credo infatti si possa omettere di tenere presente che si può argomentare o in modo che si ritiene fondato¹⁶ o in modo che si ritiene persuasivo: le due cose possono andare insieme, ma non necessariamente.

¹⁰ Cfr. C. PERELMAN - L. OLBRECHTS TYTECA, *Trattato*, cit., p. 32.

¹¹ Così C. PERELMAN - L. OLBRECHTS TYTECA, *Retorica e filosofia*, De Donato, Bari 1979, p. 71.

¹² La quale – ricordiamo – per Perelman si occupa di “verità astratta, categorica o ipotetica” e non – come invece, a suo avviso, si propone la retorica – “di produrre o accrescere l'adesione di un uditorio determinato” (così C. PERELMAN - L. OLBRECHTS TYTECA, *Retorica e filosofia*, cit., p. 68).

¹³ Quel che Perelman vuol dire è, ad esempio, che nello scrivere il presente saggio, solo apparentemente mi rivolgo ad ogni uomo dotato di ragione (uditorio universale): in realtà mi rivolgo al ristretto gruppo di persone che si interessano al tema e, ancor più in particolare, a coloro con cui ho discusso del tema stesso o che hanno manifestato parere in proposito.

¹⁴ Così M. DAL PRA, *Logica e realtà, Momenti del pensiero medievale*, Laterza, Bari 1974, p. 6; Dal Pra si riferisce qui al pensiero di Anselmo da Aosta.

¹⁵ A questa distinzione fa riferimento, in qualche modo, Quintiliano, allorché distingue tra un “persuadere emozionale” (cfr. QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, II, 15, 3 ss.) e un “persuadere oggettivo” che parla di una realtà e dunque non è un mero uso di parole.

¹⁶ Quando dico “fondato” non alludo qui a una congruità logica, ma al fatto che l'argomentare dia fondatamente conto di una realtà cui esso si riferisce.

Conoscenza opinativa e argomentazione

Né si deve ritenere, a mio avviso, che l'oggettività possa dare origine solo a dimostrazioni. Che si debba distinguere ciò che si può dimostrare da ciò che non si può dimostrare (pur rimanendo nell'ambito di una tendenziale oggettività) è infatti consapevolezza antica: «È proprio dell'uomo colto, infatti, richiedere in ciascun campo tanta precisione quanta ne permette la natura dell'oggetto, giacché è manifesto che sarebbe pressappoco la stessa cosa accettare che un matematico faccia dei ragionamenti solo probabili e richiedere dimostrazioni da un oratore». E ancora «Bisogna ricordarsi [...] di non cercare la precisione allo stesso modo in tutte le cose, ma di cercarla in ciascun caso particolare seconda la materia che ne è il soggetto e per quel tanto che è proprio in quella determinata ricerca»¹⁷.

Altrettanto antica è la consapevolezza che ciò che può essere (solo) argomentato non sempre è fondato, ancorché produca persuasione: «Presso costoro, dicono, ci sono due ragionamenti, il buono, e quale sia vattelappesca, e il cattivo. Ed uno di essi, il cattivo, dicono dà vinte le cause più sballate»¹⁸. E ancora: «E quanti, quante cose fecero e fanno credere, forgiando un finto discorso»¹⁹; «L'oratoria dunque, come sembra, è produttrice di quel tipo di persuasione che fa credere e non di quel tipo di persuasione atta a insegnare intorno al giusto e all'ingiusto»²⁰; «Non è bene discutere con chiunque, né è bene allenarsi con chiunque capitì [...]: ne seguirebbe infatti, per necessità, una discussione cattiva; chi si allena non potrebbe fare a meno di discutere in maniera agonistica»²¹.

Se dunque un ragionamento può essere cattivo e finto, produrre solo credenze, ridursi a mero agonismo, tutto ciò vuol dire che un discorso può rimanere tale, è cioè formalmente valido ancorché sia infondato. Come è possibile che ciò accada? Credo sia corretto, sul punto, affermare che la validità

¹⁷ COSÌ ARISTOTELE, *Eth. Nic.*, 1094b 15 ss.; 1098 a 26; *Metafisica*, α, III, 995a 32 ss. In senso analogo, ma in tutt'altro contesto dottrinale, si esprime I. KANT, *Critica della ragion pura*, Adelphi, Milano 1976, p. 724. Ometto qui di approfondire il tema – certo non secondario nel contesto di cui andiamo scorrendo – costituito da quelle particolari “credenze” costituite dalle convinzioni che siamo soliti definire come “scientifiche” (cfr. A. CAVAZZINI, *Scienza e Realtà. Lettura di Koyré*, in A. KOYRÉ, *Filosofia e storia delle scienze*, Mimesis, Milano 2003, p. 10). Per quanto concerne l’“opinione corrente” – vale a dire «le proposizioni che sono condivise da tutti o dalla maggior parte dei sapienti e fra questi o da tutti o dalla maggior parte o dai più conosciuti e famosi» (COSÌ ARISTOTELE, *Topici*, I, 1, 100b 21 ss.) – occorre tener presente che non si tratta di dare, *iuris et de iure*, valore di conoscenza certa alle opinioni di alcuni soggetti qualificati, ma di partire, nella dialettica, da posizioni che è ragionevole ritenere “forti”, senza che queste possano sottrarsi alla corroborazione (o alla falsificazione) conseguente al confronto dialettico. Mi permetto di rinviare anche a S. RACHELI, *Per un'interpretazione critica della legge*, in *Scritti Falzea*, Giuffrè, Milano 1991, vol. I, pp. 636 ss.

¹⁸ ARISTOFANE, *Le nuvole*, pp. 112 ss.

¹⁹ GORGIA, *Encomio di Elena*, p. 11.

²⁰ PLATONE, *Gorgia*, 455a.

²¹ ARISTOTELE, *Topici*, VIII, 14, pp. 164b 8 ss.

delle regole del discorso (e, aggiungo, delle regole del linguaggio) può essere studiata (anche) a prescindere dal suo rapporto con la realtà²², tanto è vero che esiste un “discorrere” che pur logico e significativo non ci dice nulla sulla realtà²³.

Da che dipende l'assenza (o la presenza) di fondamento (di un'argomentazione) se esso non è riconducibile al formale rispetto delle regole del discorso? La risposta sembra (dico sembra) facile per quanto concerne le argomentazioni “scientifiche”: son fondate, si dice, se nessuna osservazione empirica confuta le osservazioni (e le relative conclusioni) precedenti²⁴.

Che ne è, invece, delle argomentazioni che, provenienti da un'opinione, sono destinate a dar vita ad un'opinione? Afferma un eminente studioso che la distinzione del Perelman tra “persuadere” e “convincere” è «distinzione antica quanto la nostra civiltà, che può farsi risalire alla distinzione greca classica tra *δόξα* e *ἀλήθεια*. Nell'età moderna la troviamo, per esempio, in Pascal, in Kant, con il medesimo accento razionalistico che aveva la distinzione platonica tra ‘opinione’ e ‘verità’: la ‘persuasione’ diretta alla parte irrazionale (emozionale), soggettiva della mente umana, la ‘convinzione’, rivolta alla parte razionale, ‘oggettiva’²⁵.

«L'argomentazione retorica» è stato detto «muove da presupposti, non solo, ma anche da sentimenti, emozioni, valutazioni diciamo, con una parola unica, da ‘opinioni’ (*δόξαι*), che suppone presenti e operanti nel suo uditorio», le quali sono «prima di tutto e fondamentalmente, *consensus gentium*, opinioni degli uomini, del prossimo: è ‘senso comune’ (che non è la medesima cosa del ‘buon senso’ di cartesiana memoria), evidenza umana fatta di sentimenti materiali nell'abitudine, nella tradizione, nel costume»²⁶.

Ora nessuno potrebbe ragionevolmente negare che essendo chi ascolta soggetto non solo alle regole della ragione, ma anche a quelle dell'emozione²⁷

²² Cfr. B. RUSSELL, in *Introduction to mathematical philosophy*: «Le proposizioni logiche sono tali che si possono conoscere priori senza studiare il mondo reale». Sterminato è il campo dei discorsi “formali” (che dunque parlano solo della “tecnica della corsa”, per rimanere al mio esempio). Si veda, per avere un'idea della problematica correlata alla formalizzazione della logica, K. GÖDEL, *La matematica è sintassi del linguaggio?*, in *Scritti scelti*, Bollati Boringhieri, Torino 2011, pp. 195 ss.

²³ Si veda la tabella di Rigutti riportata in C. BERNARDINI - T. DE MAURO, *Contare e raccontare*, Laterza, Bari 2005, p. 48. Sulla base di detta tabella, si possono costruire discorsi che non dicono assolutamente nulla sulla realtà.

²⁴ Ometto qui di riportare l'imponente letteratura avente ad oggetto la teoria di K.R. POPPER e il suo (fondamentale) criterio di falsificazione, sul quale mi permetto di rinviare a S. RACHELI, “Esiste” una “giurisprudenza alternativa”? (sulla scientificità della meta-giurisprudenza, alla luce delle teorie di K.R. Popper), in *Critica Giudiziaria*, 1-2/1978, p. 35 ss nonché S. RACHELI, *La metafisica*, citato *infra* nota 39.

²⁵ COSÌ G. PRETI, *Retorica e logica. Le due culture*, Einaudi, Torino 1968, p. 148.

²⁶ G. PRETI, *Retorica*, cit., pp. 157 e 172. Si veda anche D. LORIES (a cura di), *Le sens commun et le jugement du phronimos*, Peeters, Louvain-La Neuve 1998.

²⁷ Profonda la considerazione svolta da Aristotele sul punto: «Perciò la scelta è intelletto che desidera o desiderio che ragiona e tale principio è l'uomo» (ARISTOTELE, *Eth. Nic.*, VI, 1139b 4ss).

difficilmente un discorso, specie se giudiziario, possa rimanere relegato nell'esclusivo spazio della "razionalità". Rimane il fatto che l'opinione come fu rilevato già da Aristotele²⁸ «ha la funzione di quella parte dell'intelletto il cui ruolo è di afferrare il contingente nella sua ricchezza che pervade il nostro "microcosmo"»²⁹. Una disposizione del nostro essere – l'opinione – che è «instabile per natura e mutevolezza, e che costituisce una preparazione a sapere nell'ambito di ciò che può stare diversamente»³⁰.

Se, come è stato affermato, «con intellesione si intende non un qualunque atto di attenzione, o di avvertenza, o di memoria, bensì il sopravveniente atto del comprendere»³¹, c'è da chiedersi se l'argomentazione dia conto o meno di un atto (o di più atti) del comprendere. Nel caso di risposta negativa, dovremmo arrenderci al fatto che pur in presenza di discorsi "ben fatti" questi nulla potrebbero dirci sulla realtà: a chi mai potrebbero interessare siffatti discorsi?³²

Sembra dunque non irragionevole sostenere che l'opinione debba avere un fondamento reale³³, per il che l'argomentazione giudiziaria è quella che

²⁸ S'intende, nel contesto di un ben preciso quadro noetico e ontologico: si veda la fondamentale opera di P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, PUF, Paris 1976, p. 30.

²⁹ In tal senso L.-M. REGIS, *L'opinion selon Aristote*, J. Vrin - Institut d'Études Médiévales, Paris-Ottawa 1935, p. 61, opera fondamentale per chi voglia meditare sull'"opinione".

³⁰ Cfr. ARISTOTELE, *Analitici Secondi*, I, 33, 88b 30 ss., dove Aristotele – il fatto merita di essere evidenziato – distingue sia la "scienza" sia l'"opinione" dall'"intellesione", affermando che, in ordine alle prime due, «neppure vi è intellesione (dico infatti che l'inteltesione è principio della scienza)», concetto ripreso con forza dal pensiero medievale (cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Th.*, II-II, q. 25, art. 4: «*de principiis non habetur scientia, sed aliquid majus, scilicet intellectus*»). La capacità di decidere in detto ambito venne, dagli antichi, chiamata "prudenza" (la *prudentia* latina, erede della *φρονησις* greca, da cui, non a caso, la *iuris-prudentia*). Ricorda in proposito Aristotele che essa «è una virtù e non una scienza, ma un altro genere di conoscenza» (ARISTOTELE, *Eth. Nic.*, 1246b 35): si tratta cioè di quella conoscenza capace di avere per oggetto «il particolare e il contingente che costituiscono il campo proprio dell'azione» (così P. AUBENQUE, *La prudence*, cit., p. 145).

³¹ Così B. LONERGAN, *Insight. Uno studio del comprendere umano*, EDB, Bologna 2007, p. 3.

³² Sia chiaro: quando accentuo il referente ontologico dell'argomentazione non intendo affatto svalutare l'importanza di un argomentare corretto, ché, al contrario, la scorrettezza dell'argomentare è un forte segnale di allarme quanto al fallimento della "conoscenza opinativa". Ma non credo possa, reciprocamente, sostenersi che la correttezza sia sempre sintomo di effettiva "conoscenza", essendo, come rilevato, ben possibile fabbricare "falsi discorsi".

³³ Mi permetto di rinviare, sul punto, a S. RACHELI, *Difesa, giudizio, processo: pluralità di deontologie?*, in AA.VV., *Il linguaggio, la condotta, il metodo*, Il Sole24Ore, Milano 2001, pp. 79 ss. Che la capacità di ben giudicare (*γνώμη*) – e, in particolare la capacità di giudicare in modo equo (*συγγνώμη*) – fosse correlata anche ad un conoscere, gli antichi non dubitavano: «L'indulgenza è il giudizio che decide circa l'equità, allorché questo giudizio è corretto, ed è corretto quando conduce al vero» (ARISTOTELE, *Eth. Nic.*, 1143a 23-24).

costituisce epifania del percorso mentale³⁴ con cui si perviene ad una decisione fondatamente “prudente”. Corre qui l’obbligo di precisare che, a rigore di termini, il mio riferimento alla “prudenza” non è puntuale, atteso che con essa si intende la capacità di agire, nella contingenza, in vista di ciò che è bene per l’uomo³⁵, là dove qui si tratta, più esattamente di quella “capacità di giudizio” cui sopra si è fatto riferimento³⁶. Peraltro l’apparentamento tra la prudenza e le altre virtù (dianoetiche) “minori”³⁷ ed in particolare la *γνώμη* rende possibile affermare che l’“uomo di giudizio” è solo un altro nome dell’“uomo prudente”³⁸, così consentendo di estendere (*cum mica salis*) alla capacità di giudizio molte considerazioni concernenti la prudenza.

Che si richieda, per l’argomentazione, un fondamento, in qualche modo “oggettivo”³⁹, nel nostro Ordinamento giuridico positivo (penale) è dato ipotizzare, mi sembra, sulla base dell’art. 533 c.p.p.⁴⁰, secondo cui «il giudice pronuncia sentenza di condanna se l’imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ‘ragionevole’ dubbio»⁴¹. Ancora una volta, non si rinvia al mero stato mentale del giudice, ma al fatto che questo stato (il dubbio) sia ragionevole. Si potrebbe dire che deve trattarsi di uno stato mentale “vero”, se non fosse che riserviamo la polarità vero/falso ad altri tipi di conoscenza⁴².

Mi chiedo se per avventura ipotizzo, ma non affermo, che il principio del libero convincimento del giudice sia un principio che possa essere solo riconosciuto e non statuito dalla legge (analogamente a quanto avviene per i diritti inviolabili

³⁴ Come nel caso del linguaggio, c’è da chiedersi cosa fondi la “parola interiore” (si veda, sul punto, B. LONERGAN, *Conoscenza e interiorità*, EDB, Bologna 1984, pp. 31 ss.), così è fondamentale interrogarsi sul fondamento dell’“argomentazione interiore”.

³⁵ Così ARISTOTELE, *Eth. Nic.*, VI, 7, 1141a 9 ss. Cfr. anche *infra* nota 43.

³⁶ Cfr. *supra* nota 34.

³⁷ Si tratta, com’è noto, della capacità di ben deliberare, della prontezza mentale, della vivacità di spirito, dell’intelligenza e, infine, proprio della capacità di giudizio (sulle quali si veda P. AUBENQUE, *La prudence*, cit., pp. 149 ss.).

³⁸ Cfr. P. AUBENQUE, *La prudence*, cit., p. 152.

³⁹ Quanto all’“oggettività” – in materia di argomentazione non meno che di scienza – il discorso si fa così complesso che travalica i limiti propri del presente scritto. Rinvio sul punto a S. RACHELI, *La metafisica al di là dell’epistemologia (ovvero la scienza come orfana della conoscenza)*, in *Critica giudiziaria*, 2/1981, pp. 77 ss.

⁴⁰ La norma in questione è, a mio avviso, uno dei tanti “luoghi” ove, sotto aspetto di “mera tecnica”, vivono forti valenze “filosofiche”. In tema, ancora una volta mi permetto di rinviare a S. RACHELI, *Antropologia del reato*, in AA.VV., *Scritti Giacobbe*, Giuffrè, Milano 2011.

⁴¹ C’è da chiedersi se possa cogliersi un’esigenza di tendenziale oggettività – persino da parte del difensore – là dove, in alcuni ordinamenti di *common law*, è fatto obbligo al difensore di citare anche i precedenti a lui sfavorevoli.

⁴² Ricordo che di “opinione vera” ebbe a parlare già PLATONE, *Menone*, 97 c ss. Si tenga peraltro presente che, a formare un’opinione, possono concorrere anche accertamenti in fatto, qualificabili come scientifici, le cui conclusioni sono riconducibili sotto il dominio della indicata polarità vero/falso (salvo quanto detto alla nota 40).

di cui all'art. 2 della nostra Costituzione), data l'ineluttabilità che al processo si ponga fine con un giudizio opinativo (che di altri non è figlio se non di un libero convincimento). In quest'ottica, c'è da porsi l'ulteriore interrogativo se mai le regole sulla prova non costituiscano (o non debbano costituire), ancora una volta ipotizzo, ma non affermo, dei protocolli che, pur non producendo alcuna "certezza", nondimeno aumentano la speranza di attingere la "verità", così come, analogamente, in campo medico, si ha fondato motivo di ritenere che l'osservanza dei protocolli in nulla infallibili e ben modificabili nel tempo aumenti le possibilità di guarigione⁴³.

Come si vede il quesito posto da Marinelli («l'argomentazione giuridica fa parte della logica o della retorica?»), opportunamente ricordato dal Cattani⁴⁴, richiede forse una qualche ulteriore, più specifica, formulazione, che valga a dar conto del fatto che il problema dell'opinione si colloca nel contesto del dibattito (ben più ampio e articolato) sulla "verità", dal quale mutua problematiche e prospettive, le quali, a seconda del loro svilupparsi, possono collocare le radici della decisione giudiziaria nella solitudine meramente logica del giudicante e nella sua capacità tecnica argomentativa ovvero, secondo un'altra possibile linea di tendenza, nella "prudenza" del giudice e nel suo argomentare, inteso questo non come frutto di mera tecnica, ma di ciò che gli antichi chiamavano *praxis*⁴⁵, vale a dire di quelle qualità del giudicante⁴⁶ che, mancando, rendono impossibile in radice ogni *prudentia iuris*.

⁴³ Mi permetto di dissentire da un'autorevolissima dottrina secondo cui il principio del libero convincimento del giudice sarebbe caratterizzato da un "vuoto di razionalità" che può essere eliminato solo facendo ricorso alla regola dell'oltre il ragionevole dubbio: «è solo in questo modo» si dice «che il vuoto di razionalità, proprio del libero convincimento, può essere superato: la valutazione del grado di affidabilità di un enunciato scientifico può essere compiuta solo chiedendosi se, tenuto conto dell'insieme delle conoscenze scientifiche e delle indicazioni rilevanti per il diritto, che scaturiscono dal dibattito sul metodo scientifico, quell'enunciato lasci o non lasci spazi a dubbi ragionevoli dubbi» (F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano 2003). Ma questo interrogarsi – per impedire un regresso all'infinito – non può essere risolto, a sua volta, sulla base di un meta-principio del ragionevole dubbio. Il principio dell'oltre il ragionevole dubbio impegna pertanto il giudice a valutare *prudentemente* le risultanze processuali (ivi comprese eventuali affermazioni scientifiche) e lo invita ad avere consapevolezza del fatto che il suo "sapere" è morale solo quando ha piena coscienza dei propri limiti e totale attenzione all'uomo (cfr. P. AUBENQUE, *La prudence*, cit., p. 152).

⁴⁴ A. CATTANI, *Esortazione alla teoria e alla pratica dell'argomentazione. Una modesta proposta*, in AA.VV., *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 1 ss.

⁴⁵ Sulla distinzione tra τέχνη e πραξις, si vedano le profonde pagine di F. CALVO, voce *Progetto*, in *Enciclopedia Einaudi*, Einaudi, Torino 1980, XI, pp. 126 ss.

⁴⁶ Ed è proprio in questa saggezza esemplare che trova fondamento oggettivo (nel senso limitato in cui è qui possibile parlare di oggettività) la decisione del prudente. Infatti alla domanda «da cosa dipende la correttezza del giudizio dell'uomo prudente?» sembra debba risponderci «il prudente, essendo il criterio ultimo, è criterio a se stesso» (così P. AUBENQUE, *La prudence*, cit., pp. 44 ss.).

Questo *l'incipit* che mi pare necessario e che solo può confermare (o smentire) che la retorica del giudice possa essere la stessa del patrocinatore⁴⁷ (con rilevanti ricadute, aggiungo, in materia di deontologia professionale), sempre tenendo presente, comunque, che ci si deve arrendere all'ineluttabilità che, persino con riferimento a proposizioni scientifiche, debba esserci qualcuno che tiri (opinativamente) le somme, come esattamente rilevato, ad esempio, da Cass., sez. un. sent. 9163/05 (in materia di vizio di mente), la quale rivendica al giudizio opinativo il diritto/dovere di porre la parola fine al processo. Una sentenza che sembra ispirata al più puro "anarchismo epistemologico", il quale afferma testualmente: «Gli esperti sono pieni di pregiudizi, non ci si può fidare di loro e si devono esaminare con cura i loro consigli. [...] Chi non ricorda almeno un caso nella sua famiglia in cui un medico ha proposto un'operazione, un secondo medico l'ha sconsigliata e un terzo aveva idee completamente diverse?». È poi il consiglio di famiglia (nel nostro caso il giudice) a dirimere saggiamente (si spera) il problema, decidendo il da farsi⁴⁸.

Le argomentazioni sin qui svolte vogliono solo essere un invito a quel dialogo che auspicavo all'inizio, convinto come sono che «ciascuno ha un particolare contributo da dare per il raggiungimento della verità»⁴⁹ e che «è impossibile ad un uomo cogliere in modo adeguato la verità ed è altrettanto impossibile non coglierla del tutto: infatti, se ciascuno può dire qualcosa intorno alla realtà, e se, singolarmente preso, questo contributo aggiunge poco o nulla alla conoscenza della verità, tuttavia, dall'unione di tutti i singoli contributi deriva un risultato considerevole [...] Ora non solo è giusto essere grati a coloro dei quali condividiamo le opinioni, ma anche a coloro che hanno espresso opinioni piuttosto superficiali; anche costoro, infatti, hanno dato un certo contributo alla verità, in quanto hanno contribuito a formare il nostro abito speculativo»⁵⁰.

⁴⁷ Afferma infatti Cattani: «Per rispondere (a Marinelli *ndr*) occorre chiarire se quando si parla di giuridico, si intenda del giurista o del giudice o del legislatore o del patrocinatore. Chiarirlo è essenziale perché magari la logica è la stessa, ma la retorica no» (così A. CATTANI, *Esortazione alla teoria e alla pratica dell'argomentazione*, cit.).

⁴⁸ Cfr. P.K. FEYERBAND, *La scienza in una società libera*, Feltrinelli, Milano 1981, p. 133.

⁴⁹ ARISTOTELE, *Eth. Eud.*, I, 6, 1216b 31.

⁵⁰ ARISTOTELE, *Metafisica*, I, 993, pp. 31 ss.

Argomentare per persuadere.

Dimostrare per convincere

Adelino Cattani

“Persuadere” e “convincere” sono concetti usati talvolta come sinonimi talvolta come opposti. Ma dalla persuasione si tende a prendere le distanze e in molte lingue si ha una chiara distinzione tra questi due termini¹.

Un oratore pronuncia parole persuasive. Un pubblicitario vive di persuasione. Un educatore fa leva sulla persuasione. Un politico opera sulla base della persuasione. Il che parrebbe indicare che la persuasione si fonda su credenze, si nutre di opinioni, induce ad agire anche inconsciamente. Chi vive di convinzioni è, al contrario, considerato un individuo sicuro di sé che opera liberamente sulla base di induzioni inferenziali, intese come procedimento logico e più consapevole.

Persuadere e convincere: la parola

Partiamo dagli usi linguistici e vediamo come usiamo il linguaggio, che, come ci dicono anche i filosofi che se ne occupano, non è mai l'ultima parola, ma comunque è sempre la prima. L'uso normale dei termini attesta una netta differenziazione tra queste due operazioni.

Diciamo: «Mi sono “convinto” che qualcosa è vero». Ossia: si convince e non si persuade della verità di un fatto. Viceversa, diciamo: «Mi sono “persuaso” che è bene fare qualcosa». Ossia: Si persuade, più di quanto si convinca, ad agire e a operare.

L'atto del convincere rimanda ad un indurre ad un assenso razionale (dopo averne indotto la comprensione), mentre l'atto del persuadere rimanda ad un riuscire a far credere o a far fare (cercando a sua volta di mostrare i benefici che deriveranno da tale credenza od azione).

Si può “Convincere qualcuno dei propri errori”.

Si danno “Prove che convincono”.

Si dice “Convincersi di avere torto” o “Si convinse con i propri occhi della verità dell'accaduto”.

In effetti il dizionario, così definisce il “convincere”:

¹ Nella maggior parte, anche se non in tutte. Nella lingua serba, esiste un solo verbo (*ubéditi*) ed un solo sostantivo (*ubedenje*) per rendere sia il convincere/convinzione sia il persuadere/persuasione. Così in altre lingue slave, in russo ed anche in danese (*overbesive* e *oberbevisning*) e in ebraico (*shikna*).

A. Indurre con la forza del ragionamento o la validità degli argomenti a riconoscere, accettare, ammettere e sim. qualcosa eliminando ogni possibilità di dubbio.

B. “Convincersi”, riflessivo: acquistare certezza, liberandosi da dubbi o da precedenti opinioni².

Notiamo che le precedenti espressioni non ammettono l’uso di persuadere al posto di convincere.

Non si usa dire e non si dice:

*Persuadere qualcuno dei propri errori.

Lo *persuase che non c’era più niente da fare.

Prove che *persuadono.

Sono *persuasato della sincerità di qualcuno.

Sono tutte espressioni che suonano male e che un linguista contrassegnerebbe con il tipico asterisco di riprovazione.

Ma ancor più decisivo a sostegno della distinzione tra persuadere e convincere è il fatto che esiste la dissuasione e non la *s-convinzione.

Come mai il nostro vocabolario non prevede anche un verbo che indichi l’azione opposta al convincere, qualcosa come lo *s-convincere? Chi ci persuade può dissuaderci, mentre chi ci convince non può sconvincerci. Può essere significativo? Forse sì. Com’è indicativo che non esista l’equivalente di vettore inverso, dell’atto di dedicare, il *dis-dedicare³.

La persuasione è qualcosa che una persona fa “ad” un’altra persona, mentre la convinzione è qualcosa che uno fa “con” un’altra persona. Qui l’etimologia è quanto mai significativa e preziosa: quando si convince, si vince “con” (o facendo appello a) mezzi razionali. Il significato etimologico di convinzione (*cum + vincere*) rimanda all’effetto finale del condurre qualcuno ad ammettere qualcosa con prove o con ragioni indiscutibili.

L’insuperato *Dizionario dei sinonimi* di Niccolò Tommaseo così sintetizza la differenza: “Convincere” concerne l’intelletto, “persuadere” e l’intelletto e il volere. L’oratore non deve soltanto convincere la mente; deve persuadere gli animi, movendoli al bene. Non si convince senza prove; persuadesi anco senza. Un cenno basta... Per convincersi voglionsi prove incontrastabili; la persuasione può venire da prove men forti, da un fatto, da un indizio, da un non so che determinante l’animo a credere o a fare qualcosa⁴.

In breve, questa pur sbrigativa carrellata concettuale sul persuadere/convincere e questa verifica lessicale sulla dissuasione/*s-convinzione, ci

² Lo Zingarelli. *Vocabolario della lingua Italiana*, Zanichelli, Bologna 1997, voce: “Convincere”.

³ Un filosofo provocatoriamente si rammaricava di non poter disdedicare un suo libro agli psicologi.

⁴ N. TOMMASEO, *Dizionario dei sinonimi della lingua italiana*, Vallecchi, Firenze 1973, voce: “Persuadere”, n. 2705, p. 1442.

inducono ad accogliere l'ipotesi che "persuadere" sia un verbo principalmente di processo, mentre "convincere" sia un verbo principalmente di risultato. Un processo, come un lavoro in corso, è modificabile; un risultato dovrebbe essere un punto fermo. E ciò che conta in un processo, che sia conoscitivo o giuridico, non è solo l'esito, il verdetto finale, ma il modo in cui vi si perviene.

Persuadere e convincere: la cosa

Possiamo articolare la differenza, lessicale e psicologica, tra persuasione e convinzione⁵, in dieci punti di differenza (come dev'essere qualsiasi decalogo che si rispetti).

1. Persuasione rimanda più alla sfera dell'"azione", mentre convinzione sembra riferirsi più alla sfera del "pensiero".
2. Persuasione presenta un risvolto di natura "manipolatoria" che non c'è in convinzione.
3. Persuadere sembra un atto che fa leva anche sull'emotività, da cui prescinde invece il convincere. Convinzione rinvia ad un atto che fa appello alla logica, alla ragione, al *logos*, mentre persuasione fa appello all'autorevolezza di chi parla o alla sua capacità di smuovere affetti ed emozioni, ossia a quelle fonti che tradizionalmente vanno sotto il nome di *ethos* e *pathos*.
4. Convinzione e convincimento sono molto più forti di persuasione: «è mia convinzione», «me ne sono fatto un convincimento». Nella radice e nell'etimo, il "vincere" ha la meglio sul "suadere". Diversamente, il "persuadere", «non si impone e soggioga con la forza delle prove, ma avvince e piega dolcemente l'animo con ragionamento»⁶. Persuadere rimanda alla suasion (ad una costellazione lessicale in cui ritroviamo *suadeo*, *suavis*, *sweet*): è un «indurre con efficaci parole a credere o fare qualcosa».
5. Convincere, a differenza di persuadere, ammette come sinonimi, nei repertori, anche "dimostrare", "provare", "documentare", "concludere".
6. La persuasione, a differenza della convinzione, può essere qualificata "suggestionante" e "sofistica".
7. La persuasione ammette gradi di adesione diversi. Di conseguenza è favorita dall'accumulo di più fattori persuasivi, quando invece una dimostrazione convincente è sufficiente allo scopo e ogni altra prova diventa superflua. Per la persuasione conta la molteplicità quantitativa, mentre per la convinzione vale l'unicità qualitativa.

⁵ Osservo, incidentalmente, che molti testi sulla persuasione (da *I persuasori occulti* di V. PACKARD ai testi più recenti, come quello curato da V. YZERBIT - O. CORBEILLE, *La persuasion*, Delachaux et Nestlé, Lausanne 1994) sono di natura solo psicologica, e non vi si trova nessun riferimento a *retorica* o a *argomentazione*.

⁶ O. PIANIGIANI, *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, Edizioni Polaris, Genova 1991, voce "Convincere".

8. Persuadere è più centrato sul “parlante”, sulla sua volontà e capacità di modificare opinioni o comportamenti; convincere è centrato sul “destinatario”, sulla sua capacità di farsi convincere, di valutare razionalmente la cosa. In un processo di convinzione il destinatario risulta “più attivo”, dotato di iniziativa più di quanto lo sia il soggetto della persuasione. Se mi sento preda, succube della parola altrui, è probabile che si tratti di persuasione. Se avverto che la mia accettazione richiede un mio coinvolgimento, una partecipazione attiva, un mio impegno, è probabile che sia convinzione.
9. La persuasione è basata più su argomenti “costruiti” che “scoperti” e il suo tipico procedere è a ritroso: parte dalla conclusione, che è verità certa per colui che parla, e risale alla ricerca delle premesse che la rendano accettabile al soggetto che si intende persuadere.
10. La persuasione, a differenza della convinzione, si configura come una costrizione senza averne la parvenza.

Quelli indicati sono buoni “criteri” (che è sono cosa diversa dalle “definizioni”) per distinguere un atto di convinzione da uno di persuasione.

Posso anche trovare una definizione perfetta di “intelligenza”, ma spesso mi è più utile un criterio che mi consente di valutare se certe scelte o certi comportamenti siano tali. Posso avere una definizione inappuntabile dal punto di vista chimico-strutturale di quel liquido vitale fatto di due atomi di idrogeno e uno di ossigeno, ma quando ho sete, in montagna, mi serve altro per sapere se posso bere o meno da quel fiotto che sgorga.

Argomentare e dimostrare

Come persuasione e convinzione, anche argomentazione e dimostrazione sono usate talvolta come sinonimi e a volte per indicare due procedure opposte. L'opposizione rinvia ad una polarità culturale per cui verità, scienza, certezza e realtà si contrappongono a falsità, opinione, plausibilità e apparenza. Schematicamente, questo antagonismo è ispirato all'idea invalsa che la scienza sia fondata su prove dimostrative, mentre le altre forme di sapere al massimo si basano su processi argomentativi.

Oggi questa opposizione si è fatta molto controversa. Dimostrazione e argomentazione hanno due caratteristiche in comune: la natura inferenziale e la funzione di prova. Ma sono molto più numerosi i tratti che le differenziano⁷.

Quella di Pitagora, quando dimostra che il quadrato costruito sull'ipotenusa è uguale alla somma dei quadrati costruiti sui cateti, è una “dimostrazione”. Quella evoluzionista di Darwin, quando ragiona sulla base di una possibilità, è un “argomentazione”.

La cartina di tornasole che segna la differenza tra argomentazione e dimostrazione è data da una varietà di tratti che riguardano i destinatari e il

⁷ Cfr. A. CATTANI, *Forme dell'argomentare*, Edizioni GB, Padova 1994, pp. 31-32.

contesto, la natura e il fondamento, i principi, il linguaggio usato, i criteri di valutazione. Li possiamo riassumere nella seguente tabella.

ARGOMENTAZIONE	DIMOSTRAZIONE
Destinatari e contesto – postula un uditorio determinato – l'uditorio è personale – chi argomenta si indirizza al destinatario con passionalità, coinvolgimento, impegno – situata nel tempo e nello spazio, vincolata al qui ed ora – valida nella situazione in cui è proposta	Destinatari e contesto – indifferente rispetto al destinatario – l'uditorio è impersonale – chi dimostra si indirizza al destinatario con distacco spassionato, disinteresse, imparzialità – indipendente dal tempo e dallo spazio – valida sempre e per tutti
Natura e fondamento – mira all'adesione; volta all'azione, immediata o eventuale – fondata su opinioni, presupposizioni, precedenti – negoziabilità delle conclusioni – sempre rivedibile – ammette gradi di adesione diversa – comporta decisioni modificabili, in caso di intervento di nuovi fattori o di mutamenti nelle valutazioni	Natura e fondamento – teoricamente autosufficiente – fondata su assiomi – non negoziabilità – incontrovertibile – esclude la possibilità di accrescimento dell'adesione – definitiva ed ultimativa
Principi – non vale il principio del terzo escluso – molteplicità quantitativa: opportunità dell'accumulo di argomenti	Principi – vale il principio del terzo escluso, del tutto o niente – unicità qualitativa: superfluità di un'ulteriore dimostrazione
Linguaggio – usa un linguaggio naturale – implica comunicazione, dialogo, discussione, controversia	Linguaggio – usa un linguaggio che può esser anche artificiale, simbolico – implica la possibilità di un calcolo, anche meccanico
Criteri di valutazione – giudicata in base a criteri di rilevanza, di forza o di debolezza – carattere valutativo, tipico di una giustificazione ragionevole – ampiezza ed ornamento – verosimiglianza, plausibilità, probabilità	Criteri di valutazione – giudicata in base a criteri di validità e correttezza – carattere di verità logica, valida sempre e ovunque – brevità e semplicità – evidenza e necessità

A dispetto di questo confronto in cui argomentazione e dimostrazione risultano separate da uno steccato, alla luce di diverse riflessioni storico-epistemologiche⁸, le due modalità conoscitive ed espressive non paiono del tutto oppostive, ma risultano complementari nella costituzione della prova anche scientifica. Potremmo dire che la dimostrazione è “specie” del “genere” argomentazione, come la convinzione, intesa nell’accezione sopra detta, potrebbe considerarsi “specie” del “genere” persuasione.

Se così è, la logica può diventare specie del genere retorica? La conclusione è forse inquietante, ma sostenibile. Storici ed epistemologi della scienza contemporanei non la escludono. Persino lo scienziato non dimostra, ma argomenta⁹. Lo scienziato, almeno lo scienziato rivoluzionario, quello cioè che fa fare vitali passi in avanti alla ricerca, non è molto diverso da un avvocato difensore: il suo punto di partenza è una conclusione che per lui è certa e che egli considera verità e si impegna a recuperare le premesse che la rendano certa e vera anche per la comunità scientifica. Tutti gli scienziati più importanti, da Galilei a Keplero, da Harvey ad Einstein, ci offrono chiari esempi di come, al suo primo apparire, ogni nuova teoria non sia altro che una stupefacente elaborazione di argomenti meravigliosamente persuasivi più che dimostrativi. Per Galilei e Keplero, per Harvey e Einstein, cruciali sono stati non tanto convincenti esperimenti bensì eccellenti argomenti persuasivi.

Se questo vale per lo scienziato e la relativa comunità scientifica, vale a maggior ragione per un patrocinatore ed una giuria per quanto competente e imparziale possa essere.

L’argomentazione è lo strumento della retorica. La retorica, solitamente definita l’arte della persuasione, è un’arte che difficilmente ottiene lo scopo che si propone. La vera “incerta scienza” è la retorica, più ancora dell’economia. Noi infatti argomentiamo sempre e in ogni tipo di situazione, ma ci si persuade reciprocamente ben di rado. Quando mai siamo riusciti a persuadere qualcuno a forza di argomenti logici?

C’è chi si rammarica di questo fatto e ironizza, affermando che è passato il tempo in cui gli antichi retori riuscivano a persuadere gli altri a colpi di soriti, entimemi, epichelemi¹⁰. Oggi pare non funzioni più.

In realtà non ha mai funzionato. Neanche ai tempi di Aristotele. Per questo colui che per primo diede sistemazione alla retorica, la definì non “l’arte di persuadere”, ma “l’arte di scoprire ciò che c’è di persuasivo” in ogni discorso.

⁸ Si vedano in particolare gli esiti delle ricerche compiute, a partire dalla metà del secolo scorso, da numerosi storici e filosofi della scienza, come N.R. Hanson, M. Polanyi, Th. Kuhn e M. Finocchiaro, sulla funzione della retorica nella scienza.

⁹ Persino la teoria della relatività di Einstein è oramai considerata una straordinaria argomentazione.

¹⁰ Così scrive e si sorprende M. ANGENOT nel suo *Dialogues de sourds. Traité de rhétorique antilogique*, Mille et une nuits, Paris 2008, p. 9.

Una cosa è infatti guarire, altra cosa è individuare ciò che ha proprietà curative.

Per Aristotele la retorica è «la facoltà [*dynamis*] di scoprire speculativamente [*tou theoresai*] ciò che è in grado di persuadere [*pithanón*]¹¹.

Per Heinrich Lausberg, invece, la retorica è «il sistema di regole che garantisce il successo della persuasione»¹².

La prima definizione considera la retorica una *dynamis* ed un'attività teorica che si limita a discernere ciò che in ciascun caso è potenzialmente persuasivo.

La seconda include il successo tra le finalità della retorica, come si includerebbe la guarigione tra le finalità della medicina. Queste due definizioni di retorica, apparentemente simili, in realtà molto diverse, evidenziano la prima il valore e la seconda i rischi della persuasione.

Anche Norberto Bobbio in una lettera a Ferruccio Rossi Landi si chiedeva se un discorso persuasivo sia quello che cerca di persuadere o quello che persuade effettivamente. «Un comando è un comando anche se non è ubbidito; un consiglio è un consiglio anche se non è seguito; una prescrizione medica è una prescrizione anche se l'ammalato non prende la medicina. Se si fa intervenire l'adempimento a me pare che venga falsato il problema di ogni forma di discorso persuasivo, che è il problema non della efficacia di questo tipo di discorso, ma della sua struttura. Se si fa intervenire l'efficacia, tra l'altro, non vedo poi come si possa distinguere il discorso persuasivo dal comando ubbidito, dal consiglio seguito, dalla prescrizione eseguita, se non per i motivi psicologici per cui il destinatario accetta, segue, eseguisce»¹³.

Sulla scorta delle analisi di John Austin, il teorico degli atti linguistici, diremo che comando, un consiglio, una prescrizione vengono attuati nel momento stesso in cui si formulano. Sono «atti illocutori», che entrano automaticamente in vigore per il semplice fatto di enunciare il comando, il consiglio, la prescrizione. Si realizzano «nel» pronunciare qualcosa. La persuasione invece è un «atto perlocutorio», che si può realizzare «col» pronunciare qualcosa, ma non è mai garantito. Quindi un discorso può e deve definirsi persuasivo in sé, a prescindere dagli effetti.

In questa cornice, storica e teorica, si inseriscono le quattro combinazioni possibili che si instaurano tra i due termini della coppia convincente/persuasivo e delle sue varianti logicamente corretto/retoricamente efficace.

- ragionamento logicamente corretto e retoricamente efficace;
- ragionamento logicamente non corretto e retoricamente efficace;
- ragionamento logicamente corretto e retoricamente non efficace;
- ragionamento logicamente non corretto e retoricamente non efficace.

¹¹ ARISTOTELE, *Retorica*, libro I, 1355b 25-26.

¹² H. LAUSBERG, *Elementi di retorica*, il Mulino, Bologna 1967, § 92, p. 65.

¹³ *Carteggio inedito Bobbio-Ferruccio Rossi Landi*, Lettera 34, 11 marzo 1969, a cura di M. QUARANTA, in *Foedus*, 13/2005, pp. 94-95.

Poiché la validità e l'efficacia sono due qualità scindibili, un argomento può essere buono logicamente o buono di fatto, corretto o efficace. Le probabilità giocano chiaramente contro di noi: 3 a 1.

Replica logica e replica retorica

Un illustre genetista afferma che “la toilette è stata la principale variabile per l'allungamento della vita” perché nei paesi in via di sviluppo dove i gabinetti scarseggiano, la speranza di vita è inferiore di 30 anni rispetto ai paesi dotati di servizi igienici. È vero. Ma chi volesse avanzare ipotesi supplementari o alternative, può seguire due strade.

Sicuramente potrebbe replicare in maniera logica, segnalando che l'argomento addotto dal genetista si appella ad una causa parziale (mezza verità) o rinfacciandogli una possibile fallacia detta d'accidente.

Ma può anche scegliere un tipo di risposta più discorsiva e meno tecnica, del tipo: «Certo. E nei paesi sviluppati del Nord, dove scarseggia il bidet, esiste la più alta pressione fiscale. Belgi e danesi, nordici tutti, unitevi per fare posto ai bidet nei vostri bagni e abbassare così la pressione fiscale nei vostri paesi».

Le fallacie sono un terreno accidentato e vischioso. Per non restare impantanati nelle fatali sabbie mobili delle fallacie è meglio essere sciolti che blindati. È consigliabile essere leggeri per correre rapidi: «meglio danzare e saltellare che piantarsi ritti sulle due gambe del proprio buon diritto»¹⁴, tutti armati e appesantiti dai propri argomenti corazzati. Meglio usare l'ironia, quando si può.

Seguono alcuni esempi di botta e risposta che evidenziano questa disgiunzione tra correttezza logica e persuasività retorica.

1. «Dimmi con chi vai e ti dirò chi sei». O, meno proverbialmente: «Sappiamo tutti che un uomo si giudica dalle sue frequentazioni».
 - Risposta logica: «Fallacia di composizione. Quanto è vero di un tutto non necessariamente vale per le sue parti componenti».
 - Risposta retorica: «È tutto da vedere, caro il mio amico. Giuda aveva delle eccellenti frequentazioni».
2. «Governare una nazione è come governare un'azienda»
 - Risposta logica: «Falsa analogia. Tempi e modalità decisionali, sistemi di nomina e di controllo sono diversi nei due casi».
 - Risposta retorica: «Mi aspetto a fine anno la mia percentuale d'utili d'impresa».

¹⁴ V. DELECROIX, *Petite éloge de l'ironie*, Gallimard, Paris 2010, p. 61.

3. «Non fidarti delle donne. Te lo dico io»
 - Risposta logica: «Generalizzazione indebita. La tua singola e personale esperienza non fa testo».
 - Risposta retorica: «Vuoi togliere il Nobel alla Montalcini?».
4. «Per un'alimentazione sana tutti i grassi vanno aboliti dalla dieta».
 - Risposta logica: «Generalizzazione indebita e semplicistica».
 - Risposta retorica: «Provaci e fatti poi prescrivere un controllo del metabolismo».
5. «Dobbiamo prendere in seria considerazione l'esistenza degli extraterrestri, perché nessuno ha mai dimostrato che non esistono».
 - Risposta logica: «Argomento *ad ignorantiam*. Non puoi fondare una conclusione su un non-sapere».
 - Risposta retorica: «E nessuno ha mai dimostrato che tu non sei un criminale».
6. «Il *Messo del Mattino* è il giornale più autorevole perché è il più grande e il più importante».
 - Risposta logica: «Ragionamento circolare (o se si vuole essere ancor più indisponenti: *petitio principii*). Ripeti semplicemente senza fornire ragioni di quanto dici».
 - Risposta retorica 1: «Sì, e tu sei celibe perché non sei sposato».
 - Risposta retorica 2: «Sei come il criceto della ruota: ti muovi senza avanzare di un passo».
7. Mamma: «Vuoi fare il bravo e andare a letto?»
 - Risposta del figliolo ben educato anche in logica: «Domanda complessa. Due richieste in una. Fammene una alla volta, per favore»
 - Risposta retorica: «Faccio il bravo e continuo a trastullarmi al computer».
8. «Chi ha cominciato con lo spinello è finito con l'eroina».
 - Risposta logica: «Fallacia di brutta china».
 - Risposta retorica: «Sì e da bambino succhiava latte. Basta dare latte ai bambini!»

La persuasività di un argomento si lascia intendere prima della sua correttezza e a volte indipendentemente da essa. Certo, la persuasività riguarda gli aspetti cosiddetti marginali, quelli relegati nell'ambito del puro dominio retorico, ma non esiste una necessaria superiorità della convinzione sulla persuasione. «Per chi si preoccupa del risultato, persuadere è più che convincere, perché la convinzione è solo il primo passo che conduce all'azione». Per Rousseau convincere un bambino non serve a nulla se non si sa persuaderlo: «È facile convincere un bimbo che ciò che gli si sta insegnando è utile; ma non basta

convincerlo, se non si sa persuaderlo. La tranquilla ragione potrà pure farci approvare o biasimare, ma non c'è che la passione che ci faccia agire»¹⁵.

Al contrario, per chi si preoccupa del carattere razionale dell'adesione, convincere è più che persuadere¹⁶. L'autore del *Trattato dell'argomentazione* mantiene la distinzione, ma adottando come parametro distintivo il tipo di uditorio (universale o particolare) su cui si intende puntare: chi si impegna ad influenzare un uditorio particolare con argomenti solo efficaci farebbe opera di persuasione, mentre chi si serve di argomenti logicamente validi farebbe opera di convincimento.

Un *vir bene iudicandi peritus* è una persona in grado di apprezzare i buoni argomenti e di distinguere se l'argomento è buono perché "persuasivo" o buono perché "convincente".

E se non abbiamo una "definizione" soddisfacente di persuadere e di convincere, ci bastano dei "criteri". Possiamo ridurre ad uno i dieci criteri di demarcazione sopra indicati: se la mia accettazione richiede la mia partecipazione attiva, dev'essere convinzione; se mi sento "preda", un po' succube delle parole degli altri è probabile che sia persuasione. La persuasione ha una dimensione paramagica: è, platonicamente, "una dolce violenza senza averne la parvenza".

Ma è una costrizione tollerabile perché in un mondo in cui le opinioni diverse e contraddittorie sono lo stato normale, non patologico, né transitorio, l'importante è convivere, vuoi convinti vuoi persuasi.

¹⁵ «Il est aisé de convaincre un enfant que ce qu'on lui veut enseigner est utile: mais ce n'est rien de le convaincre, si l'on ne sait le persuader. En vain la tranquille raison nous fait approuver ou blâmer; il n'y a que la passion qui nous fasse agir». J.-J. ROUSSEAU, *Emile*, Garnier-Flammarion, Paris 1966, livre III, pp. 237-38.

¹⁶ C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, Einaudi, Torino 1966, § 6, p. 29.

La “svolta argomentativa” in Italia e il contributo della metodologia alla formazione del giurista pratico*

Maurizio Manzin

Prima Parte

Dal formalismo giuridico alle prime aperture post-positivistiche

Ricorre nel 2012 il Centenario della nascita di Chaïm Perelman, pioniere degli studi di argomentazione giuridica in un periodo in cui il formalismo giuspositivista sembrava aver toccato, tanto nella teoria (con Kelsen) quanto nella prassi, il suo punto massimo¹. Assieme a Stephen Toulmin, l'autore del celebre *Trattato sull'argomentazione* realizzò quella che Adelino Cattani ha definito una “svolta argomentativa”² (*argumentative turn*), per molti versi analoga alla «linguistic turn» avviata da Ludwig Wittgenstein. Ma quale eco ebbe in Italia la proposta di questo “nuovo corso” per la teoria del diritto e lo studio del ragionamento giuridico?

Negli anni successivi alla seconda guerra mondiale e al cortocircuito del legalismo realizzatosi con il Processo di Norimberga, a causa della divisione ideologica in due blocchi contrapposti – liberaldemocratico e socialcomunista – che si fronteggiavano quasi sui nostri stessi confini nazionali, era cresciuto nella *jurisprudenza* italiana un antagonismo fra i sostenitori del diritto naturale (inteso soprattutto come limite al potere dello stato) e quelli favorevoli al positivismo giuridico (inteso soprattutto come garanzia di laicità dello stato). La tradizione del pensiero giuridico legata alla filosofia neo-idealista, o perché considerata troppo compromessa con il regime fascista (Gentile), o perché considerata carente sotto il profilo della scientificità (Croce), aveva cessato di esercitare attrattiva sui giuristi più autorevoli. C'erano poi le correnti fenomenologiche, esistenzialistiche e intuizionistiche sviluppatesi in Europa

* L'autore, ordinario di filosofia del diritto dell'Università di Trento, è presidente del CER-MEG, Centro di ricerche sulla metodologia giuridica, con il quale la Scuola Superiore dell'Avvocatura da anni collabora.

¹ Sull'influenza del *Trattato dell'argomentazione* nel contesto giusfilosofico italiano dagli anni Sessanta ad oggi, mi permetto di rinviare anche alla lettura del contributo da me pubblicato in occasione della ricorrenza del ventennale dalla scomparsa di Chaïm Perelman: «Ricordando Perelman: dopo e oltre la *nouvelle rhétorique*», in G.A. FERRARI - M. MANZIN (a cura di), *La retorica tra scienza e professione legale: questioni di metodo*, Giuffrè, Milano 2004.

² Cfr. A. CATTANI - P. CANTÙ - I. TESTA - P. VIDALI, *La svolta argomentativa*, Loffredo, Napoli 2009.

nei primi decenni del Novecento, in alcuni casi molto dinamiche negli ambienti filosofici, tuttavia esse stentavano a trovare traduzioni efficaci presso i teorici del diritto. In questo contesto i sostenitori del positivismo giuridico, tutti ispirati alla Scuola di Torino fondata da Norberto Bobbio, esprimevano una posizione fortemente improntata al neoempirismo logico gemmato dal Circolo di Vienna e alla teoria normativistica kelseniana (espressione di un formalismo teorico e metodologico caratteristico di larga parte del giuspositivismo ottocentesco), trovando in campo accademico solo la più debole opposizione dei sostenitori del diritto naturale.

Il positivismo giuridico concepito da Bobbio tendeva a trasfondere nella dottrina giuridica una sorta di “scientismo di ritorno”, apparentemente ignaro delle discussioni filosofiche ed epistemologiche sulla crisi delle scienze (come per esempio quella di Edmund Husserl). Bobbio e i suoi allievi erano dominati dal desiderio di trovare un metodo rigoroso per lo studio e l'applicazione del diritto nei diversi rami specialistici (civile, penale, costituzionale ecc.), capace di assicurare alla *jurisprudence* la stessa certezza logica che contraddistingue le scienze, soprattutto quelle formali. Possiamo dunque distinguere in questo nuovo positivismo giuridico i seguenti tratti essenziali: assioma della neutralità assiologica (fondata sulla *Grande Divisione* di Hume); adozione privilegiata del metodo analitico (formalismo) o, in qualche caso, di quello empirico (realismo giuridico e sociologia del diritto); postulato legalista (diritto = legge dello stato). Bobbio applica lo schema formalistico normativista elaborato da Hans Kelsen come garanzia di una *jurisprudence* pienamente scientifica: in effetti, l'esperimento proposto da Bobbio consiste soprattutto in questo accostamento fra il normativismo di Kelsen e le dottrine neoempiristiche, cioè fra “razionalità normativa e razionalità logica”. Un accostamento davvero molto problematico.

D'altra parte è lo stesso Bobbio che nel 1966 (l'anno in cui, secondo gli studiosi, ha inizio la cosiddetta “crisi del positivismo giuridico”)³, con la sua prefazione alla traduzione italiana del *Traité de l'argumentation* di Perelman e Olbrechts-Tyteca⁴, apre un significativo spiraglio nella rigida separazione neopositivistica fra certezza razionale (esclusivamente riservata ai ragionamenti dimostrativi) e incertezza logica di tutte le altre specie di discorso (etico, politico, artistico ecc.). Così scrive Bobbio: «La teoria dell'argomentazione rifiuta le antitesi troppo nette: mostra che tra la verità assoluta e la non-verità c'è posto per le verità da sottoporsi a continua revisione mercé la tecnica dell'addurre ragioni pro e contro»⁵.

³ Su cui *ex multis* v. A. SCHIAVELLO, *La crisi del positivismo giuridico, ecc.*, in A. SCHIAVELLO - V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 117-135.

⁴ C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. Einaudi, Torino 1966.

⁵ C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, cit., p. XIX.

La posizione di Bobbio rappresenta la più autorevole presa di coscienza, nella *jurisprudence* italiana, della “svolta argomentativa” in atto nel pensiero filosofico dopo la pubblicazione del *Traité* di Perelman e di *The uses of argument* di Toulmin, entrambe avvenute nel 1958⁶. Gli autori della “svolta” mostrano in modo evidente l’indebolirsi della separazione cartesiana fra quelle che Charles P. Snow aveva definito in quegli anni (precisamente nel 1959) “*the two cultures*”⁷: il sapere umanistico (emotivo, irrazionale, “argomentativo”) e quello scientifico (neutro, razionale, “logico”). S’inaugurano così gli studi del campo argomentativo, dove – come ha recentemente osservato Cattani⁸ – il termine “argomentazione” (e derivati) è semplicemente una forma *politically correct* dell’antico termine “retorica”, visto ancora oggi con sospetto. Tale termine serve a introdurre l’idea di una o più specie di razionalità distinte da quella formale-dimostrativa.

Ciò che, tuttavia, Bobbio non ha mai spiegato è quale relazione si possa costituire fra questa o queste specie di razionalità, diciamo, “alternative” e il formalismo metodologico kelseniano nel campo della scienza giuridica. In sostanza, egli non ci ha detto in che senso le “verità da sottoporsi a continua revisione” siano delle verità, e come si attui questa “revisione”. Per il positivismo giuridico formalista, il «legal reasoning» è un tipo di inferenza logica la cui premessa ha carattere autoritativo: si tratta delle norme giuridiche stabilite dal legislatore. In ultima istanza, la volontà del legislatore si eccettua dal procedimento deduttivo e, dunque, logico. La razionalità interviene in un momento successivo, operando sul sistema delle fonti. Lo stesso controllo logico degli enunciati normativi non ha necessariamente un peso giuridico, poiché il valore della norma non risiede nella sua coerenza intrinseca o sistematica, ma dal “fatto” di essere stata promulgata legittimamente. In definitiva, “razionalità” e “normatività” non sono sempre e necessariamente sinonimi⁹.

D’altra parte lo stesso Perelman mostra di ritenere che la razionalità argomentativa è di natura, come egli scrive, “quasi-logica”, oppure “analoga” ai ragionamenti empirici: cioè opera con tanta maggior efficacia persuasiva

⁶ I testi fondamentali di questi due autori escono a stampa – incidentalmente – nello stesso anno: C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l’argumentation: la nouvelle rhétorique*, P.U.F., Paris 1958; S.E. TOULMIN, *The uses of argument*, Cambridge University Press, Cambridge 1958.

⁷ C.P. SNOW, *The two cultures and a second look*, Cambridge University Press, Cambridge 1959; ID., *Le due culture*, trad. it. Feltrinelli, Milano 1964; G. PRETI, *Le due culture. Retorica e logica*, Einaudi, Torino 1968.

⁸ *Ibid.*, p. 17. Ma v. anche A. CATTANI, *Forme dell’argomentare*, GB Edizioni, Padova 1994; ID., *Botta e risposta. L’arte della replica*, il Mulino, Bologna 2001.

⁹ Per un’analisi critica della struttura del sillogismo giudiziale, rimando al mio *L’ordine infranto. Ambiguità e limiti delle narrazioni formali nel diritto dell’età post-moderna*, in *Rassegna degli avvocati italiani*, 2/2009, pp. 42-54, spec. par. 3; l’articolo è disponibile anche in formato pdf alla URL: <http://hdl.handle.net/10077/3188>, pubblicato per *Tigor. Rivista di scienze della comunicazione*, 1/2009, pp. 31-41, spec. par. 3.

quanto più “assomiglia” ai procedimenti deduttivi e induttivi, che rimangono pertanto il modello in assoluto più certo di ragionamento. La *nouvelle rhétorique* perelmaniana va quindi intesa come lo studio dei fattori che rendono un discorso persuasivo: essa si misura non (a priori) per il “metodo”, ma (a posteriori) per i “risultati” che produce, per il “fatto” di orientare in un certo modo il giudizio dell’uditorio. Una sorta di empirismo utilitarista che confina le teorie argomentative a un livello subordinato e più “debole”, dal punto di vista logico, rispetto alla scienza vera e propria.

In un successivo articolo perché questo punto sia cruciale e quale sia la proposta per superarlo. Ciò che è certo è che tutti gli autori della *argumentative turn* si muovono su questa linea: quella della “debolezza” razionale e della persuasione come un “fatto” piuttosto che come il risultato di un procedimento logico in senso stretto.

Prove di dialogo dagli anni Settanta

A partire dagli anni Settanta si moltiplicano le “prove di dialogo” fra i teorici del diritto legati alla forma analitica del ragionamento giuridico e gli autori che in diverso modo coltivano *approaches* non formalistici. Il caso forse più evidente è quello dell’ermeneutica giuridica¹⁰. Secondo Cattani l’ermeneutica, in quanto “arte della ‘comprensione’ del testo” (cioè dell’interpretazione), costituisce «l’altra faccia della medaglia retorica (che è invece arte della *costruzione* del testo)»¹¹; si tratta quindi di una teoria argomentativa, la quale solleva presso i *legal positivists* il problema della decodificazione del contenuto prescrittivo degli enunciati normativi: per gli ermeneutici la premessa del sillogismo giudiziale non è “data” (come lo sono le definizioni nelle scienze formali), ma dev’essere ricavata (o meglio, “trovata”) nel contesto di applicazione. Occorre dunque illuminare i processi interpretativi, quasi sempre impliciti, per poterne vagliare la razionalità.

Negli anni Ottanta la diffusione in Europa dell’*Hart/Dworkin Debate*¹² ha avuto il merito di portare l’attenzione sulla questione dei principi (politici, etici, sociali, costituzionali) che dovrebbero rendere possibile la conoscenza del significato delle norme giuridiche, soprattutto da parte dei giudici che devono applicarle. In questo modo il tema della giustizia rientra nell’ambito degli studi di diritto, dopo esserne stato escluso dal formalismo dei positivisti.

¹⁰ Per la quale v. su tutti F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1999. Sul rapporto fra giuspositivismo analitico ed ermeneutica cfr. M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Giappichelli, Torino 1994.

¹¹ Cfr. A. CATTANI, *La svolta argomentativa*, cit., p. 23.

¹² Cfr. A. SCHIAVELLO - V. VELLUZZI, *Il positivismo giuridico contemporaneo*, cit. Quest’antologia commentata raccoglie i più significativi saggi del Novecento sul positivismo giuridico; in particolare la terza sezione è dedicata alle repliche del positivismo giuridico hartiano e post-hartiano alle critiche rivolte da Dworkin.

Non si può poi dimenticare il contributo delle diverse correnti filosofiche ed epistemologiche in diversa guisa ispirate alla pragmatica linguistica elaborata dal "secondo Wittgenstein" (quello delle *Ricerche filosofiche*¹³), le quali attestano che la conoscenza del significato di un enunciato normativo non può prescindere dal contesto di riferimento e dai soggetti che partecipano alla discussione. Ecco che, in questo modo, il "soggetto" finisce per trovare nuovamente asilo nelle discussioni sulla conoscenza, dopo che per secoli il termine "soggettivo", in quanto opposto a "oggettivo" (cioè scientifico), era stato considerato sinonimo di irrazionalità. Possiamo dire che, attraverso tutti questi processi di de-obiettivazione, molto evidenti nelle epistemologie contemporanee, la conoscenza cessa di confinarsi ad un livello "astratto" e cartesiano, aprendosi finalmente al piano "concreto" in cui siamo esistenzialmente collocati.

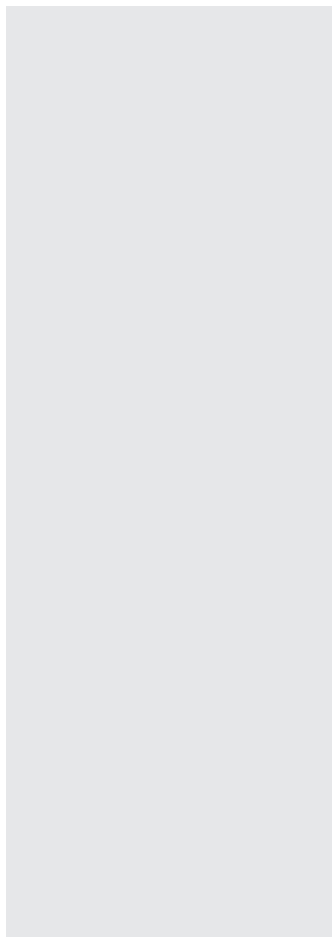
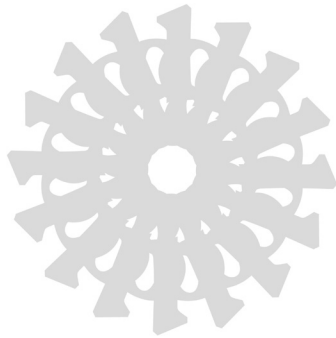
Attualmente qualificati sostenitori della filosofia analitica del diritto, pur non cessando di professare il *legal positivism*, sono disposti ad ammettere che il materiale normativo non costituisce una premessa data e dal contenuto certo, ma un materiale ancora grezzo su cui il giudice lavora in modo interpretativo e "costruttivistico"¹⁴. Essi non credono più che il ragionamento giuridico si possa ridurre a un sillogismo pratico, ma che si tratti di un insieme articolato e complesso di procedimenti razionali. Da questo punto di vista, le teorie argomentative sono da essi tenute in conto come tentativi più o meno attraenti di studio dell'interpretazione giuridica.

Fine prima parte

¹³ L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, trad. it. Einaudi, Torino 1983.

¹⁴ L'interprete italiano più autorevole di questa tendenza è senza dubbio Vincenzo Villa, di cui v. esemplificativo il suo V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino 1999.

DIRITTI UMANI E FONDAMENTALI



Il Codice dei diritti umani e il ruolo fondamentale della Dichiarazione universale*

Giuseppe Zaccaria

In una celebre raccolta di saggi, il compianto maestro Norberto Bobbio definiva quella presente come “l’età dei diritti” (1990), simbolicamente inaugurata dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948, punto di partenza per il successivo sviluppo delle norme internazionali a tutela della persona.

Conferendo ai diritti un primo fondamento positivo sul piano internazionale, e di pari passo con il contemporaneo processo di costituzionalizzazione dei diritti fondamentali negli ordinamenti interni, a partire dalla Dichiarazione si sviluppa un imponente *corpus* giuridico internazionale di norme a tutela dei diritti fondamentali.

In particolare essa ha fornito una spinta dinamica decisiva per la Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 e per l’adozione da parte dell’ONU del Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966) e del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (1966); implementando il percorso di positivizzazione giuridica dei diritti nell’Ordinamento giuridico internazionale, essi vengono a costituire il catalogo generale, per dirla con Norberto Bobbio, dei diritti umani di prima e di seconda generazione. Tra gli sviluppi più temporalmente vicini alle solenni affermazioni della Dichiarazione, vale poi la pena di ricordare la Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione del 1949, la Convenzione supplementare per l’abolizione della schiavitù del 1956 e la Convenzione internazionale sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965.

Questo rimarchevole e certamente ancora non esaurito sviluppo dei contenuti della Dichiarazione fa sì che oggi la questione principale in tema di diritti umani – ha sostenuto sempre Bobbio – sia quella della loro tutela, più che quella della loro fondazione filosofica.

In questo senso, se pure la matrice teorica della Dichiarazione universale va individuata nelle radici giusnaturalistiche delle carte moderne dei diritti e in particolare – come si può evincere dal Preambolo della Dichiarazione

* Il testo riproduce l’intervento del Rettore dell’Università di Padova al convegno svoltosi nell’ateneo il 15 dicembre 2011 per la presentazione del *Codice dei diritti umani e fondamentali* (Plus, Pisa 2011) curato da Umberto Vincenti e dalla Scuola Superiore dell’Avvocatura. I testi integrali delle convenzioni, corredati dai commenti sono consultabili sul sito www.scuolasuperioreavvocatura.it.

stessa – nel pensiero morale kantiano (e in particolare nell'idea di uguaglianza umana universale emersa dal pietismo protestante, nell'opposizione tra dignità e prezzo della *Fondazione della metafisica dei costumi* del 1785), nondimeno, la questione della fondazione filosofica dei diritti resta sullo sfondo non solo della Dichiarazione, ma anche delle successive positivizzazioni dei diritti umani a livello internazionale e regionale.

Pur frutto della tradizione di pensiero occidentale, i principi solennemente sanciti della Dichiarazione, in particolare l'idea di dignità umana che ne è alla base, sono in grado di accogliere fondamenti plurali, che del resto si trovano già all'origine della Dichiarazione stessa, frutto del componimento di diverse concezioni dell'uomo e della società: da un lato i "classici" valori civili e politici della libertà occidentale, e dall'altro le istanze sociali, economiche e culturali del blocco dei Paesi socialisti.

Per la prima volta si operava una svolta nelle concezioni riguardanti i rapporti Stato-individuo, nel senso che allo Stato viene imposto l'obbligo programmatico e non discrezionale di rispetto dei diritti dell'individuo, così venendosi a porre un limite non valicabile all'esercizio del suo potere sovrano, mentre l'individuo trova una base di riferimento per rivendicare i propri diritti nei confronti del potere dello Stato e dunque viene fondamentalmente riconosciuto come soggetto *sui generis* di diritto internazionale.

A oltre vent'anni di distanza, le parole di Bobbio non hanno perso nulla della loro attualità, in linea del resto con l'innovativa affermazione, contenuta nel Preambolo della Dichiarazione, per cui «è indispensabile che i diritti umani siano protetti da norme giuridiche», al fine di sancire la consapevolezza dell'insufficienza di mere proclamazioni di principio là dove non siano correlate e collegate ad un processo di positivizzazione giuridica. Affermazione questa che trova puntuale conferma e supporto all'art. 8 della Dichiarazione, secondo cui «ogni individuo ha diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali contro atti che violino diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla costituzione o dalla legge».

La natura universale dei diritti riconosciuta dalla dichiarazione deve cioè trovare riconoscimento entro strutture istituzionali che recepiscono la richiesta di giustizia e ne consentano la giustiziabilità, dando così forma concreta al principio dell'azionabilità dei diritti, così come testimoniato dallo sviluppo di sistemi cosiddetti "regionali" di tutela dei diritti umani e dagli sviluppi più recenti del diritto comunitario.

In quest'ultimo ambito, le previsioni lacunose dei trattati istitutivi in materia di tutela dei diritti umani (che contemplavano le sole libertà fondamentali funzionali alla creazione di un mercato comune) furono inizialmente colmate dall'elaborazione giurisprudenziale ad opera della Corte di giustizia europea, con la quale si può dire sia inaugurata una costituzionalizzazione *ante litteram* dell'Ordinamento comunitario. A partire dalle storiche sentenze che inaugurarono la cosiddetta "fase pretoria" della tutela dei diritti nell'Ordinamento giuridico

comunitario, si posero infatti le premesse per il riconoscimento dei diritti fondamentali e l'inclusione di un catalogo generale tra le fonti comunitarie, in un processo che, progressivamente, dal Trattato di Maastricht ha portato all'elaborazione della Carta di Nizza, consacrata ufficialmente quale "catalogo" dei diritti fondamentali dell'Unione con il recente Trattato di Lisbona.

Di fronte a questa proliferazione di strumenti normativi in tempi anche recenti, ci si potrebbe addirittura domandare se sia il caso di pubblicare un "Codice dei diritti umani e fondamentali", e addirittura di inserirvi un documento quale la Dichiarazione: infatti un codice resta pur sempre un repertorio di norme giuridiche, e l'inserimento di un atto privo di efficacia giuridicamente vincolante, e per di più datato, potrebbe risultare quasi superfluo, tutt'al più una sorta di preambolo ideale che fa da fondamento ai documenti materiali autenticamente giuridici contenuti nel Codice.

Eppure non sono solo considerazioni di tipo genealogico – le diverse "filiazioni" della Dichiarazione – a giustificare l'inserimento di un documento come la Dichiarazione all'interno di un "Codice dei diritti umani e fondamentali", che si propone di essere una sorta di vero e proprio breviario per il giurista pratico, *in primis* l'avvocato cui spetta l'onere di difendere la causa dei diritti e che oggi ha il problema di orientarsi in una miriade di norme in materia non sempre immediatamente disponibili.

La Dichiarazione ha mostrato negli anni di possedere una sua permanente vitalità ed ha rappresentato la cornice ideale e contenutistica per il successivo articolarsi del sistema di protezione internazionale dei diritti umani.

Il giurista contemporaneo, pratico e non, non può più disconoscere la crescente importanza del *soft law* in numerosi contesti (primo tra tutti quello internazionale, ma anche quello europeo e quello transnazionale), ossia di tutta una serie di atti che, pur sprovvisti di forza giuridicamente vincolante (e quindi delle tradizionali garanzie del controllo e della sanzione), tuttavia non sono del tutto privi di effetti giuridici, esercitando così una funzione normativa indiretta, *in primis* (ma non solo) in quanto utilizzati quali strumenti interpretativi.

La Dichiarazione ha infatti rappresentato un punto di riferimento imprescindibile, come fonte di ispirazione per le Corti costituzionali, in sede di interpretazione dei diritti fondamentali sul piano interno, e in tal senso essa ha rappresentato, e continua a rappresentare, un importantissimo punto di contatto tra piano costituzionale e piano internazionale nell'interpretazione dei diritti.

Nelle fonti del "nuovo" diritto internazionale la Dichiarazione universale, pur con la sua natura di atto di *soft law*, occupa quindi un ruolo fondamentale e "germinale" proprio perché, con il suo carattere di risoluzione generale, per la prima volta nel Novecento offre una visione unitaria e non frammentata dei diritti umani ed accoglie con forza in modo convincente il principio di unità e di titolarità universale dei diritti, strettamente coniugato con i principi di eguaglianza e di dignità.

Proprio questa sua natura di strumento soft ha permesso alla Dichiarazione una “libertà di circolazione”, e una conseguente capacità di diffusione, che ne ha preservato la capacità di incidere sulla tutela dei diritti umani, contribuendo a creare l'*humus* in cui si sviluppano gli strumenti normativi e le pratiche istituzionali di tutela della persona umana.

Per concludere, al giurista pratico che si accosta a questo Codice la Dichiarazione potrà forse (erroneamente) sembrare di scarso interesse pratico, ma non ci sarà invece da stupirsi se essa gli risulterà ancora estremamente convincente (e avvincente). Ne trovo perciò assolutamente corretto l'inserimento in questo Codice dei diritti umani e fondamentali.

L'informazione ambientale

Strumento di tutela di un diritto fondamentale

Gian Luca Ballabio

Da un recente sondaggio¹ promosso dalla Commissione Europea è emerso che il 55% dei cittadini italiani (ITA) ritiene di essere (e venire) bene informato riguardo alle problematiche ambientali (*environmental issues*), mentre il 43% considera di non esserlo adeguatamente.

Questo dato, seppure migliore rispetto al passato, è comunque negativo se confrontato a quello della media degli altri cittadini europei (EU27) dove i *well informed* (60%) superano nettamente i *badly informed* (38%).

Del campione (ITA) intervistato, inoltre, solo il 26% ritiene che una maggiore informazione in questo campo costituirebbe lo strumento più efficace per affrontare i problemi ambientali.

Dai dati emerge, quindi, una sottovalutazione dell'importanza rivestita dall'informazione ambientale nella tutela dell'ambiente; tutela che è stata espressamente riconosciuta come diritto fondamentale solo con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000), la quale all'art. 37 stabilisce che «un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

Infatti, né la nostra Costituzione né la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (firmata a Roma il 4 novembre 1950) riconoscono espressamente la tutela dell'ambiente come diritto fondamentale.

La Corte europea dei diritti dell'uomo (con sede a Strasburgo), infatti, ha finora tutelato l'ambiente solo in quanto funzionale al godimento degli altri diritti contemplati dalla CEDU. Più in particolare la Corte è dovuta ricorrere ad un "espediente": riconoscere un collegamento tra la protezione dell'ambiente e l'art. 8 (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*)²

¹ Eurobarometer Special Surveys, ref. 365, eb75.2, *Attitudes of European citizens towards the environment*.

² *Articolo 8 - Diritto al rispetto della vita privata e familiare*. 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

della Convenzione³. In tal modo è stata in grado di censurare situazioni di inquinamento di minore entità rispetto a quelle che mettono in pericolo la vita o la salute della persona permettendo, dunque, che l'individuo sia tutelato anche prima che l'ambiente raggiunga un livello di degrado tale da comprometterne la stessa esistenza⁴.

L'ambiente quindi non è oggetto immediato di tutela, ma viene in considerazione indirettamente, quale mezzo per assicurare il rispetto dei diritti dell'individuo: la qualità del primo verrà migliorata e protetta in quanto sia funzionale al miglior godimento dei diritti del secondo⁵.

Di qui la rivoluzione compiuta dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Infatti, è solo con la norma programmatica dell'art. 37 della Carta di Nizza che il principio dello sviluppo sostenibile⁶, i principi di precauzione e dell'azione preventiva, il principio «chi inquina paga» vedono rinforzata la loro importanza non solo giuridica, ma soprattutto politica e culturale, quali guida e strumento di altre norme e valori facenti parte dell'*acquis* comunitario⁷, permettendo una tutela più incisiva di questo *fundamental right* di «quarta generazione»⁸.

Tale tutela si fonda sui tre grandi pilastri della democrazia ambientale: il diritto di accesso all'informazione ambientale, il diritto di partecipazione pubblica alle decisioni in materia ambientale e il diritto di accesso alla giustizia⁹.

Questo lavoro si occuperà del primo di essi.

Evoluzione normativa

Innanzitutto, è necessario richiamare sommariamente i precedenti interventi normativi volti al rafforzamento del diritto di accesso allo scopo di compiere

³ Cfr., i casi *López Ostra c. Spagna* (41/1993/436/515) e *Guerra ed altri c. Italia* (116/1996/735/932).

⁴ A.M. NICO, in *La tutela multilivello dell'ambiente*, a cura di F. GABRIELE - A.M. NICO, Cacucci Editore, Bari 2005, pp. 184 ss.; e M. ARCARI, *Tutela dell'ambiente e diritti dell'uomo: il caso López Ostra c. Spagna e la prassi di Commissione e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1996, p. 758.

⁵ M. ARCARI, *Tutela dell'ambiente e diritti dell'uomo*, cit.

⁶ Secondo il Rapporto Brundtland «lo sviluppo sostenibile è quello che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri» (BRUNDTLAND, *Our common Future*, Oxford University Press, Oxford 1987).

⁷ Così E. FALLETTI, *Carta di Nizza (Carta europea dei diritti fondamentali)*, in *Digesto priv.*, Aggiornamento III; e B. Pozzo, *Le politiche ambientali dell'Unione Europea*, in www.europeanrights.eu

⁸ G. BRONZINI, *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in *Codice dei Diritti Umani e Fondamentali*, a cura di U. VINCENTI, in collaborazione con la Scuola Superiore dell'Avvocatura, Plus, Pisa 2011, p. 358.

⁹ S. ZATI, *Diritto all'informazione e alla partecipazione in materia ambientale: il quadro giuridico e normativo di riferimento*, in *Valutazione Ambientale 7/ dossier/ partecipazione e comunicazione ambientale*.

un'azione preventiva di tutela dell'ambiente così come richiesto dall'art. 130 R dell'Atto unico europeo (G.U.CE 26.06.1987 n. L. 169/1).

Il miglioramento dell'accesso all'informazione in materia ambientale è da sempre uno dei settori prioritari dell'azione comunitaria, la quale già nell'ambito del IV Programma di azione CEE del 1987 (1987-1992) ha invitato gli Stati a «delineare i modi di accesso più agevoli da parte del pubblico alle informazioni in possesso delle autorità ambientali».

Il rafforzamento del diritto di accesso è stato perseguito altresì, da un alto, con la *Rio Declaration on Environment and Development* (5 giugno 1992) la quale, al principio 10, afferma che «a livello nazionale, ciascun individuo avrà adeguato accesso alle informazioni concernenti l'ambiente in possesso della pubblica autorità, comprese le informazioni relative alle sostanze ed attività pericolose nelle comunità», e, dall'altro lato, con il V Programma d'azione (1993-2000) ed il VI programma di azione per l'ambiente della Comunità europea. Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta (2002-2012).

Il diritto di accesso in materia ambientale è stato più di recente disciplinato sia dalla direttiva 90/313/CEE (la cui applicazione è stata garantita dalla istituzione dell'Agenzia europea dell'ambiente e della rete europea di informazioni e di osservazione in materia ambientale (Reg. CEE n. 1210/90 del 7 maggio 1990), sia dalla Convenzione di Aarhus (Danimarca) approvata il 25 giugno 1998 e ratificata dall'Italia con la legge del 16 marzo 2001 n. 108.

A livello nazionale, inoltre, con l'istituzione del Ministero dell'Ambiente (l. 8 luglio 1986 n. 349) è stato previsto che «qualsiasi cittadino ha diritto di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente disponibili in conformità delle leggi vigenti, presso gli uffici della pubblica amministrazione, e può ottenere copia previo rimborso delle spese di riproduzione e delle spese vive di ufficio il cui importo è stabilito con atto dell'amministrazione interessata» (articolo 14, comma 3, l. 349/1986).

Il d.lgs. del 3 aprile 2006 n. 152 (norme in materia ambientale), poi, ha stabilito all'art. 3-sexies che «chiunque, senza essere tenuto a dimostrare la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante, può accedere all'informazione relativa allo stato dell'ambiente e del paesaggio nazionale».

Le garanzie del d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195

La disciplina puntuale del diritto di accesso in materia ambientale è, però, dettata dal d.lgs. 195/2005, in particolare con le disposizioni degli artt. 2, 3 e 5, il quale ha recepito la direttiva 2003/4/CE (ispiratasi a sua volta alla Convenzione Aarhus del 1998).

La disposizione dell'art. 2, comma 1, lett. a), del decreto citato, infatti, definisce "informazione ambientale" «qualsiasi informazione disponibile in forma scritta, visiva, sonora, elettronica od in qualunque altra forma materiale concernente:

1) lo stato degli elementi dell'ambiente, quali l'aria, l'atmosfera, l'acqua, il suolo, il territorio, i siti naturali, compresi gli igrotopi, le zone costiere e marine, la diversità biologica ed i suoi elementi costitutivi, compresi gli organismi geneticamente modificati, e, inoltre, le interazioni tra questi elementi;

2) fattori quali le sostanze, l'energia, il rumore, le radiazioni od i rifiuti, anche quelli radioattivi, le emissioni, gli scarichi ed altri rilasci nell'ambiente, che incidono o possono incidere sugli elementi dell'ambiente, individuati al numero 1);

3) le misure, anche amministrative, quali le politiche, le disposizioni legislative, i piani, i programmi, gli accordi ambientali e ogni altro atto, anche di natura amministrativa, nonché le attività che incidono o possono incidere sugli elementi e sui fattori dell'ambiente di cui ai numeri 1) e 2), e le misure o le attività finalizzate a proteggere i suddetti elementi;

4) le relazioni sull'attuazione della legislazione ambientale;

5) le analisi costi-benefici ed altre analisi ed ipotesi economiche, usate nell'ambito delle misure e delle attività di cui al numero 3);

6) lo stato della salute e della sicurezza umana, compresa la contaminazione della catena alimentare, le condizioni della vita umana, il paesaggio, i siti e gli edifici d'interesse culturale, per quanto influenzabili dallo stato degli elementi dell'ambiente di cui al punto 1) o, attraverso tali elementi, da qualsiasi fattore di cui ai punti 2) e 3)».

Con riferimento a tali informazioni, quindi, il diritto di accesso viene espressamente regolato dall'art. 3 del d.lgs. 195/05, il quale prevede che «l'autorità pubblica rende disponibile, secondo le disposizioni del presente decreto, l'informazione ambientale detenuta a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse».

L'informazione deve essere di regola messa a disposizione al massimo entro 30 giorni dal ricevimento della richiesta, ovvero 60 giorni in caso di informazioni complesse, con il dovere, però, della autorità pubblica di motivare tale differimento.

Qualora, poi, la richiesta sia eccessivamente generica, l'autorità pubblica dovrà collaborare con il richiedente per consentirgli di specificare i dati richiesti ovvero respingerla.

L'autorità, inoltre, dovrà di regola mettere a disposizione l'informazione nella forma o formato richiesto; informazione che, per quanto possibile, dovrà essere «detenuta in forme o formati facilmente riproducibili e, per quanto possibile, consultabili tramite reti di telecomunicazione informatica o altri mezzi elettronici».

Il decreto, inoltre, prevede espressamente all'art. 5 i casi in cui è possibile negare l'accesso all'informazione; elenco che deve ritenersi tassativo.

Riguardo, ad esempio, alle informazioni coperte da «segreto industriale» o da diritti sulla proprietà intellettuale, impone che le prime siano comunicate soltanto nel caso in cui vertano su emissioni o scarichi nell'ambiente vietati

da disposizioni interne, e le seconde solo sotto la duplice condizione che il richiedente non le riproduca o le sfrutti a scopo economico senza autorizzazione del loro titolare¹⁰.

L'orientamento giurisprudenziale

L'intervento normativo in esame, quindi, ha introdotto una fattispecie speciale (*rectius*, autonoma) in materia di accesso ambientale che si connota, rispetto a quella generale prevista dalla l. 241/1990, per due particolari peculiarità: l'estensione dei soggetti legittimati all'accesso ed il contenuto delle cognizioni accessibili (Tar Lazio, Sez. III, sent. del 28.06.06 n. 5272).

Infatti, mentre l'accesso "documentale" riguarda ogni rappresentazione del contenuto degli atti, l'accesso "ambientale" concerne altresì la rappresentazione di "attività", anche materiali, ogniqualevolta da esse sia desumibile l'"informazione" sullo "stato degli elementi", sui "fattori" ovvero sulle "misure" che possono incidere, positivamente o negativamente, sull'ecosistema¹¹.

La disciplina speciale risulta pertanto preordinata a garantire la massima trasparenza sulla situazione ambientale e a consentire un controllo diffuso sulla qualità ambientale. Tale esigenza viene in particolare realizzata mediante la deliberata eliminazione di ogni ostacolo soggettivo o oggettivo al completo ed esauriente accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente (Tar Campania, Napoli, Sez. V, sent. del 25.02.09 n. 1062), così come reso palese dal tenore letterale dell'art. 3 del d.lgs. 195/05, il quale, come visto, riconosce il diritto di accesso a «chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse».

La legittimazione all'accesso quindi è riconosciuta non solo ai cittadini, ma anche alle associazioni di protezione ambientale (Tar Campania, Salerno, Sez. II, sent. del 8.07.08 n. 2095), le quali, pertanto, non sono tenute a dimostrare né la propria legittimazione, né di essere portatrici di un interesse particolare e qualificato (Tar Liguria, Genova, Sez. I, sent. del 27.10.07 n. 1870).

Ai fini dell'accesso, inoltre, non è necessaria la puntuale indicazione degli atti richiesti, essendo sufficiente una generica richiesta di informazioni di un determinato contesto ambientale (Tar Calabria, Reggio Calabria, sent. del 17.06.09 n. 424).

L'accoglimento della domanda di accesso, peraltro, non può essere condizionato da valutazioni circa la fondatezza delle eventuali pretese alla cui tutela l'acquisizione della documentazione è strumentale, posto che, per costante giurisprudenza, il diritto di accesso è autonomo rispetto alla posizione

¹⁰ R. CARIDÀ, in *Considerazioni in tema di accesso alle informazioni ambientali*, su www.federalismi.it, 6/2009.

¹¹ F. FONDERICO, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale*, in *Gior. dir. amm.*, 6/2006, p. 675.

giuridica posta a base della relativa istanza (Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 1680/05) e prescinde da ogni valutazione circa la fondatezza della stessa (Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 1881/03).

La *ratio* del d.lgs. 195/2005 è, quindi, quello di escludere, o comunque limitare sensibilmente, in capo all'autorità pubblica che detiene le informazioni ogni possibile forma di discrezionalità e della conseguente possibilità di fare selezione tra i soggetti legittimati all'ostensione dell'informazione ambientale. La normativa in esame, pertanto, interviene operando a tal fine un esteso riconoscimento dell'accesso alle informazioni ambientali; accesso che prescinde dalla esistenza e dalla verifica di una qualsivoglia posizione di interesse differenziato, sia esso qualificabile come diritto soggettivo, interesse legittimo, interesse diffuso, mera aspettativa, ovvero quale interesse di fatto¹².

Nel caso in cui, però, la richiesta d'accesso sia formulata in maniera eccessivamente generica l'autorità pubblica può negare l'accesso ai sensi dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. 195/05 oppure, attenendosi alla procedura delineata dall'art. 3, comma 3, del d.lgs. 195/05, chiedere al richiedente di specificare i dati da mettere a disposizione prestandogli a tale scopo la propria collaborazione.

Al riguardo si è formato un orientamento giurisprudenziale secondo cui le domande devono comunque essere formulate in modo tale da non travalicare i limiti della possibilità pratica e della proporzionalità, nel rispetto del principio di ragionevolezza (cfr., Tar Campania, Napoli, Sez. V, sent. del 12.01.10 n. 68).

Se da un lato, infatti, la domanda di accesso può consistere in una generica richiesta di notizie sulle condizioni di un determinato contesto ambientale, dall'altro lato, tale contesto deve essere specificato e la richiesta non deve essere mirata ad un mero sindacato ispettivo sull'attività dell'ente locale competente (Tar Liguria, Sez. I, sent. del 27.10.2007 n. 1870) al fine di evitare che le richieste appaiano indiscriminate, soprattutto quando si tratti di organizzazioni ed associazioni nei cui compiti statutari sono contemplati anche le iniziative di tutela e di promozione dell'ambiente (Tar Campania, Salerno, Sez. I, sent. del 18.05.09 n. 2359).

Nella nozione di "informazione ambientale" rientrano inoltre anche quelle materie contigue, quali l'assetto del territorio. Al riguardo, la Corte costituzionale ha sottolineato (C. Cost., sent. 26 luglio 2002, n. 407) che, nell'assetto di competenze delineato dal Titolo V della Cost., la tutela dell'ambiente non configuri ambito materiale in senso tecnico, ma rappresenti piuttosto un valore costituzionalmente protetto e trasversale.

Con la sentenza n. 302/1994, la Corte ha chiarito, inoltre, che l'ambiente «in una corretta e moderna concezione» costituisce un valore costituzionale

¹² L. SALAMONE, *La nuova disciplina dell'accesso alle informazioni ambientali alla luce del d.lgs. n. 195/2005*, p. 5, in www.diritto.it.

dal contenuto integrale, nel senso che in esso vengono sommati una pluralità di valori [...] comprensivi pure di esigenze e di istanze partecipative, la cui realizzazione implica non solo l'attivazione di tutti i soggetti pubblici (in virtù del principio della leale collaborazione), ma anche quello dei membri della società civile, dei quali non può essere trascurato il positivo contributo per una efficace tutela dei beni ambientali¹³.

Pertanto, deve ritenersi consentito l'accesso anche a quelle informazioni che, pur se inerenti all'esercizio della potestà (come quelle in materia edilizia ed urbanistica) la cui causa tipica non sia riconducibile in via immediata alla materia ambientale, possano comunque assumere rilievo a fini di protezione di valori ed interessi alla stessa funzionalmente correlati in ragione dell'oggetto del potere esercitato e delle concrete modalità di esercizio.

Pertanto, il diritto di accesso non può tradursi in uno strumento di controllo sistematico e generalizzato sulla gestione di tutti i procedimenti amministrativi in itinere e, più in generale, sull'intero operato di un ente pubblico, che finirebbe per conferire ad un'associazione privata poteri ispettivi che non le competono (Tar Liguria, Sez. I, 12.10.07 n. 1759 [confermata da Cons. Stato, Sez. VI, 8.05.2008 n. 2131, e relativa a bilanci consuntivi]).

Deve comunque trattarsi di informazioni ambientali detenute dalle autorità pubbliche e concernenti lo stato degli elementi dell'ambiente (Tar Campania, Napoli, Sez. VI, sent. del 31.03.10 n. 1753), poiché è necessario un nesso funzionale e concreto tra la misura amministrativa e gli elementi e i fattori ambientali (Con. Stato, Sez. VI, 8.05.08 n. 2131).

La giurisprudenza europea, però, ha inteso la portata dell'art. 2 della direttiva (recepito dall'art. 2 del d.lgs. 195/05) in maniera talmente ampia da escludere che «l'elencazione [*n.d.r.* di ciò che costituisce informazione ambientale] contenuta in tale disposizione comporti una qualsiasi indicazione di natura tale da limitarne la portata» (Corte di giustizia dell'unione europea 26.06.03 c-233/00).

Di conseguenza, è stato riconosciuto il diritto di accesso anche con riferimento ad un parere di un'autorità preposta alla tutela del paesaggio, nell'ambito di un procedimento di approvazione di un progetto di infrastruttura, «se la detta presa di posizione è tale da incidere, relativamente agli interessi alla tutela dell'ambiente, sulla decisione di approvazione di tale progetto» (Corte di Giustizia, Sez. VI, 17 giugno 1998, C-321/96, Mecklenburg).

La giurisprudenza nazionale, infine, ha sottolineato come la P.A. può e deve assolvere il compito di rendere disponibili le informazioni ambientali non solo mediante accesso c.d. "passivo" (ossia mediante accoglimento delle specifiche domande di accesso dei cittadini), ma anche, e soprattutto, mediante informazione "attiva", ossia mediante pubblicazione, anche sui siti Internet, di

¹³ R. CARIDÀ, *Considerazioni*, cit.

tutti i flussi informativi relativi allo stato dell'ambiente (Tar Campania, Napoli, Sez. V, sent. del 12.01.10 n. 68).

Le autorità, pertanto, da un lato, devono rispondere alle richieste di informazioni su determinati argomenti (i cosiddetti fondamenti “reattivi” facenti seguito cioè a specifiche richieste), dall'altro lato, devono prendere esse stesse l'iniziativa di raccogliere e disseminare l'informazione ambientale nei registri pubblici e nei rapporti (i fondamenti “attivi”)¹⁴.

Considerazioni conclusive

Da quanto precede, quindi, emerge che tutte le disposizioni in materia di accesso ambientale sono ispirate al *favor* per la divulgazione dell'informazione ambientale, che costituisce la “regola”. Pertanto, l'esclusione o la limitazione del diritto di accesso rappresentano le eccezioni, da interpretarsi in modo restrittivo tenendo conto nel caso specifico dell'interesse pubblico tutelato dalla divulgazione.

Le deroghe, quindi, devono essere interpretate in armonia con il principio di proporzionalità e in modo da non estendere la loro sfera di applicazione al di là di quanto necessario per assicurare la tutela degli interessi che mirano a garantire, e tenendo conto delle finalità delle norme di legge.

Tuttavia, è altrettanto vero che parte della giurisprudenza nazionale ha in qualche caso sostenuto che sia possibile limitare il diritto di accesso per evitare che esso diventi uno strumento di sindacato ispettivo indiscriminato sull'attività dell'ente locale competente, soprattutto da parte delle associazioni ambientaliste. Si tratta, quindi, di un orientamento interpretativo della disciplina di settore il quale, se verrà confermato in successive pronunce, è destinato ad ampliare la discrezionalità dell'amministrazione nell'escludere il diritto di accesso alle informazioni ambientali.

Ciò nonostante, si ritiene che tale discrezionalità debba essere riconosciuta solo in presenza di “casi limite”, dove sia dubbia l'esistenza del nesso funzionale tra l'informazione e la tutela dell'ambiente, ciò al fine di evitare che l'accesso ambientale diventi un mero strumento per aggirare la normativa dettata dalla legge 241/90 in tema di diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Nel caso in cui, invece, tale nesso funzionale esista, l'amministrazione deve acconsentire alle richieste d'accesso anche se ciò comporti un aggravio di lavoro per gli uffici competenti, ed anche se tali richieste vengano formulate in modo continuativo da una singola associazione ambientalista, ciò in coerenza con la *ratio* di tutela preventiva della normativa.

Da quanto precede emerge come una democrazia adulta non possa ignorare il fatto che il pubblico abbia il diritto di sapere e il diritto di influenzare le

¹⁴ J. HARRISON, *Legislazione ambientale europea e libertà di informazione: la Convenzione di Aarhus*, in *Riv.giur. amb.*, 2000, p. 31.

decisioni di carattere ambientale nella consapevolezza che la qualità delle decisioni finali non può che esserne avvantaggiata¹⁵.

D'altronde, l'intervento normale del "diritto" è quello che tende a preservare la stabilità ecosistemica piuttosto che a ripristinare equilibri compromessi¹⁶; pertanto, è auspicabile che il diritto alla tutela dell'ambiente, ormai riconosciuto espressamente dalla Carta di Nizza come diritto fondamentale (e quindi inviolabile), possa trovare nel diritto di accesso ambientale uno strumento utile a far sì che lo "sviluppo sostenibile" cessi di essere un ossimoro¹⁷ per divenire invece un endiadi indissolubile.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ M. TALACCHINI, *Diritto per la natura*, Giappichelli, Torino 1996, pp. 346-347.

¹⁷ P. CARPENTIERI, *La causa nelle scelte ambientali*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Gli Avvocati al servizio degli Avvocati

Les Avocats au service des Avocats

Un'iniziativa concreta per garantire l'accesso alla giustizia

Martina Barcaroli

Gli obiettivi del progetto

Al 31 dicembre 2011 si sono conclusi i lavori del progetto europeo *Les Avocats au service des Avocats - Soutien aux actions liées à la Démocratie et aux Droits de l'Homme dans le domaine des défenseurs des Droits de l'Homme*¹ (di seguito *Progetto avvocati al servizio degli avvocati*). Il progetto è stato finanziato dalla Commissione europea per contribuire alla diffusione della cultura giuridica in materia dei diritti fondamentali e per aiutare gli avvocati difensori dei diritti dell'uomo.

Iniziato nell'ultimo trimestre del 2008, il Progetto avvocati al servizio degli avvocati è stato eseguito da un consorzio di cinque organismi partner composto da: Avocats Sans Frontières France, Conseil National des Barreaux (Francia), Consiglio Nazionale Forense (Italia), Consejo General de Abogacia Española (Spagna) e Barreaux de Paris (Francia). Le attività svoltesi fino ad oggi hanno tre fili conduttori: il primo, quello di raccogliere e elaborare materiale didattico per la formazione professionale degli avvocati praticanti nel settore dei diritti dell'uomo, il secondo è quello di organizzare missioni formative per le istituzioni e gli avvocati presenti in paesi ad alto rischio di violazione dei diritti umani, e il terzo quello di creare e alimentare l'*Observatoire international des avocats* (di seguito l'Osservatorio internazionale degli avvocati).

Con la chiusura del progetto si può fare un bilancio positivo delle attività condotte da circa due anni e mezzo di cui ne riassumo brevemente i punti salienti come segue:

- La creazione di una rete importante di autorità nazionali e internazionali (soprattutto Ordini locali, Consigli nazionali e magistrati) attive nel settore dei diritti fondamentali e umani con la quale i cinque partner europei hanno potuto costantemente interagire attraverso le iniziative dell'Osservatorio internazionale degli avvocati o attraverso gli esperti appositamente designati per l'attività didattica dai cinque partner.
- L'elaborazione di una raccolta di strumenti pedagogici ("kit pedagogico") riprodotti su supporto digitale, una chiave USB, che è stato distribuito a circa

¹ EuropeAid/126412/C/ACT/Multi-Soutien aux actions liées à la démocratie et aux droits de l'homme dans le domaine des défenseurs des droits de l'homme.

300 contatti nel mondo. Il materiale ivi contenuto è disponibile in diverse lingue ed è composto da quattro sezioni: (i) fonti normative; (ii) manuale pedagogico; (iii) esercizi pratici; (iv) formulario di atti. Il contenuto di questa chiave USB, insieme ad altra documentazione, è reperibile anche sul sito dell'Osservatorio (<http://www.observatoire-avocats.org/it/gli-strumenti/>).

- Il rapporto di fine progetto pubblicato a luglio 2011 in lingua inglese, francese, italiana e araba dove sono stati recensiti i casi di avvocati che nel mondo sono stati vittime di minacce, pressioni, torture, o di qualsiasi altra grave forma di violazione dei diritti della persona per ragioni spesso di natura politica.
- L'organizzazione di missioni di natura squisitamente pedagogica in paesi ad alto rischio di violazione di diritti fondamentali e del diritto di accesso alla giustizia, come l'Algeria, la Colombia e l'Armenia.
- L'organizzazione di spedizioni in loco al fine di poter fornire assistenza giuridica, morale e/o materiale agli avvocati che nell'espletamento del loro mandato si trovano agli arresti domiciliari o in detenzione provvisoria in assenza delle garanzie minime processuali.

Le attività condotte nell'ultimo biennio

Nei suoi due anni e mezzo di vita le risorse del progetto sono state concentrate su due fronti: (i) la formazione in materia di diritti umani indirizzata ad avvocati stabiliti in Algeria, Armenia e Colombia e attivi in questo settore; e (ii) l'Osservatorio internazionale degli avvocati, una struttura creata per coadiuvare l'attività della formazione e per organizzare delle missioni specifiche al fine di fornire assistenza giuridica, morale e/o materiale agli avvocati che nel mondo sono vittime di minacce, pressioni, torture, o di qualsiasi altra grave forma di violazione dei diritti dell'uomo. L'Osservatorio ha messo a punto un sistema di monitoraggio e di allerta di casi concreti che dovrebbero a nostro giudizio essere segnalati, per eventualmente provvedere con missioni d'urgenza atti a supportare tecnicamente la vittima.

L'Italia, grazie alle strutture del CNF e all'operato degli esperti italiani (l'avv. Alessandro Melano e l'avv. Diego Grassedonio), reclutati attraverso un sistema d'appello a candidature coordinato dall'Osservatorio, contribuisce su entrambi i fronti.

L'Osservatorio ha costantemente predisposto delle comunicazioni di "allerta" in merito a situazioni di possibile violazione dei diritti dell'uomo. Questi messaggi di allerta hanno la finalità di notificare ai partner del progetto le situazioni di pericolo per gli avvocati minacciati.

Per la maggior parte dei casi, i partner si sono mobilitati immediatamente con l'organizzazione di missioni urgenti per intervenire a sostegno degli avvocati minacciati dai governi locali. Queste missioni hanno potuto avere un esito positivo come in Colombia e nella Repubblica Democratica del Congo grazie all'intervento di esperti francesi e spagnoli. Oltre alla predisposizione

di missioni di intervento pratiche sul posto. L'Osservatorio ha potuto anche sollecitare da parte dei partner del progetto, un'adesione su lettere di natura politica indirizzate alle autorità dei Paesi dove si verificano le violazioni.

Le missioni svolte fino ad oggi sono visionabili sul sito dell'Osservatorio: <http://www.observatoire-avocats.org>

Durante le sommosse nei paesi del Nord-Africa, l'Osservatorio ha potuto mantenere i contatti con i rappresentanti delle avvocature locali e supportare gli avvocati che rischiano eventuali ritorsioni politiche.

La collaborazione del CNF e della Scuola Superiore

Tra le problematiche più interessanti che sono emerse nel corso delle attività del progetto, vi è quella della qualificazione giuridica della funzione e del ruolo di avvocato e/o difensore dei diritti. Il problema che è emerso è la mancanza di testi vincolanti in sede internazionale che possano essere d'aiuto in casi in cui il difensore è minacciato per ragioni essenzialmente politiche. Le uniche fonti che appaiono maggiormente persuasive rispetto ad altre relative all'importanza del ruolo dell'avvocato sono la Raccomandazione del Consiglio d'Europa sull'insegnamento dei diritti umani del 1990 e la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite del 1987. Poi vi sono le convenzioni bilaterali, spesso disattese. Uno strumento internazionale non-normativo di sicuro interesse e spesso utilizzato in sede diplomatica nell'ambito delle attività dell'Osservatorio è la Convenzione degli avvocati del mondo firmata, anche dal CNF, a Parigi il 6 dicembre 2008 nella quale si sancisce un ruolo "normativamente" riconosciuto dell'avvocato in quanto unico difensore dei diritti davanti alla magistratura.

Grazie al preziosissimo supporto della Scuola Superiore dell'Avvocatura, l'Osservatorio internazionale degli avvocati ha potuto raccogliere idee e contributi particolarmente utili alle missioni di formazione.

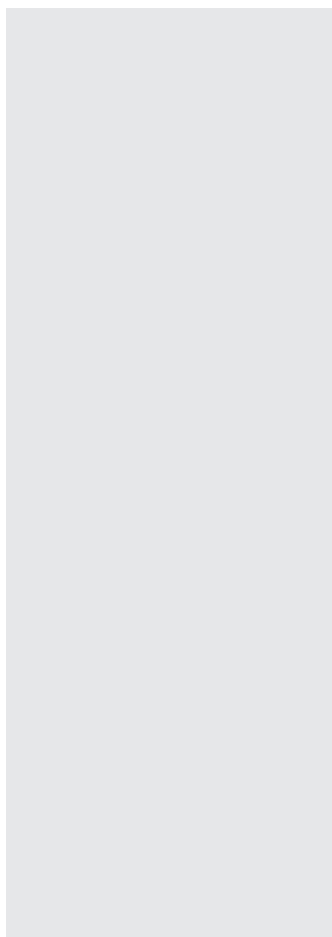
Il CNF ha assolto il ruolo di partner del progetto e ha una responsabilità diretta nei confronti della Commissione europea. Si è occupato di coordinare i lavori della delegazione italiana e dei due esperti-formatori italiani. Ha contribuito alla raccolta di materiale didattico per organizzare le formazioni e il sito dell'Osservatorio internazionale degli avvocati. Ha tradotto in italiano i lavori e il sito Internet dell'Osservatorio internazionale degli avvocati. Nella sua qualità di istituzione di diritto pubblico, il CNF ha potuto operare come intermediario con le Istituzioni italiane al fine di sensibilizzare l'importanza politico-umanitaria del progetto e per sollecitare un sostegno politico. Spesso, il CNF si è trovato nell'urgenza di dover valutare l'opportunità di far eseguire le singole missioni di "salvataggio" nei paesi con alto rischio di violazione dei diritti umani sulla base delle comunicazioni di allerta dell'Osservatorio.

Come già indicato nella relazione annuale del Presidente del Consiglio Nazionale Forense, Guido Alpa, l'avvocatura assolve un ruolo sociale importante

per il perseguimento di obiettivi costituzionalmente riconosciuti nel nostro Ordinamento: la tutela della dignità umana e la garanzia dell'accesso alla giustizia. Principi sanciti dalla Carta europea dei diritti fondamentali firmata a Nizza nel 2000.

Oggi il futuro di questo progetto è in mano ai partner che hanno deciso, con una dichiarazione d'intenti firmata il 20 dicembre 2011, di proseguire i lavori dell'Osservatorio che a partire dal 1° gennaio diventerà una struttura giuridica autonoma per portare avanti le sue attività pedagogiche e le missioni nei paesi a rischio di violazione dei diritti fondamentali. Per questo motivo, il CNF e la Scuola Superiore dell'Avvocatura saranno promotori di iniziative future con l'Osservatorio internazionale degli avvocati.

ETICA PROFESSIONALE E DEONTOLOGIA



Il ritorno dei doveri

Tommaso Greco

I diritti umani

I diritti umani sono ormai da decenni la base di legittimità universalmente riconosciuta degli ordinamenti giuridici e rappresentano un terreno di verifica per ogni interesse o valore che richieda un riconoscimento giuridicamente importante. Il nostro modo di concepire non solo il ruolo degli individui nella società, ma pure le relazioni tra individui e Ordinamento, passa necessariamente attraverso la definizione e l'aggiornamento continuo del catalogo dei diritti. I diritti umani, insomma, sono divenuti il vero alfabeto delle relazioni sociali, politiche e giuridiche nelle società avanzate a Ordinamento (tendenzialmente) costituzionale¹.

In un tale contesto culturale è apparso piuttosto difficoltoso articolare un discorso che tenesse in seria considerazione, oltre che i diritti, i doveri dei soggetti. Fin dalle origini della stagione dei diritti si è affermata l'idea che i diritti, per così dire, stiano “in piedi da soli”, o quanto meno che, se proprio si deve parlare dei doveri, lo si può (e lo si deve) fare soltanto in via subordinata, come ricorso strumentale per l'affermazione e la garanzia dei diritti. L'idea che gli individui siano innanzi tutto titolari di diritti e che in questa loro titolarità consista fondamentalmente la loro soggettività giuridica e politica è fondativa della modernità politica. Come ha sintetizzato Norberto Bobbio con la solita mirabile chiarezza, è proprio il passaggio dai doveri ai diritti degli individui a rappresentare quella rivoluzione copernicana da cui sono nate le società politiche moderne².

I doveri

Da qualche tempo, tuttavia, si sta tentando una riabilitazione del linguaggio dei doveri³, soprattutto a partire dalla consapevolezza che la “retorica” e la pratica giuridiche centrate esclusivamente sui diritti non siano in grado di puntare e perseguire alcuni beni fondamentali di una società ben ordinata. Da un lato,

¹ Appare pertanto opportuno l'interesse che ai diritti umani sta dimostrando la Scuola Superiore dell'Avvocatura, anche in conseguenza della centralità che essi vanno assumendo nello svolgimento della professione forense (cfr. D. CERRI, *La centralità dei diritti umani*, in *Dir. form.*, 1/2010, pp. 1-8).

² Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990.

³ Tra i titoli che vanno in questa direzione si veda soprattutto M. VIROLI, *L'Italia dei doveri*, Rizzoli, Milano 2008.

si è insistito su alcune conseguenze connesse alla proliferazione dei diritti: conflittualità, frammentazione, inefficacia sostanziale dei diritti riconosciuti formalmente; dall'altro lato, si è notata l'impossibilità di realizzare un Ordinamento ben funzionante in assenza di una adeguata cultura del dovere⁴.

Naturalmente, la via più facile e immediata per la riabilitazione dei doveri è quella che passa per la constatazione della necessaria correlatività di essi con i diritti. Molta parte della teoria giuridica del Novecento ha insistito su questo punto, evidenziando come non si possa parlare di diritti in senso pieno se non si individuano i doveri che rendono effettivi quei diritti medesimi. La posizione estrema di Hans Kelsen, secondo il quale la nozione stessa di diritto soggettivo è da considerare inutile in quanto il diritto non è altro che il riflesso degli obblighi stabiliti in una norma oggettiva, segna solo il limite estremo di una serie di teorie nelle quali il richiamo alla correlatività diritti/doveri ha rappresentato un punto fermo. Alcuni filosofi ne hanno fatto il caposaldo della propria teoria sociale: Guido Calogero, ad esempio, sosteneva che «debbo ben ricordarmi che non ho mai nessun diritto, che i diritti appartengono solo alle persone altrui, in quanto essi, appunto, sono soltanto i miei doveri, nel loro volto riflesso sulle persone altrui»⁵.

Si tratta di una constatazione importante, soprattutto in quanto evita di cadere nell'errore che si possa concepire una qualche posizione giuridica (i diritti individuali) prescindendo dalla relazione con altri soggetti. Il ragionamento tuttavia va arricchito da ulteriori considerazioni se si vogliono comprendere le ragioni profonde della necessità di riscoprire i doveri. L'obiettivo di una ripresa dei doveri non è infatti (e non deve essere) soltanto quello di fornire le prestazioni necessarie alla garanzia dei diritti individuali, ma è (deve essere) quello di colmare alcune lacune implicite nella logica dei diritti soggettivi. Tali lacune consistono prevalentemente, da un lato, nell'assenza di motivazioni e di senso di responsabilità, che spesso si riscontrano in una società che invita i propri membri a considerarsi innanzi tutto (se non esclusivamente) come titolari di diritti; dall'altro lato, nella incapacità dei diritti di soddisfare alcuni fondamentali bisogni umani, tra i quali la fraternità, il rispetto, i legami sociali, riconosciuti come essenziali per poter vivere una vita decente.

Verticalità dei doveri e orizzontalità dei diritti

Non si potrà tentare un serio recupero dei doveri se non ci si sofferma preliminarmente su una questione che ha ingenerato (e continua a ingenerare) molti equivoci. L'immagine che ci è stata tramandata, e con un certo entusiasmo si continua a tramandare, spesso al fine esplicito di screditare i doveri, è quella

⁴ Una sintesi efficace dei vari argomenti critici nei confronti dei diritti è in U. VINCENTI, *I fondamenti del diritto occidentale*, Laterza, Roma-Bari 2010, pp. 116 ss.

⁵ G. CALOGERO, *Lezioni di filosofia. II. Etica*, Einaudi, Torino 1960, p. 194.

della “verticalità” di questi ultimi a fronte della “orizzontalità” dei diritti. I diritti, si dice, sono strumento di una società egualitaria (e quindi “orizzontale”), là dove i doveri sono invece lo strumento tipico di una società gerarchica e disegualitaria (e quindi “verticale”). È la convinzione che ci viene da secoli di riflessione giusfilosofica, politica e giuridica, nei quali i diritti sono stati considerati come la via maestra per la liberazione da vincoli e oppressioni, e dunque per il perseguimento di una maggiore uguaglianza sociale. Ancora una volta, l'immagine della rivoluzione copernicana richiamata da Bobbio dà l'esatta misura di questa concezione: mentre «il punto di vista tradizionale aveva per effetto l'attribuzione agli individui non di diritti ma prevalentemente di obblighi a cominciare dall'obbligo dell'obbedienza alle leggi, cioè ai comandi del sovrano», con l'affermazione dei diritti «il rapporto tradizionale fra diritti dei governanti e obblighi dei sudditi è perfettamente invertito»⁶.

Proprio lo schema della rivoluzione copernicana ci può aiutare a mettere a fuoco l'equivoco di cui dicevamo. Non si può non notare, infatti, che se i diritti realizzano una maggiore uguaglianza e possono farsi tramite di percorsi di liberazione individuale è perché essi perpetuano proprio quella logica verticale dalla quale (secondo molti interpreti) rifuggono e alla quale anzi (secondo gli stessi interpreti) si contrappongono. La verità è che la logica dei diritti è precisamente la logica del ricorso allo Stato per poter ottenere giustizia e riconoscimento. Sta proprio in questo la loro grandezza e la loro estrema utilità: nella capacità di attivare le garanzie fornite dall'Ordinamento che permettono di tutelare gli interessi o le libertà attribuite a determinati individui. L'uguaglianza e la libertà sono allora frutto, non della pretesa orizzontalità dei diritti, bensì propriamente della loro estrema verticalità, della loro aderenza ad uno schema di rapporti in cui lo Stato si erge a supremo garante delle posizioni di ciascuno. Quel che si perde, in questo schema, è propriamente l'orizzontalità delle relazioni, nella quale i soggetti sono in questione per se stessi e senza mediazioni istituzionali.

Ecco: è proprio questa orizzontalità che può essere recuperata e valorizzata attraverso i doveri. Contrariamente a quanto siamo abituati a pensare, i doveri non pertengono soltanto (e direi nemmeno prevalentemente) ai rapporti verticali con lo Stato, e nemmeno ai rapporti con gli altri individui che passano attraverso la mediazione dello Stato; essi riguardano invece prevalentemente i rapporti diretti tra i soggetti. Prima di essere un qualcosa che noi dobbiamo allo Stato, i doveri ci richiamano alle nostre relazioni e alle nostre responsabilità: stabiliscono e mantengono legami, come hanno ben visto tutti coloro che sui doveri hanno scritto e riflettuto, da Cicerone a Mazzini. I doveri alimentano legami, e allo stesso tempo i legami creano doveri.

⁶ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 115.

I doveri nell'Ordinamento giuridico

La (recuperata) orizzontalità dei doveri ci consente di fare alcune riflessioni, riguardanti innanzi tutto il funzionamento dell'Ordinamento giuridico. Partiamo da una domanda. L'efficacia del diritto dipende esclusivamente dalla minaccia della sanzione istituzionalizzata (di origine statuale) o è collocabile entro un contesto più ampio, in cui l'ubbidienza alle norme deriva anche, se non soprattutto, dalla comune partecipazione alla vita sociale, e dunque dalla condivisione di interessi, pratiche e valori? In altre parole: quanto contano i "meccanismi orizzontali di persuasione" – provenienti prevalentemente dall'appartenenza a gruppi, associazioni (professionali e non), corpi intermedi, formazioni sociali, ecc. – ai fini della tenuta del diritto?

La risposta possiamo individuarla nelle analisi di quanti, in varie occasioni, hanno invitato il giurista a spostare il suo sguardo dallo Stato (e dai tribunali) alla società, nella consapevolezza che la necessità di mantenere vivo il vincolo di obbligazione politica (verticale quant'altri mai) non può non fare i conti con le dinamiche sociali di trasmissione dei valori e di condivisione delle pratiche. Eugen Ehrlich, che è da considerare insieme a Max Weber il fondatore della sociologia giuridica, criticando quanti vedevano il diritto esclusivamente nella norma statualmente sanzionata, osservava che, «per chi concepisce il diritto soprattutto come una regola dell'agire, la coercizione per mezzo di una pena o di una esecuzione forzata diventa di secondaria importanza, in quanto la vita umana non si svolge davanti ai tribunali. Un semplice sguardo gli è sufficiente per accorgersi che tutti gli uomini sono inseriti in innumerevoli rapporti giuridici da cui derivano dei doveri che, con poche eccezioni, adempiono in modo assolutamente spontaneo: adempiono i propri doveri di padre o di figlio, di marito o di moglie, non disturbano il vicino nel godimento della sua proprietà, pagano i propri debiti, consegnano quello che hanno venduto ed eseguono le prestazioni dovute al proprio datore di lavoro»⁷.

Un diffuso e generalizzato adempimento dei doveri (orizzontali) è dunque essenziale al funzionamento di un Ordinamento giuridico, e di questo dà conto anche una delle più recenti ed autorevoli elaborazioni della teoria dei diritti, quella di Luigi Ferrajoli, allorché, nello stabilire una stretta connessione tra diritti e garanzie, riconosce quali garanzie "primarie" gli obblighi di fare o non fare che i soggetti sono tenuti ad adempiere nei confronti dei titolari dei diritti⁸. Solo nel momento in cui tale garanzia primaria dovesse rivelarsi precaria o inefficace entra in gioco la garanzia "secondaria", vale a dire il

⁷ E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, a cura di A. FEBBRAJO, Giuffrè, Milano 1976, p. 20.

⁸ Le garanzie primarie consistono «negli obblighi o nei divieti corrispondenti alle aspettative positive o negative che formano i contenuti di tutti i diritti soggettivi» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 200).

ricorso ai meccanismi sanzionatori apprestati dall'Ordinamento. Ecco allora una ragione per non accettare che i discorsi sui doveri siano ridotti a puro "moralismo": il diritto – e i diritti ancor più – vivono innanzi tutto di doveri compiuti generalmente dai soggetti dell'Ordinamento; solo in via secondaria e subordinata il ricorso alle procedure di garanzia secondaria diventa necessario e opportuno. Ridurre a quest'ultimo aspetto l'esistenza del diritto (oggettivo e soggettivo), come spesso si finisce per fare, non solo sul piano teorico vuol dire non riuscire a comprendere la natura dell'Ordinamento giuridico, ma sul piano pratico conduce a nascondere la responsabilità che tutti i membri dell'Ordinamento portano nei riguardi dell'Ordinamento medesimo.

Una "Costituzione dei doveri"

Muovendo da questa constatazione possiamo forse posare uno sguardo rinnovato sul nostro Ordinamento, a cominciare dalla Costituzione. Si può ben affermare che essa è anche una "Costituzione dei doveri" e non solo dei diritti. Innanzi tutto perché fin dal suo inizio chiarisce bene il rapporto tra diritti, doveri e legami. I diritti inviolabili garantiti dall'art. 2, considerano l'uomo sia come singolo sia come membro di formazioni sociali, e da questa considerazione discende il richiamo all'«adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Tali doveri di solidarietà prendono corpo negli articoli finali della Parte I (52, 53, 54), i quali prevedono rispettivamente il dovere "sacro" di difendere la Patria, il dovere di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva, il dovere di essere fedeli alla Repubblica.

Sarebbe tuttavia un errore fermarsi a questo punto. I doveri ai quali la Costituzione ci richiama non sono soltanto quelli "verticali" nei quali si concretizza la nostra appartenenza allo Stato; bisogna piuttosto imparare a vedere quanto siano chiamate in causa le nostre relazioni tutte le volte che la Costituzione assegna un compito alla Repubblica. Basti pensare all'art. 3, vero principio supremo del nostro Ordinamento: quante sono le occasioni in cui siamo chiamati (come insegnanti, come professionisti, come commercianti, come semplici cittadini) ad evitare discriminazioni e a trattare secondo il principio di uguaglianza i soggetti che abbiamo di fronte? E sarebbe realmente possibile tutelare il paesaggio e il patrimonio storico ed artistico della Nazione (art. 9) senza il contributo e il rispetto di tutti? (non a caso, è dall'incuria dei molti che derivano i numerosi casi di scempio del paesaggio italiano; le mancanze e i soprusi delle amministrazioni sono soltanto una conseguenza di quella).

Si può dire allora, in generale, che se vogliamo davvero essere repubblicani non possiamo concepire la Repubblica esclusivamente come l'insieme delle amministrazioni e delle burocrazie chiamate in causa per attuare le garanzie secondarie, ma dobbiamo pensarci come "ufficiali" della Repubblica chiamati continuamente a realizzare i suoi valori.

I doveri e la deontologia

La “filosofia delle linee orizzontali” – che è possibile associare ai doveri rovesciando l’immagine tradizionale – anima pure la normativa deontologica, che rappresenta certamente un fenomeno tra i più rilevanti e significativi della più recente stagione del diritto.

La finalità della normativa in questione sembrerebbe non lasciare troppi dubbi sulla sua direzione “verticale”, dato che si tratta di sottoporre a procedimento disciplinare gli avvocati «che si rendano colpevoli di abusi o mancanze nell’esercizio della loro professione o comunque di fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale»⁹. E tuttavia, la natura pienamente giuridica delle disposizioni non si esaurisce affatto in questa verticalità ma esplica i suoi effetti principalmente nei molteplici rapporti cui dà luogo lo svolgimento dell’attività avvocatizia. Anzi, senza alcuna forzatura, si può considerare la normativa deontologica come il terreno sul quale si realizza il supremo tentativo di affermazione dell’orizzontalità giuridica, la quale pretende addirittura di valere nel luogo esatto in cui si innesca il meccanismo opposto della verticalità: nello studio (e intorno allo studio) di un avvocato. Se infatti, quando ci si reca in quello studio lo si fa precisamente perché una qualche garanzia primaria non ha funzionato e si rende perciò necessario avviare una procedura per l’attivazione di una garanzia secondaria, il rapporto che si instaura tra avvocato e assistito è governato essenzialmente dalla logica della *fiducia*, la quale scaturisce – e non può non scaturire – dal corretto adempimento dei doveri cui l’avvocato stesso è tenuto.

I doveri contemplati nel Titolo I del Codice deontologico – da quello di lealtà e correttezza (art. 6) a quello di fedeltà (art. 7), da quello di diligenza (art. 8) a quello di segretezza (art. 9), per non citarne che alcuni di quelli principali – sono tutti posti a tutela del particolare compito affidato all’avvocato che non è più, come notato da Alarico Mariani Marini, quello di proteggere il prestigio della categoria (o del singolo professionista), quanto quello di tutelare il cittadino «nei confronti di ogni potere»¹⁰. Il sentimento di fiducia è sempre frutto di doveri compiuti più che di diritti rivendicati: una verità di cui si trova piena consapevolezza nell’art. 2.2 del Codice di deontologia degli avvocati europei, secondo il quale «i rapporti di fiducia non possono esistere se vi è dubbio sulla onestà, la probità, la rettitudine o la sincerità dell’avvocato». È l’atteggiamento complessivo dell’avvocato a mantenere viva la fiducia del cliente, non la possibilità per il cliente di denunciarne il comportamento scorretto. Il solo pensiero di dover ricorrere a questa possibilità non può che far venire meno la fiducia medesima¹¹.

⁹ Così recita l’art. 38 dell’Ordinamento delle professioni di avvocato e di procuratore, r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578.

¹⁰ A. MARIANI MARINI, *Diritti umani e Avvocatura*, in *Dir. Form.*, 3/2009, p. 429.

¹¹ Sul delicato rapporto tra fiducia e diritto si veda il lavoro di E. RESTA, *Le regole della fidu-*

Ritorno ai doveri e fraternità

Un'ultima considerazione, di carattere più generale. Il ritorno dei doveri rappresenta l'approccio propriamente giuridico al compito ineludibile del "prendersi cura", cui siamo chiamati come cittadini del mondo¹². *L'apertura all'altro* che i doveri realizzano implica infatti un farsi carico delle situazioni nelle quali persone e cose necessitano di un intervento responsabile. Una società pensata esclusivamente a partire dai diritti rischia di mancare un obiettivo così importante, dal momento che i diritti sono necessariamente dipendenti da una cultura che non postula di per sé la nozione del legame sociale (è la vecchia questione dell'individualismo quale unico fondamento della cultura dei diritti), e perciò finisce per perpetuare la chiusura rispetto ai bisogni del mondo (non è nemmeno il caso di soffermarsi sulla eventuale risposta da dare a chi obietta che la lotta per i diritti è una manifestazione tra le più alte del "prendersi cura" del mondo; è chiaro infatti che si tratta di una lotta che può essere intrapresa solo da chi sente il dovere di intraprenderla).

Il ritorno ai doveri si configura pertanto come l'unica strada possibile per mettere in campo il più negletto tra i valori della politica moderna, quello della "fraternità". Se libertà e uguaglianza (una *certa* libertà e una *certa* uguaglianza) possono ben essere perseguite per la via dei diritti, solo i doveri riescono invece a prendere sul serio l'idea di fraternità (o se si vuole, solidarietà), che generalmente si aggiunge alle altre due, quasi come terzo incomodo, e che invece nella prospettiva dei doveri diviene il valore fondante e prioritario della comunità politica e giuridica. Con una precisazione, che appare necessaria per evitare che l'invito di un ritorno ai doveri riceva la ben nota accusa (avanzata spesso con aria di sufficienza oppure con accigliata e impostata preoccupazione), secondo cui chi parla di doveri ha sempre in mente una versione *ancien régime* dell'ordine sociale e politico. Nulla di tutto questo, ovviamente. Non si tratta di un ritorno alla visione gerarchica della società, come si è cercato di mostrare sostenendo che i doveri portano con sé una filosofia dell'orizzontale (e quindi dell'eguaglianza) più che del verticale (e quindi della gerarchia); e non si tratta nemmeno di una proposta organicistica e anti-individualistica, dal momento che non viene affermata alcuna superiorità del "collettivo" sugli individui. Si tratta invece, molto semplicemente, di ricominciare a considerare seriamente i legami che costituiscono e riempiono la vita individuale, anziché continuare a far finta che ciascuno sia un atomo che si muove in modo scomposto, ritenendosi libero da vincoli rispetto a tutti gli altri.

cia, Laterza, Roma-Bari 2009, che però sembra collocare la fiducia in un territorio completamente pre- o extra-giuridico. «Se il diritto interviene è perché non ci si può più affidare alla fiducia» (p. 8); ciò significa togliere dal diritto ogni dimensione orizzontale.

¹² La letteratura su questo tema è ormai vasta. Mi limito a rinviare a E. PULCINI, *La cura del mondo*, Bollati Boringhieri, Torino 2009.

Il ritorno dei doveri è, in conclusione, un modo per prendere sul serio i diritti, noi stessi e chi ci sta intorno.

Etica della giustizia, etica della retribuzione

(in margine ad alcune opere di Hogarth, Giotto e Lorenzetti)

Umberto Vincenti

Secondo Transparency International, il network leader mondiale nella lotta alla corruzione, l'Italia è al 67° posto tra i 178 paesi censiti nella speciale graduatoria della percezione della corruzione degli Stati: la Danimarca è al 1° posto, la Svizzera all'8°, la Germania e l'Austria al 15°, il Regno Unito al 20°, gli Stati Uniti al 22°, la Tunisia al 59°. L'ipotesi qui avanzata è che il diritto da noi sia divenuto, almeno nelle sue pratiche applicazioni, troppo mite e spesso, più che la giusta pena, ai responsabili di illeciti assicuri un'ingiusta impunità. Certo che manca una qualsiasi iconografia pubblica che celebri la virtù: oggi siamo privi di un universo simbolico a cui ispirare la nostra condotta rispetto agli altri e alle istituzioni. Né sembrano davvero circolare messaggi ufficiali che stigmatizzino le azioni disgregatrici della comunità o lesive dei suoi interessi. Cosa si cela dietro queste omissioni? Per fortuna che in Italia la grande arte dei secoli passati ha lasciato cospicue tracce di un forte impegno volto a incoraggiare e a premiare quella che potremmo definire la lealtà istituzionale: l'invito è dunque a guardare con questo spirito opere come la Giustizia di Giotto a Padova o il Buon Governo di Lorenzetti a Siena. Ci accorgeremo come esse esprimano nella maniera più efficace e comprensibile a tutti le linee "costituzionali" di un sistema giuridico – e, insieme, di una società – rette ed efficienti nel perseguire la rettitudine.

La slealtà istituzionale

In una repubblica bene ordinata si postula che i cittadini si impegnino attivamente per il bene comune: la *res publica* è affare di tutti e nessuno se ne può chiamare fuori per curare egoisticamente solo i propri interessi. Chi così si comportasse si macchierebbe (nel senso che la sua condotta sarebbe disonorevole) di "slealtà istituzionale": non si può stare *in societate* e godere di tutte le utilità che derivano da questa partecipazione senza dare in cambio alcunché o cercando di dare (*mala maiora vitanda*) il meno possibile. Ovvio che la macchia si dipanerebbe se il cittadino coltivasse i propri interessi danneggiando direttamente la comunità di cui è "parte": tale è il caso del funzionario dello Stato che si appropria di denaro pubblico. Una sorta di nemico pubblico è anche chi interferisca negativamente nella vita altrui (uccidendo, rubando, danneggiando ecc.), anche se qui la lesione dell'interesse pubblico (alla pacifica convivenza) si accompagna – ed è, forse, meno avvertita – alla lesione dell'interesse privato.

La tipologia dei comportamenti umani potenzialmente disgregatori di una repubblica bene ordinata è, ovviamente, molto ricca; ma sarebbe inutile proseguire nella classificazione perché l'oggetto di questa (breve) riflessione è un altro. Può una repubblica bene ordinata affidarsi a un diritto mite, con molti diritti individuali e poche o blande sanzioni? Si può perseguire l'obiettivo del massimo impegno dei cittadini *pro bono publico* e, allo stesso tempo, mandare impuniti i trasgressori di quelle leggi a cui è affidato *in toto* l'ordine repubblicano? E si potrebbe aggiungere: fino a che punto una *res publica* può consentire la lievitazione di quei diritti individuali ai quali corrispondono pretese di immunità dai doveri di prestazione che incombono su tutti i cittadini? O di assistenza senza corrispettivo o, peggio, senza ragione sufficiente? A un fenomeno del genere abbiamo assistito proprio in questi ultimi decenni nelle democrazie occidentali, con le conseguenze che stiamo cominciando a vedere sul debito pubblico.

Repubblicanesimo e sanzioni retributive

Il 29 giugno 2011 a Londra la Winchester Crown Court ha condannato l'italiano Danilo Restivo alla pena dell'ergastolo per avere ucciso nel 2002 una signora inglese il cui corpo mutilato fu poi trovato, nel bagno di casa, dai due figli della vittima, di undici e quattordici anni. In Italia ha suscitato impressione non tanto la condanna (Restivo aveva già assassinato una minorenne in una città dell'Italia meridionale) quanto le parole che il giudice Burnett ha rivolto al condannato dopo la lettura della sentenza: «Nella mia valutazione in questo caso non sarebbe stato possibile fissare un periodo minimo di detenzione e pertanto lei non potrà mai essere rilasciato dalla prigionia. Non so per qual motivo abbia scelto come vittima Heather Barnett, ma è evidente che lei abbia così voluto soddisfare un appetito sessuale sadico. In questo caso le prove dimostrano che lei è un assassino freddo, depravato e calcolatore».

In Italia (o presso gli italiani) ha suscitato un sentimento di stupore frammisto a una certa ammirazione anche la vicenda processuale di Bernard Madoff, un *broker* americano che aveva truffato i suoi clienti causando un ammanco di quasi sessanta miliardi di dollari. Arrestato l'11 dicembre 2008, il 29 giugno 2009 veniva condannato a quasi centocinquant'anni di carcere. Il giudice della Corte del Distretto federale di Manhattan, Danny Chin, ha giudicato il finanziere responsabile di «un crimine straordinariamente diabolico», spiegando che «il simbolismo della sentenza è importante perché attraverso questa si invierà un messaggio». E in udienza lo stesso Madoff aveva dichiarato: «Lascio alla mia famiglia un'eredità di vergogna». Un grande quotidiano italiano («Il Corriere della Sera») ha sintetizzato magnificamente, nella didascalia di una vignetta satirica, quel che molti italiani avevano pensato a proposito della vicenda Madoff: «In USA sei mesi di processo e centocinquant'anni di pena, in Italia centocinquant'anni di processo e sei mesi di pena».

In un libro recente (*La repubblica virtuosa. Una proposta per l'Italia*, Bruno Mondadori, Milano 2011) ho cercato di documentare come la tradizione del repubblicanesimo classico sia viva e attuale nel mondo anglosassone: una tradizione che ha tra i suoi pilastri i *Discorsi* di Machiavelli e le *Cato's Letters* di Trenchard e Gordon. In entrambe queste opere si sottolinea come per mantenere uno stato – per conservarlo ordinato ed eticamente corretto – sia assolutamente necessario che i rei, massimamente i responsabili di atti di corruzione e i traditori della fiducia pubblica, non vadano impuniti.

Nella lettera XXXIII delle *Cato's Letters* Trenchard scrive che sola difesa nei confronti dei trasgressori delle leggi sia «quella di rendere loro terribile l'essere bricconi»: una prospettiva già annunciata in apertura della raccolta, nella seconda lettera, quando si constata che «al giorno d'oggi si può riempire ogni patibolo d'Inghilterra di direttori e speculatori [...]». D'altronde, ancora ai nostri giorni, l'opinione pubblica non ha avuto alcuna indulgenza per Bernard Madoff: «non merita pietà» hanno puntualmente registrato gli organi di informazione.

Ma è l'arte a confermarci con evidenza come la prospettiva, diciamo, retributiva sia un postulato essenziale del modello repubblicano di cittadinanza virtuosa e attiva: vediamo un poco.

***L'Emblematical Print of the South Sea Scheme* di W. Hogarth**

Il primo esempio, quello storicamente a noi più vicino, lo troviamo in una famosa incisione del 1721 di William Hogarth le cui riproduzioni ottocentesche si trovano ancora a buon prezzo nei circuiti della vendita elettronica. Il titolo dell'opera evidenzia i fatti a cui fa riferimento la raffigurazione, conseguenti alla bolla speculativa causata da una colossale truffa che gettò nel lastrico molti onesti risparmiatori e scosse la stessa Banca d'Inghilterra: *Emblematical Print of the South Sea Scheme*.

La *South Sea* era una società per azioni che si era accordata con lo Stato inglese di cui aveva assunto l'onere di tutto il debito pubblico verso un corrispettivo costituito principalmente dal pagamento di un certo interesse annuo. Si trattava di un contratto che poteva far pensare alla reale possibilità di notevoli ricavi per la *South Sea* e per questo le sue azioni andarono a ruba nel mercato. Ma la *House of Lords* aveva approvato la concessione alla *South Sea* solo perché alcuni ministri e pubblici funzionari erano stati corrotti dai dirigenti della società e, d'altra parte, le prospettive di facile speculazione nutrite dagli acquirenti si rivelarono, nel tempo di un mese, assolutamente fallaci.

Non c'è dubbio che i responsabili di questa disastrosa bolla speculativa fossero colpevoli di slealtà istituzionale: verso il pubblico dei risparmiatori, verso lo Stato inglese, verso la stessa spa. Hogarth tratteggia con mano eccezionalmente talentuosa la rappresentazione satirica degli effetti della condotta scellerata degli amministratori sociali e dei pubblici funzionari: la Villania che frustra

l'Onore, l'Interesse personale che bastona l'Onestà, il Commercio libero e virtuoso morto e dimenticato. In questo contesto la sorte della vita di ogni uomo è affidata al giro della ruota della Fortuna il cui meccanismo è, però, controllato dagli esperti della truffa. Se le leggi non vengono rispettate – né fatte rispettare – vizi e delitti finiscono con l'occupare progressivamente il campo dell'azione umana: questo è il monito che Hogarth ha inteso impartirci attraverso i suoi eloquenti disegni.

La Giustizia di Giotto

La stampa di Hogarth del 1721; ma nel 1305 Giotto, affrescata la Cappella degli Scrovegni a Padova, aveva espresso lo stesso orientamento circa la necessità di rendere merito ai virtuosi e di punire inflessibilmente i violatori delle leggi. Esattamente al centro della cappella patavina Giotto sceglie di collocare l'iconografia della Giustizia e, a fronte, quella dell'Ingiustizia. Comunque il messaggio istituzionale è per tutti chiarito dal cartiglio sottostante l'immagine della Giustizia: «La perfetta giustizia pesa tutto quanto con braccio di bilancia pari; coronando i buoni, vibra la spada contro i vizi, ogni cosa si rallegra della libertà; se Giustizia regnerà, agirà con amabilità ovunque si rivolga il retto cavaliere. Quindi si può cacciare, cantare e vendere, i mercanti già [...] si giova».

La Giustizia è una regina coronata dal bel volto sereno di chi ha l'equilibrio nella mente e nel cuore; l'Ingiustizia ha l'abito paludato e il volto arcigno del potente che governa attraverso il sopruso e il delitto.

Gli effetti del prevalere dell'una o dell'altra *in civitate* sono descritte dalle scene dipinte in ciascuno dei riquadri sottostanti alle due figure principali: scene di pace, concordia e operosità da una parte; di consumazione di crimini, di pericolo pubblico, di corruzione dall'altra. Ma il regno della Giustizia può avverarsi solo se le leggi siano fatte rispettare dagli ufficiali preposti: è un monito che emerge con evidenza da entrambe le iconografie. E infatti la Giustizia, se non impugna la spada, regge una bilancia che vale come strumento della "perfetta retribuzione": nel piatto di sinistra un giovane alato premia un virtuoso, nel piatto di destra un vecchio alato decapita un malvagio.

La Giustizia di A. Lorenzetti

La stessa idea – l'impunità corrompe la *civitas* – si ritrova in un ciclo famoso di affreschi, ispirato, quasi dettato, dal modello repubblicano: alludo alle allegorie del Buono e del Cattivo Governo dipinte da Ambrogio Lorenzetti, tra il 1338 e il 1339, all'interno del Palazzo pubblico di Siena, per ordine della suprema magistratura dei Nove. Non è il caso qui di insistere sugli effetti per la *res publica* della vigenza di una o dell'altra delle alternative: la valutazione – e anche le scene – sono, quanto a contenuti, assolutamente coerenti a quelle di cui alla Giustizia e all'Ingiustizia giottesche. Qui mi preme sottolineare come anche per Lorenzetti (e per i suoi ispiratori vicini e lontani) la funzione istituzionale della

Giustizia non sia, né possa essere, quella della comprensione e del perdono di coloro che abbiano scientemente violato la legge. Dietro ciascuno dei due piatti della bilancia – che sta presso la Giustizia ma che è significativamente retta dalla Sapienza – sono collocati altrettanti angeli: l'affidamento della *communitas* alla legge che con giustizia premia e punisce è rappresentato dall'opera dei due angeli, il primo che incorona un uomo, evidentemente meritevole, nel mentre stesso, con l'altra mano, ne decapita un altro perché delinquente; il secondo che consegna – a dimostrazione simbolica della concordia assicurata dal regno della Giustizia – a due mercanti alcuni strumenti di misura in uso nel commercio di quel tempo. Ma l'idea della retribuzione – e, dunque, della sanzione irrogata secondo la legge – è ulteriormente rappresentata negli affreschi senesi di Lorenzetti. Ciò accade non a caso nell'affresco che illustra *Gli effetti del Buon Governo in Città*: qui la scena, dal panneggio estremamente ricco, è dominata dalla leggiadra figura della *Securitas* che con grazia regge in una mano una forza dalla quale pende un malfattore e nell'altra un cartiglio il cui testo non lascia dubbio: «Senza paura ogn'uom franco camini e lavorando semini ciascuno mentre che tal comune manterrà questa donna in signoria ch'el alevata arei ogni balia».

Queste idee si riflettevano nelle parole del giuramento fatto prestare a quei Nove che governavano Siena al tempo di Lorenzetti e che gli avevano commissionato gli affreschi del Palazzo pubblico: «[...] Dovete provvedere ch'el Comune et Popolo della magnifica città de Siena sia et sia conservato in bona pace et concordia [...] Devete osservare et fare osservare tucti et ciascheduno statuti [...]».

Ma quando il governo è tirannico i vizi umani dei governanti (avarizia, superbia, vanagloria) finiscono con l'occupare tutto il campo e ogni prospettiva di giustizia viene annientata. Nell'affresco del Cattivo Governo Lorenzetti pone esemplarmente una Giustizia addormentata o, più probabilmente, morta ai piedi del trono del demone della Tirannide governante: quel che è più significativo è il vedere la bilancia e i piatti abbandonati in terra, inoperosi. Il messaggio evocato è il medesimo di quello affidato dal Giotto padovano all'immagine sottostante l'iconografia dell'Ingiustizia, quei due soldati che assistono indifferenti allo stupro commesso su di una donna denudata e costretta a terra. E, anzi, non vi è forse un suggestiva somiglianza tra l'immagine della Giustizia morta o come morta di Lorenzetti e quella del Commercio onesto parimenti morto o come morto, abbandonato sul margine della piazza, nella Londra di Hogarth devastata dalla corruzione?

La crisi del principio di responsabilità individuale

Vi è chi pensa che la religione cristiana sia stata determinante per l'affermarsi del principio di responsabilità individuale nell'etica e nello stesso diritto occidentale. Ma è un'opinione infondata perché quel principio, e le sue stesse

conseguenze retributive, sono state introdotte dal diritto romano ben prima del sorgere del Cristianesimo. Quest'ultimo, piuttosto, ha affacciato prospettive antitetiche, certo radicalmente nuove: quella tendenza a ricercare, e a valutare, più le intenzioni che i fatti e, soprattutto, l'idea che il perdono e il recupero del soggetto deviante possano avere un valore superiore – umanamente e socialmente – rispetto alla mera retribuzione, per quanto corretta e proporzionata essa possa risultare. Per questa prospettiva la parabola del figliol prodigo ha una valenza simbolica perfetta, anche perché ne evidenzia altrettanto perfettamente i limiti ai fini della costruzione di un sistema di giustizia in senso giuridico capace di governare pacificamente i conflitti *inter homines* (mentre la giustizia paterna risulta incomprensibile al fratello del prodigo e, anzi, fomenta essa stessa il conflitto anziché prevenirlo).

È invece un fatto che nel Novecento si siano alquanto indeboliti il principio di responsabilità individuale e, ancor più, la prospettiva retributiva del diritto: le cause sono più d'una.

La prima, forse la principale, sta nella ribellione dell'individuo a qualunque società in cui si trovi a partecipare: l'individuo vuol essere "s-vincolato", liberato da qualsiasi legame, impedimento o restrizione a cui il gruppo dei *socî*, siano questi i familiari o i concittadini, lo vogliono assoggettare per fini di tutela o, comunque, d'interesse collettivo. Dichiarazioni dei diritti e costituzioni sono conseguenti a questa volontà di ribellione; ed è evidente, nei contesti normativi e nella coscienza individuale, l'eclissi della figura del dovere e la conseguente sempre più scarsa coesione delle società organizzate di cui tuttavia l'individuo dimostra di non potere fare a meno.

La seconda causa è apparentemente contraddittoria della prima e della stessa essenza dell'individualismo: sociologia e psicologia hanno insistito assumendo che l'individuo è determinato dall'ambiente e dal contesto sociale in genere nei quali vive per cui le sue scelte non potrebbero mai dirsi libere o pienamente libere. Questa visione, che ha la pretesa (o la presunzione) della scientificità, ha condizionato non poco certi orientamenti di fondo dei nostri sistemi giuridici e non solo in campo penale. Ovviamente vi è da domandarsi se l'interazione di questi saperi di recente tradizione con il diritto abbia contribuito a migliorare o a rendere più efficiente la funzione della giustizia giuridica. Cercare una risposta è doveroso, anche perché nuovi saperi si affacciano come le neuroscienze la cui pretesa appare, almeno ai giuristi tradizionali, ancor più inquietante: porre in dubbio o negare senz'altro il fondamento del diritto che mira a contenere e, in eventualità, a punire le volontà ribelli degli individui. L'assunto essenziale è questo: le condotte umane non sarebbero mai manifestazione esteriore della volontà dell'agente, ma solo effetto di certe strutture fisiche del nostro cervello le quali sarebbero geneticamente date. Con il che il risultato è inficiare l'esistenza stessa del libero arbitrio. Ma è proprio così? E soprattutto possiamo permetterci, come società che si voglia mantenere civile, di credere che sia così.

Per il rispetto delle leggi

Sono trascorsi (quasi) settecento anni da quando Ambrogio Lorenzetti ha terminato il suo ciclo al Palazzo pubblico di Siena; ma una lettura un poco attenta dei suoi affreschi ci offre ancora validi suggerimenti sul governo di una *res publica* che ambisca ad essere bene ordinata. Uno è stato qui messo particolarmente in evidenza perché ritengo che sia fondamentale e, tuttavia, in pericolosa crisi. Per esistere e per continuare ad esistere una qualunque organizzazione sociale ha le sue convenzioni scritte e non scritte: il diritto – che viene prima dei diritti e nei quali non può risolversi senza dissolversi – è anch'esso una convenzione sociale (che si vuole) il più possibile condivisa. Ma esso postula per la sua stessa ragion d'essere che l'individuo sia responsabile di fronte agli altri individui e alla collettività intera: in effetti ciò è funzionale all'instaurazione di qualsiasi relazione interindividuale. A quest'affermazione di principio non si è, per vero, mai rinunciato; né possiamo certo rinunciarvi. Ma ciò non basta: se riconosciamo la necessità del diritto – del diritto oggettivo e generale – e, dunque, di un sistema di regole obbliganti, allora dobbiamo essere coerenti e, per lo stesso *bonum publicum*, smetterla di largheggiare nell'attribuzione di diritti individuali spesso insulsi; e accettare, invece, che il diritto porti a tutte le conseguenze previste e volute, ivi comprese le sanzioni. Ciò non per soddisfare primitivi desideri di vendetta che pur la collettività, a fronte di delitti particolarmente efferati mostra di non avere del tutto obliato, quando è però evidente alla ragione l'irrazionale bisogno di disporre comunque di un capro espiatorio. È piuttosto la tenuta della *communitas* ad esigere che il sistema giuridico mantenga quel che promette, tanto più se espressione di volontà popolare democraticamente espressa: quella *Securitas* propriamente evocata dell'affresco senese si preserva non solo attraverso la minaccia, ma anche attraverso l'irrogazione della sanzione prevista.

Il progresso, la nostra *humanitas*, hanno per fortuna espunto dall'orizzonte sanzionatorio pene crudeli e sproporzionate; e le pene capitali visivamente rappresentateci da Lorenzetti non esistono più (o quasi) in Occidente. Ma se i nostri sistemi non riescono ad applicare le sanzioni che oggi approviamo essi perderanno di credibilità dimostrandosi inefficienti e così impotenti; e sarebbe frustrata e compromessa quella relazione di reciprocità su cui si basano le nostre società organizzate.

Possiamo chiudere ricordando per una volta le parole non di un giurista, non di un filosofo, non di un letterato, ma di un politico, quelle pronunciate dal primo ministro inglese James Cameron all'indomani degli scontri che hanno sconvolto, nell'agosto 2011, Londra e altre città inglesi: «Si tratta di pura e semplice criminalità. Io e il governo siamo determinati a far rispettare la giustizia e i responsabili dei disordini subiranno la *forza piena della legge*. Non solo state danneggiando la vita degli altri, ma le vostre stesse vite. Se siete abbastanza adulti per commettere questi reati lo siete anche *per affrontare la punizione*» (corsivi miei).

“Etica e affari” di Gustavo Visentini: in margine a un incontro fiorentino

Andrea Bucelli

Un libro nella «direzione della razionalità»

Se dovessi sintetizzare l'impressione che ha suscitato in me *Etica e affari*, l'opera di Gustavo Visentini che ho avuto il privilegio di discutere nella sede universitaria in cui insegno¹, con le parole dell'autore direi questo: il libro offre l'occasione di un «confronto culturale» di quelli che consentono di cogliere la «complessità delle cose» (p. 200).

Per restituire il senso di tale recezione e per invogliare chi scorra queste brevi note ad una verifica diretta sulla versione integrale di pagine anche, ma non soltanto giuridiche, mi muoverò molto a ridosso del dato testuale. La spigolatura di alcuni dei passi salienti – quasi a voler instaurare un ideale dialogo – sarà intervallata dalle reazioni stimolate dalla prima lettura.

Il volume contiene tredici saggi già pubblicati dal 1992 fino al 2009; è quindi lo specchio di un lungo e meditato itinerario di pensiero.

La sequenza degli scritti si chiude con una significativa recensione (cofirmata con Amelia Bernardo) del libro-intervista su *Etica e diritto* a Gustavo Zagreblesky (a cura di Geminello Preterossi); libro che già nel titolo – *La virtù del dubbio* – è apparso “accattivante”, in quanto indica «la direzione della razionalità, che rifugge il dogma per affrontare le questioni del pluralismo degli interessi e dei valori». Mi sembra questa la cifra, la “direzione” seguita, con lucida coerenza e con un linguaggio elegante e fluido, anche dal Professor Visentini.

Etica e (diritto degli) affari

Se non fosse per il sottotitolo (*Una prospettiva giuridica*) che corredeva la prima edizione (Luiss University Press, 2005), il titolo del libro che qui si presenta potrebbe essere parafrasato in *Etica e diritto degli affari*. Il che evoca suggestioni provenienti dal mondo anglosassone (*Ethics and business law*) (p. 51), come pure dall'esperienza francese (*Droit des affaires*).

¹ Conservando il tono colloquiale e con l'aggiunta delle note minime indispensabili, lo scritto riproduce il testo della relazione tenuta il 26 maggio 2011, all'incontro sul tema *Etica e affari*, in occasione della chiusura delle lezioni del Corso di laurea magistrale in Scienze dell'economia, a.a. 2010-2011, presso la Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Firenze. Le pagine indicate in parentesi nel testo si riferiscono al volume di G. VISENTINI, *Etica e affari*, consultato in bozza.

Etica e diritto degli affari, perché Visentini si colloca «nella prospettiva del giurista impegnato a discutere del diritto positivo», si pone cioè il «problema dell'etica sotto il profilo della definizione della norma, per decidere soluzioni operative; sotto il profilo della elaborazione del diritto in genere e del diritto commerciale del nostro Paese» (p. 52).

Ma poi l'autore – riprendo ancora Sue affermazioni – «si arrangia» con la storia, «per compiere con coscienza il suo compito di interprete» (p. 90), e come «persona di cultura», senza esser «dedito a queste materie», si occupa pure di teoria generale e di filosofia (p. 199). Del che danno riscontro le *Lezioni di teoria generale del diritto*, tenute alla Luiss negli anni Novanta del secolo scorso.

Da tali premesse scaturisce una raccolta di scritti che «è tutto un contrappunto di tecnica giuridica e di motivi culturali e filosofici», come rileva in prefazione Gaetano Carcaterra (p. XIII). Una sintesi non comune dunque, che può rendere la lettura – la mia certamente lo è stata – coinvolgente e impegnativa al tempo stesso.

Etica senza diritto?

Se dunque il collegamento su cui s'incentra il libro è tra etica e diritto, che cosa ne è – mi sono chiesto – dell'etica senza diritto? Il titolo del saggio di apertura formula, con parole diverse, lo stesso interrogativo: «L'etica degli affari è strumento di autoregolamentazione?».

La risposta è netta: «i codici etici, possono avere particolare importanza nella pratica come strumenti di autoregolamentazione. Ma questa funzione possono avere in quanto siano assunti dal diritto attraverso il contratto o in qualche altra forma che li renda diritto» (p. 22). Ad esempio, attraverso la tecnica delle clausole generali quei medesimi codici possono riempire di contenuto il criterio della diligenza nell'ambito del giudizio di responsabilità civile (p. 36).

Di contro l'etica, da sola, senza azionabilità giuridica (p. 27), è soltanto un «impegno debole» (p. 23), che non fa i conti con la fragilità umana (p. 256): la «buona volontà può anche, forse, rivelarsi sufficiente quando le cose vanno bene, ma al momento della crisi è umano tentare di sfuggire dal fallimento dell'iniziativa rinviando il conto anche attraverso sotterfugi; ed il rinvio danneggia tutti quando la crisi si rivela irreversibile» (p. 27). Difficile negare: l'umana debolezza, voglio dire. Ed innegabile è pure l'incidenza della cultura di un Paese sull'etica della legalità (p. 24).

L'etica dunque non può sostituire, né può arrivare lì dove arriva il diritto, per quanto fallimentare possa essere il bilancio sotto il profilo dell'effettività della *regula iuris*. Sono sin troppo noti i dati statistici che purtroppo documentano la profonda crisi di legalità in cui si dibatte l'Italia.

Etica senza diritto? La sensazione che si può avere – e mi sembra anche questo un dato agevolmente riscontrabile nell'esperienza di questi ultimi anni – è di essere invasi e pervasi dall'etica, appunto da codici etici e di

condotta, decaloghi interminabili, infarciti di nobili principi: «Quante belle pagine leggiamo che espongono i principi etici ma che, sprovviste di esempi d'applicazione e di regole specifiche di comportamento per ottenere i risultati conformi ai principi predicati, lasciano disilluso il lettore esigente?» (p. 267). È questa la domanda disincantata e retorica insieme che il Professore si pone, non senza suggerire un criterio stringente per smascherare i casi in cui i codici etici si riducono a «parvenza», a «mero schermo»: «È sufficiente accertare se per i comportamenti scorretti vi è la previsione di serie sanzioni, accompagnate da strumenti organizzativi appropriati a renderne effettiva l'applicazione» (p. 36).

Dubbi sull'etica, ma anche sul diritto, esprimeva Guido Rossi nel suo *Il conflitto epidemico*: «Nati per ovviare all'impotenza di norme facilmente aggirabili, i codici di *best practice* hanno sinora rivelato, oltre alla capacità di riprodursi all'infinito, un'inefficienza talmente vistosa da suggerire che alle loro disposizioni più importanti venisse data forza di legge. [...] Quanto ai codici di comportamento e ai codici etici, la loro efficacia dipende solo dall'etica di coloro che li devono applicare»². E sul diritto scriveva ancora Rossi: «Le leggi sono efficaci fino in fondo solo se dettate in una comunità, al cui interno la loro accettazione sia accompagnata da un consenso che riguarda altri ambiti del controllo sociale e del vivere civili, esterni alle sfere del diritto»³.

Visentini, in uno dei saggi, critica Rossi, addebitandogli di non prendere posizione, di lasciare il lettore «solo a riflettere sull'avidità del denaro» (p. 185), senza alcuna proposta. Ed in effetti il lettore è lasciato solo ad un bivio. Anche se – ritengo – riflettere davvero sull'avidità del denaro, in chiave storica (Giuda) e pensando all'oggi, sarebbe tutt'altro che superfluo.

Ad ogni modo, dei due autori, l'uno avverte i limiti tanto dell'etica che del diritto; l'altro, valorizzando il fattore etico, punta ancora sulle «risorse del discorso giuridico»⁴.

Il diritto – direi – è necessario, ma non sufficiente, perché «è solo un aspetto, un momento della civiltà che non può da solo operare il miglioramento degli uomini, l'evoluzione ad un grado superiore di vita morale e politica. Occorre che i valori umani, sociali, etici, che la norma giuridica intende presidiare, penetrino nella coscienza di ognuno»⁵.

D'altra parte il diritto rimane insopprimibile, specie per governare l'economia: «il rispetto del mercato non è cosa che avviene spontaneamente per virtù della sola "mano invisibile"; la mano invisibile va guidata da una regolamentazione che si è fatta sempre più sofisticata, e la cui presenza ed efficacia è condizione di democrazia» (p. 196). In termini conformi si è espresso pure il magistero

² G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Adelphi, Milano 2003, p. 168.

³ *Ibid.*, p. 97.

⁴ Per esprimersi con le parole di P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Riv. di dir. civ.*, I/1995, pp. 43 ss.

⁵ A. TORRENTE, *La moderna evoluzione del diritto dell'uomo*, in *Giust. civ.*, IV/1963, p. 196.

sociale della Chiesa: l'economia di mercato non può andare disgiunta da «un solido contesto giuridico»⁶.

L'etica del diritto è nella qualità delle sue tecniche

«Nello Stato moderno il diritto è laico e perciò è concettualmente e tecnicamente separato dall'etica, ovvero dalle concezioni etiche che pratica la società» (p. 52)⁷. Ma separazione non vuol dire indifferenza – è la tesi di Gustavo Visentini. Anzi: «il diritto è impregnato di etica: è generato e alimentato dall'etica» (p. 53). «L'etica, prima che strumento di autoregolamentazione, è determinante nella formazione della legge, e poi nell'applicazione del diritto» (p. 17).

Se ci soffermiamo su questo aspetto, che mi sembra centrale, si può cogliere in tutta la sua complessità e concretezza il fenomeno giuridico. Il professor Visentini – e mi pare un'avvertenza preziosa per me docente di diritto, e pure per gli studenti – trae dall'astrattezza quei concetti – come legislatore o come persona giuridica (pp. 105 ss.) – di cui i giuristi si servono, a volte convincendosi persino «che essi esprimano in sé qualcosa di vivente e di concreto»⁸.

Per Visentini il legislatore è sì un'entità astratta (pp. 18, 238), che però si chiarisce e si vivifica in tutta una serie di indicazioni concrete. Per esempio: «La scarsa elaborazione delle relazioni di accompagnamento della legge, la loro tardiva pubblicazione rispetto ai progetti e i disegni di legge, lo scostarsi del predicato rispetto al disposto, sono seri indici di carenze etiche. È importante che il procedimento legislativo sia ben svolto per assicurare, attraverso il dialogo approfondito, la maturazione della legislazione secondo sensibilità etica» (p. 21).

Ma fermarsi al formante normativo significherebbe avere una visione del diritto senz'altro riduttiva: «anche se il diritto dipende dalla legge, ma non ne resta assorbito» (p. 237); «è la vicenda processuale che concreta il diritto» (p. 230), e quindi: «È l'istituzione del processo che costringe le parti ad argomentare, a partire dall'esperienza passata (la norma), la soluzione del nuovo caso, che il giudice definisce nella sentenza, così disponendo dell'impiego della forza».

⁶ «Se con "capitalismo" si indica un sistema economico che riconosce il ruolo fondamentale e positivo dell'impresa, del mercato, della proprietà privata e della conseguente responsabilità per i mezzi di produzione, della libera creatività umana nel settore dell'economia, la risposta è certamente positiva, anche se forse sarebbe più appropriato parlare di 'economia d'impresa', o di 'economia di mercato', o semplicemente di 'economia libera'. Ma se con 'capitalismo' si intende un sistema in cui la libertà nel settore dell'economia non è inquadrata in un solido contesto giuridico che la metta al servizio della libertà umana integrale e la consideri come una particolare dimensione di questa libertà, il cui centro è etico e religioso, allora la risposta è decisamente negativa»: così l'Enciclica *Centesimus annus*, n. 42.

⁷ D. ANTISERI, *Laicità. Le sue radici, le sue ragioni*, Rubbettino, Roma 2010.

⁸ «Ma il legislatore non è altro che la sintesi complessa e senza volto delle forze che hanno il potere», scrive G. COTTINO, *Diritto commerciale*, CEDAM, Padova 1986, I, 2, pp. 41, 45), a giudizio del quale «Il secolo Ventesimo è il secolo della maturazione del capitalismo. L'Ordinamento giuridico riflette fedelmente le linee di tendenza dell'Ordinamento economico».

L'idea etica per il diritto risiede dunque nelle sue tecniche (pp. 244, 252). Da qui una definizione: «Il diritto è la tecnica che assoggetta l'impiego della forza dello Stato alla razionalità dell'argomentazione nella legge e nella sentenza». E un corollario: «la qualità del diritto, nei rapporti privati e con l'amministrazione, dipende dalla qualità della legge e del processo giurisdizionale: la sentenza è giusta, la legge è giusta, se sono giuste le procedure» (pp. 17 s., 53, 55, 245).

Da questo punto di vista il giudizio sul nostro Paese è tutt'altro che lusinghiero. Quanto scadente – ahimè – sia il livello di cultura lo si trova illustrato in più pagine del libro (pp. 55 ss., 246 ss.). Con una conclusione sconcertante – «Davvero è insufficiente il grado di eticità del nostro legislatore» (p. 19) – e numerosi esempi riferiti a fonti anche recenti del diritto commerciale, come la legge sulle Sim o la riforma del diritto societario ed altre (pp. 20, 55, 197). Pensando alla più stretta attualità, a me è venuto in mente il dibattito politico fatto di pressoché costanti quanto sterili invettive, quasi mai condotto sul filo delle ragioni⁹.

Anche la valutazione del diritto nel suo farsi “vivente” lascia tracce in diverse pagine di *Etica e affari*, lì dove si trova evidenziata, con la consueta puntualità, tutta una serie di «carenze etiche» (p. 21) “del” e “nel” processo (pp. 231 ss., 248 ss.).

Cionondimeno, Visentini non assume posizioni rinunziatarie; non crede all'etica senza il diritto e neppure alla deriva nichilista, «che è la posizione di chi nega i valori, innanzitutto i propri» (p. 224). E poiché non crede «al destino ineluttabile delle cose umane», e reputa non sbagliate le istituzioni liberali, ne deduce che «il loro degrado, che significa il degrado dei valori da esse impersonate, è tutt'altro che irreparabile, purché si sappia lavorare su quelli che possono apparire dettagli tecnici. Invece che affidarci all'etica come alternativa ai sistemi giuridici dichiarati obsoleti, dedichiamoci con impegno alla politica per ricostruire il diritto secondo l'etica della solidarietà» (p. 252 s.).

Etica codificata: alcuni limiti

Se dunque l'etica è quella giuridica, l'etica codificata (pp. 10, 17), compresa quella voluta e negoziata dalle parti (p. 36), e se poi il diritto continua ad esser prodotto dallo Stato democratico ed applicato nel processo, inevitabile è un cenno al tornante della storia che stiamo attraversando, e che sta ridisegnando i confini territoriali su scala globale, spingendo il diritto in uno spazio che va ben oltre lo Stato nazionale, come ammette lo stesso autore (p. 202)¹⁰.

⁹ Sempre per stare alla cronaca, richiamerei l'editoriale già loquace nel titolo di M. AINIS, *La bonaccia delle Antille. Tante proposte, poche leggi*, in *Corriere della Sera*, 25 maggio 2011, p. 1.

¹⁰ Detto con le eleganti parole di N. IRTI, *Le nuove regole contro la crisi*, in *Corriere della Sera*, 4 marzo 2009, p. 41: «La crisi è mondiale, e il mondo, della produzione e degli scambi, dell'economia reale e della finanza, non combacia più con il territorio dei singoli Stati. Si è

E d'altra parte il diritto, solitamente definito come «insieme di regole per dirimere i conflitti entro la società», non può non esser pensato¹¹ anche nella sua funzione pianificatrice, come strumento di conformazione e trasformazione della società.

Si consideri inoltre il c.d. diritto “muto”¹² e, più in generale, il diritto che si applica “fuori” e “prima” del processo. Un dato anche questo tutt'altro che trascurabile, benché – con Visentini – si può avvertire il rischio che l'«esercizio di potere sottratto al processo non crea nella società l'ordine del diritto, ma dell'arbitrio» (p. 201).

A proposito della sistemazione stragiudiziale dei rapporti economici e sociali si può richiamare una novità legislativa a tutti ben nota: mi riferisco alla mediazione obbligatoria che, proprio per deflazionare il processo civile, vorrebbe favorire la composizione degli interessi privati (aventi natura di diritti disponibili) che non necessariamente è conforme e rispondente alle regole del diritto, sol che tale risultato sia voluto dalle parti e non contrasti con l'ordine pubblico e con norme imperative¹³. Un istituto proveniente da altre esperienze e che, non senza polemiche e resistenze e dubbi di legittimità costituzionale, è stato recepito dal nostro Ordinamento (d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28).

Concezione procedurale della verità e la “dimensione teologica” dei valori costituzionali

Se l'etica è (soltanto) quella della maggioranza e del processo, pur passata al vaglio della procedura di ricerca del diritto e della norma che, per Visentini, è l'argomentazione razionale, le «radici» (p. 268) ultime del diritto, che il legislatore dovrebbe approfondire, sono ricondotte dal Professore al «costume etico della società» (p. 268): «Nella sostanza delle cose è nel costume della società che si dispiega l'etica» (p. 270); «è nei costumi che troviamo l'etica della società», quindi è «la storia la fonte più sicura dei contenuti etici fondamentali condivisi» (p. 12). Del resto, l'etimologia delle parole è in tal senso: *ethos*, dal greco, sta per costumi ed egualmente il latino *mos*, da cui *moralis* (p. 8).

Riecheggia in queste parole la *Prima lezione di diritto* di Paolo Grossi, secondo il quale «referente necessario del diritto è soltanto la società», che attinge «allo strato di valori di una comunità», «valori che la coscienza collettiva avverte», «valori correnti» cui rinvia la stessa Carta costituzionale¹⁴.

rotta la coincidenza territoriale fra politica diritto e economia, e, mentre le prime due forze si sciolgono a fatica dal vincolo di luoghi, l'ultima è indefinita e sconfinante».

¹¹ Come esorta a fare F. GALGANO, *Tutto il rovescio del diritto*, in *Contratto e imp.*, 3/2007, p. 873 s.

¹² R. SACCO, *Il diritto muto*, in *Riv. dir. civ.*, I/1993, pp. 698 ss.

¹³ Per qualche riscontro sul punto, tra molti contributi, cfr. A. IANNINI, *Guida alla nuova mediazione e conciliazione*, Nuova Giuridica, Matelica 2010, p. 15.

¹⁴ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Bari-Roma 2003, pp. 15 ss., 29, 32, 85, 90.

Connotato imprescindibile ed insopprimibile, il pluralismo etico emerge dal fluire della storia (pp. 6, 10, 52): «Il relativismo dell'etica secondo i tempi ed i luoghi è nell'esperienza storica» (p. 217). Orbene, in un contesto di tolleranza non può che albergare la libertà etica.

Anche in prospettiva cristiana – annoto di passata – l'uomo è libero, checché ne pensi qualche laicista, di accogliere o meno l'annuncio salvifico.

Ma un tal genere di prospettiva rimane fuori dal discorso di Visentini che alla domanda su quale sia il «vero valore etico» (p. 11), molto chiaramente risponde: «L'idea del giusto è affidata alle tecniche»; tecniche istituzionali «di formazione, di definizione, di attuazione del diritto» (p. 210). «Il giusto va trovato nel dialogo, del processo e delle procedure democratiche» (p. 243).

Sfuma in tal modo ogni riferimento ad una verità precostituita che accompagni la formazione del diritto, di cui parla ad esempio Jurgen Habermas. Ogni verità stabilita *ex ante* è surrogata dal ragionamento, dalle ragioni che ciascuno, secondo la sua cultura, è in grado di portare sia nel farsi del diritto che nel processo che lo applica. Quella di Visentini è insomma «una concezione procedurale della verità, nel senso che la "verità" viene definita con riferimento non all'essere in sé delle cose ma alle procedure di ricerca del pensiero» (G. Carcaterra p. xviii).

Si comprende allora come il Nostro, quando – raramente – richiama la Costituzione italiana del 1948, lo faccia ancora in chiave procedurale, per sottolineare come essa accolga il modello democratico (p. 245), piuttosto che per evocarne la visione personalistica che ne è alla base e che la innerva sin dall'art. 2 sui «diritti inviolabili dell'uomo» (su cui si veda comunque p. 202).

E proprio in tale concezione personalistica e comunitaria (per rifarsi anche all'art. 3, comma 2, della Carta repubblicana) è stato ravvisato un «principio di desecolarizzazione» del diritto. Non però in antitesi al sacro, bensì nel senso di quel che si è verificato con le costituzioni «lunghe», da Weimar fino alla Carta di Nizza¹⁵; nel senso cioè di «valori individuati (selettivamente) dalla Costituzione formale dello Stato», «criteri assiologici di legittimità delle leggi ordinarie e degli atti di applicazione di esse non più l'umbratile 'diritto degli dei' invocato da Antigone [...] né il diritto rivelato dal Dio cristiano, e nemmeno l'immutabile diritto di ragione che la fede razionalistica dei secoli XVII e XVIII riteneva deducibile dalla natura dell'uomo». Ossia: «punti di vista storicamente condizionati, segnati dalla temporalità, i quali valgono nella misura del consenso che riescono a guadagnare e si affermano attraverso la lotta tra le visioni del mondo elaborate dalle organizzazioni sociali che si affrontano nella società pluralistica»; «valori meta positivi» che, per inverarsi nella realtà normativa

¹⁵ P. PAPANTI-PELLETIER, *I fondamenti del diritto civile europeo*, in *Arch. Giur.*, 2/2009, pp. 161 ss., vi rinviene l'affermazione solenne di valori, essenzialmente fondati sulla dottrina cristiana, condivisi dagli Stati membri e con i quali dovranno confrontarsi tutti quei Paesi, di diversa tradizione, che aspirano ad entrare nell'Unione europea».

«hanno bisogno della mediazione razionalizzatrice del legislatore positivo»; valori «posti dalla cultura del *saeculum*», «frutto di interpretazioni del mondo radicate esclusivamente nell'antropologia, in una visione della vita aliena dal senso di futilità cosmica dell'uomo». Valori «assunti come dimensione teologica di un Ordinamento che non intende limitarsi a un semplice ruolo ricognitivo di diritti soggettivi». Insomma: «un Ordinamento che rinuncia a legittimarsi esclusivamente in base alla propria razionalità formale e accetta di sottomettere i contenuti al controllo di valori extrasistematici»; una desecolarizzazione in senso debole quindi, «toccata dall'ambiguità di una società di transizione, nella quale i tentativi di coprire il posto lasciato vacante dal Dio dileguato [...] non riescono ad allontanare la domanda inquietante: 'Non andiamo forse errando come in un infinito nulla'»¹⁶.

Etica fondamentale ed etica applicata, etica sociale ed etica della vita

Vero che molti di quei valori racchiudono un tasso di genericità tale da poter essere declinati in più direzioni, mentre – concordo con Visentini – oggi il «problema etico è meno nel riconoscimento dei valori, che più facilmente sono accettati, che nella regolamentazione che li compone secondo priorità. Infatti il problema etico è proprio nel dilemma che all'azione pratica solleva la scelta in presenza di conflitto di valori. La guerra è morte, la guerra al terrorismo è difesa di valori, ma è anche morte di innocenti: quale è la giusta guerra» (p. 9 s., ma v. anche pp. 214 e 218 s.). L'epoca attuale in effetti ci pone di fronte a «scelte tragiche»¹⁷ tra valori di pari rango e rilevanza.

Però, a ben vedere, anche tra i principi morali, al livello cioè dell'etica fondamentale (p. 266), non tutto è condiviso ed acquisito. Anzi. Si consideri il diritto alla vita, su cui significativamente incide il progresso scientifico e tecnologico e che, per quanto (apparentemente) lontano dal diritto degli affari¹⁸, è in più passaggi evocato dallo stesso Visentini (pp. 207, 214, 218, 237), che a un certo punto incalza: «è facile concordare sul diritto alla vita; ma l'aborto?» (p. 266).

Orbene, proprio il diritto alla vita dà luogo a divergenze nette già sul piano dei valori morali di riferimento. Ha ragione il filosofo Maurizio Mori quando sostiene che oggi si contrappongono frontalmente due diverse concezioni, una

¹⁶ COSÌ L. MENGONI - C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, in *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, a cura di L. LOMBARDI VALLAURI - G. DILCHER, Giuffrè, MILANO 1981, p. 1196 s. Ed ancora L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Persona e mercato*, a cura di G. VETTORI, Padova 1996, p. 39.

¹⁷ Alludo, ovviamente, al libro di G. CALABRESI - P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano 2006.

¹⁸ Sul «forte» legame, «che non può essere in alcun modo disgiunto», tra etica sociale ed etica della vita insiste l'ultima enciclica sociale, la *Caritas in Veritate*: si vedano tra gli altri i numeri 15 e 28.

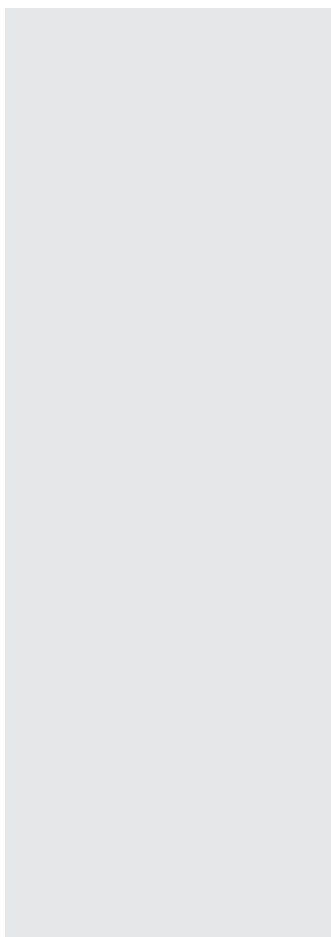
preoccupata di garantire in modo sempre più accentuato la "qualità della vita", l'altra ancorata invece al principio tradizionale della "sacralità della vita"¹⁹.

Ed è questa una delle sfide, se non "la" sfida, che a mio avviso attende l'uomo contemporaneo. Da qui (non) può (non) passare la maturazione culturale in grado di elevare il livello etico tanto nella produzione che nell'applicazione del diritto, anche europeo²⁰.

¹⁹ M. MORI, *La fecondazione artificiale*, Laterza, Roma-Bari 1995, pp. 86 ss., 106.

²⁰ A quest'ultimo proposito mi permetto di segnalare una riflessione congiunta di M. MONETTI - A. BUCCELLI, *Natura, cultura ed etica nel diritto europeo della famiglia. Un filosofo e un giurista a confronto*, in *Rass. dir. Civ.*, 3/2010, pp. 759 ss.

APPROFONDIMENTI



Il danno alla salute

Supplenza e sistema nella recente giurisprudenza di Cassazione

Giovanni Comandè

Una premessa: il procedere per tentativi

Scriveva Luigi Mengoni nel 1976¹ del difficile rapporto tra “sistema” e singoli nuovi “problemi” che questo deve affrontare e risolvere. Invero, capita spesso che i problemi “nuovi” siano presenti e latenti nel “sistema” fintanto che questo “decide” di accorgersene e il problema della vita reale diventa un “problema” per il sistema se non è in grado di offrirvi risposta. Le ragioni per cui ciò succede in un dato momento storico sono spesso frutto di formanti metagiuridici, ma le implicazioni teoriche e pratiche sono squisitamente giuridiche. Di frequente le ragioni metagiuridiche sono internalizzate nel ragionamento giuridico vuoi con il loro ancoraggio ai dati economici o a dati di fatto, vuoi con il riferimento elastico ai principi costituzionali. Ne consegue, a valle di numerosi tentativi di (ri)costruire il sistema, un sistema nuovo costruito sul vecchio e che riconduce nel nuovo paradigma le necessarie eccezioni al precedente. Ne conseguono anche decisioni a volte dall'apparenza incoerente o dalle motivazioni forzate che solo una attenta lettura storica e sistematica riconduce agevolmente a sistema.

Il procedere per tentativi e il succedersi di paradigmi risarcitori nel danno alla persona

È successo per il danno alla persona con il danno alla salute che ha imposto un cambio nel paradigma risarcitorio a partire dagli anni Settanta del secolo scorso in cui le diverse figure come il danno alla vita di relazione o alla capacità lavorativa generica, tentativi di ovviare ai limiti del “sistema” che identificava il danno alla persona nel lucro cessante, vennero ricondotte nel nuovo paradigma risarcitorio con al centro il danno alla salute. Se mi si passa la metafora i tentativi di dare soluzione ai problemi preesistenti (vedi la liquidazione del danno a pensionati o minori), rivelatisi come inaccettabili in un nuovo contesto giuridico (Costituzione del 1948) e metagiuridico (si pensi al contesto socioeconomico, culturale e politico del tempo), rappresentavano i tentativi di ovviare con eccezioni alla regola (tolemaica) della centralità del lucro cessante e che per ciò stesso ne erodevano la portata. Superata la concezione tolemaica, mettendo al centro la persona e la sua salute (concezione copernicana per

¹ L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus.*, 1976, pp. 3 ss.

continuare la metafora) le eccezioni non servono più fin tanto che il sistema non inizia a farsi carico di “nuovi problemi” che non riesce a risolvere neppure con la nuova concezione. È successo sempre per il danno alla persona, quando il tentativo di allargare la portata del danno alla salute per abbracciare altre epifanie di danno non patrimoniale hanno fatto emergere figure extravaganti come il danno esistenziale fino al “nuovo” paradigma che ha ricostruito l’unità del danno non patrimoniale sotto le insegne dell’art. 2059 (vedi sentenze gemelle del 2003 e poi le Sez. un. dell’11 novembre 2008).

Sta succedendo, sempre per il danno alla persona, in questo 2011 con gli interventi, solo in apparenza disordinati, della III Sez. civile nella seconda metà dell’anno in tema di criteri di liquidazione e valutazione equitativa ancorata al criterio di eguaglianza.

Il riferimento principale va alla sentenza Cass. 7 giugno 2011, n. 12408 ed alla parziale correzione di rotta con la Cass. 30 giugno 2011, n. 14402 che hanno in apparenza riavviato l’agenda della riforma del danno alla persona secondo una linea di coerenza tracciabile a ritroso almeno fino ai primi anni Novanta del secolo scorso.

Andiamo per gradi: «Nella perdurante mancanza di riferimenti normativi [...] considerato che il legislatore ha già espresso [...] la chiara opzione per una tabella unica da applicare su tutto il territorio nazionale, la Corte di Cassazione ritiene che sia suo specifico compito, al fine di garantire l’uniforme interpretazione del diritto [...] fornire ai giudici di merito l’indicazione di un unico valore medio di riferimento da porre a base del risarcimento del danno alla persona, quale che sia la latitudine in cui si radica la controversia».

Il punto importante della decisione non è la scelta delle tabelle milanesi (discutibile sotto diversi profili) come parametro unificante né le ragioni della loro scelta. Il punto importante è quello di un diritto giurisprudenziale, come sostanzialmente è sempre stato quello del danno alla persona, che si dimostra capace di regolare per tentativi un settore assai problematico, senza invasioni di campo sugli altri poteri e con pragmatica sistematicità (cfr. *infra*). Mantenere la coerenza nel corso degli anni, con il numero di sentenze che produce (spaventosamente sproporzionato rispetto alle sorelle Corti supreme nel mondo), con il variare dei giudici nelle sezioni non è impresa facile.

La Cass. n. 12408/2011 almeno ci prova e su diversi punti ci riesce.

Il primo elemento di coerenza è quella con il passato non proprio recente. Il punto 3.2.2. della decisione parte dalla premessa che sin dal 1993 (*ex plurimis* sent. n. 357) ha legato la liquidazione del danno alla salute al criterio equitativo di cui all’art. 2056 e art. 1226 c.c. ancorandolo all’obbligo di motivazione, e *in primis* della scelta della tabella e delle modalità di applicazione al caso concreto. In coerenza, per la Corte del 2011 la decisione di merito è insindacabile in sede di legittimità ove il giudice «dia l’indicazione di congrue, anche se sommarie, ragioni del processo logico seguito» mentre «essa è invece censurabile se sia stato liquidato un importo manifestamente simbolico o non correlato alla

effettiva natura o entità del danno; o quando nella sentenza di merito non si dia conto del criterio utilizzato, o la relativa valutazione risulti incongrua rispetto al caso concreto, o la determinazione del danno sia palesemente sproporzionata per difetto o per eccesso». Per la verità, la sentenza n. 12408 esplicitava la ricorribilità della decisione per vizio di legge (ex art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c.) in modo non chiaro piuttosto che per difetto di motivazione (ex art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c.) come invero la motivazione pareva suggerire e come ha indicato la sentenza n. 14402 secondo cui sarebbe ricorribile per vizio di motivazione la sentenza «quando non si dia conto delle ragioni di preferenza assegnata a una liquidazione che, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, risulti sproporzionata rispetto a quella a cui si perviene mediante l'adozione dei parametri esibiti dalle tabelle di Milano».

La ricerca dell'equità e la non supplenza del Supremo Collegio

Ribaditi questi punti in linea con il passato gli Ermellini si concentrano sull'ultimo mattone, in ordine di tempo, di costruzione della casa comune del danno alla persona per i tribunali nazionali: la comune base di equità poiché «il controllo in sede di legittimità del giudizio equitativo esige che preliminarmente si stabilisca quale sia la nozione di 'equità' recepita dall'Ordinamento nell'art. 1226 c.c.».

La ricerca della cifra dell'equità dell'art. 1226 c.c. è la stessa che aveva condotto quasi vent'anni fa a legittimare l'uso delle tabelle come referenziali indicativi e di motivazione succinta dei parametri normalmente usati per apprezzare il danno.

Nelle parole del Supremo Collegio «equità in definitiva, non vuol dire soltanto 'regola del caso concreto', ma anche 'parità di trattamento'». «All'uniformità di base del risarcimento» è necessario che si «associno ampi poteri equitativi del giudice eventualmente entro limiti minimi e massimi, necessari al fine di adattare la misura del risarcimento alle circostanze del caso concreto» (una sorta di principio di adeguatezza e proporzione, di uniformità di base e adeguamento al caso concreto).

È così che, per la Corte, il rispetto del principio di adeguatezza e di proporzione impone la definizione di un parametro uniforme di liquidazione da adeguare al caso concreto. Fin qui, di solito il Supremo Collegio si era limitato ad attendere il legislatore, dandogli le dritte e aspettando paziente la sua azione. Con la sentenza in commento, sono rotti gli indugi e l'agenda (del completamento) della riforma del danno alla persona avviata quasi 40 anni fa viene riaperta e ancorata all'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario, alla regola che impone alla Corte di cassazione il preciso dovere di garantire «l'uniforme interpretazione della legge» e «l'unità del diritto oggettivo nazionale» agganciandolo all'art. 32 della Costituzione. Se il giudizio equitativo è sindacabile ove «sproporzionato» la Corte deve dare la misura della proporzione.

In questa direzione il Supremo Collegio taglia una serie di nodi gordiani in una prospettiva di sistema.

Se da un lato dice no all'applicazione analogica della disciplina dei sinistri stradali (artt. 138 e 139 c. ass. priv.) per la quantificazione del danno alla salute fuori dal suo settore di riferimento, dall'altro ancora alle Sez. un. del 2008 la applicazione concreta della liquidazione del danno per le micro permanenti, limitando il risarcimento «per tutti i pregiudizi areddituali che derivano da lesione del diritto alla salute, entro i limiti stabiliti dalla legge mediante il rinvio al decreto annualmente emanato... salvo l'aumento da parte del giudice» ai sensi dell'art. 139 comma 5 del Codice delle assicurazioni private.

Per scegliere le tabelle milanesi la Corte muove da alcune premesse lineari che però coerenza avrebbe voluto applicate alle stesse tabelle milanesi. Se il sistema delle Corti di merito ha sviluppato “divergenti applicazioni del concetto di equità” la Corte deve scegliere “tra i tanti concretamente adottati” giacché essi si pongono «su un piano di pari dignità concettuale e [...] costituiscono il frutto degli spontanei, lodevoli e spesso assai faticosi sforzi dei giudici di merito volti al perseguimento degli stessi scopi che si intende ora realizzare sul piano nazionale».

Fare la media tra i criteri (leggi i valori monetari e le loro radici) sarebbe arbitrario perché l'operazione sarebbe fatta non conoscendo i valori originari, né il numero esatto dei precedenti, e quindi mancherebbero i relativi pesi ponderali. Del resto, se i valori sono in astratto ponderabili, così non è per i criteri di costruzione delle tabelle che possono essere anche molto diversi.

Ed allora, non volendo inventare e contrapporre una sua tabella, ragiona il Supremo Collegio, e visto che «al di là delle diversità delle condizioni economiche e sociali dei diversi contesti territoriali» ben 60 tribunali «hanno posto a base del calcolo medio i valori del danno alla persona adottati per la liquidazione dal Tribunale di Milano... Essi costituiranno d'ora innanzi, per la giurisprudenza di questa Corte, il valore da ritenersi 'equo', e cioè quello in grado di garantire la parità di trattamento e da applicare in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad aumentarne o ridurne l'entità».

La scelta pesante e coraggiosa ad un tempo non è scevra da rischi anche seri. Non è tanto il pericolo di un'alluvione di ricorsi, cui il Supremo Collegio ha pensato esplicitando i criteri di ammissibilità del ricorso, quanto un problema di tenuta della casa comune. Una volta costruita, infatti, la casa ha bisogno di manutenzione (aggiornamenti annuali) e di lavori straordinari (come è avvenuto nel 2008 e nel 2003). Quali le modalità per operare le scelte in un grande condominio di tribunali? O le tabelle milanesi restano congelate fino a data da destinarsi. E poi quali tabelle milanesi? Se è vero che più di 60 tribunali nazionali avevano adottato i parametri nazionali è anche vero che alcuni tribunali sono rimasti alle vecchie tabelle e non seguono gli aggiornamenti post 2009 proprio perché non accettano la prospettiva unitaria di queste ultime (es. Trib. Roma). Inoltre, sarà sufficiente a fare da filtro il richiedere, come fa

la Corte, l'allegazione delle tabelle in sede di gravame perché la decisione di appello sia ricorribile per Cassazione? O si deve ritenere che la conoscenza delle tabelle milanesi sia un fatto notorio.

Questi, e molti altri interrogativi aperti segnalano che il processo di mutamento di paradigma in punto di liquidazione è un processo avviato che richiede ancora una serie di passaggi di consolidamento e di coinvolgimento della avvocatura, delle Corti di merito ed una dottrina sensibile alle implicazioni pratiche dei processi di costruzione del sistema nel susseguirsi dei tentativi. In caso contrario le due sentenze rondini non annunceranno una primavera ma solo un'indicazione di rotta.

In questo quadro di fisiologica evoluzione del sistema e non di supplenza di un legislatore sonnacchioso e smemorato uno dei punti più delicati è proprio il rapporto con quest'ultimo.

Mai prima di ora infatti, nei numerosi interventi della Corte Costituzionale e degli Ermellini una suprema magistratura si era spinta nel dare concretezza numerica al contenuto minimo del risarcimento del danno come ha fatto con la sentenza n. 12408 costringendo in futuro sia il legislatore che il giudice delle leggi a relazionarsi con questo nuovo elemento.

Ancora in tema di non supplenza e di rapporti con il legislatore

Post hoc propter hoc, verrebbe da dire. Ad agosto il nostro legislatore delegato ha inviato per il relativo parere lo schema di regolamento recante tabella delle menomazioni all'integrità psicofisica comprese tra 10 e 100 punti di invalidità, ai sensi dell'art. 138 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 2, proponendo (finalmente) l'adozione di una tabella unica nazionale per i profili di apprezzamento medico legale e dei valori monetari. L'esigenza, almeno di settore, è la medesima del Supremo Collegio perché intende eliminare odiose e ingiustificate disparità di trattamento. Ed il legame con la giurisprudenza non è sfuggito al Consiglio di Stato che nel rendere il suo parere (n. 4209 del 17 novembre 2011) sul regolamento segnala come «tale esigenza appare sicuramente condivisibile e coerente con le esigenze ordinamentali di parità di trattamento tra situazioni analoghe, nonché in linea con i più recenti arresti giurisprudenziali della Corte di Cassazione, la quale ha avuto modo di affermare che la liquidazione del danno non patrimoniale alla persona da lesione all'integrità psicofisica presuppone l'adozione da parte di tutti i giudici di merito di parametri di valutazione uniformi» (Cass., Sez. III, 7 giugno 2011, n. 12408).

Gli intenti dichiarati dal legislatore sono encomiabili: il legislatore apre considerando che la diversità di valutazione tra i tribunali «comportava un'ingiustificata disparità di trattamento a svantaggio dei danneggiati da sinistri avvenuti nelle circoscrizioni di quei Tribunali osservanti criteri di quantificazione oltremodo ristretti. In altri termini, a parità di danno, l'ammontare del risarcimento variava sensibilmente da regione a regione (finanche da città a

città), al di fuori di ogni canone di ragionevolezza e quindi in violazione del principio di uguaglianza». Ben detto, anche se il decreto viene dopo Cass. n. 12408/2011 che ha risolto il problema uniformando, e per tutte le materie, il risarcimento sui valori milanesi. Ben detto, anche se il superamento delle denunciate ineguaglianze viene fatto con una massiccia diminuzione (*Tagliati i risarcimenti delle assicurazioni, dal 40% alla metà in meno rispetto alla prassi*: così titola *Il Sole24Ore* del 4 agosto u.s.) del *quantum* in tabella per tutti. Dichiaratamente, del resto, «come dato economico di base» il decreto «considera sempre il valore previsto dall'art. 139 del Codice per il primo punto di invalidità all'età zero (€ 674,78 rivalutato al 2005)» (*sic*). Andrebbe verificato se realmente il valore monetario scelto sia superiore a quello medio di almeno un tribunale visto che viene annunciato come valore medio, e che più di 60 tribunali nazionali avevano adottato già prima del giugno 2011 la tabella milanese.

La tabella unica nazionale, adottata ai sensi dell'art. 138 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (C. ass. priv.), soprattutto nella sua componente medico legale descrittiva delle menomazioni e delle loro conseguenze sullo stato di salute era pronta e... in cassetto ormai da anni. Dopo Cass. n. 12408/2011 che ha risolto il problema di disparità di trattamento livellando verso l'alto i risarcimenti, come per un risveglio da un sogno di mezza estate, vengono estratte dal cassetto le tabelle e presentato il disegno di legge. *Post hoc propter hoc*?

Molto di quanto essa contiene era acquisito con riferimento alle micro permanenti, ma aveva una ovvia valenza ulteriore in termini di razionalità sia per le macro sia per le altre materie. Coerentemente la tabella per le menomazioni di non minore entità riflette il linguaggio del decreto del 2003 per le c.d. micro permanenti. L'esempio più lampante sta nel controverso linguaggio relativo alle menomazioni plurime che derivava dal d.m. del luglio 2003 con il quale era stata approvata la tabella unica per le menomazioni del 19%. L'idea di base è quella di una liquidazione omnicomprensiva del danno alla salute, non quello di un sommatoria di singole menomazioni.

Il decreto però contiene anche innovazioni significative, forse dal sapore dell'apparente concessione alla componente "tutela del consumatore", immaginiamo leggendo la relazione sentita in fase di redazione. È il caso della "concessione" in tabella della risarcibilità del disturbo postraumatico da stress con un valore compreso tra il 10 e il 20%. Questa è una apertura apparente al danno alla salute strutturalmente di natura psicologica/psichiatrica.

Ma sarà vera gloria? Esso si distingue dalla personalizzazione chiarita dal poker delle Sez. un. del 2008 o con essa coincide? In apparenza no, visto che si avrebbe riguardo «esclusivamente ai danni conseguenti ad eventi traumatici, escludendo le patologie di origine organica».

Secondo i criteri ermeneutici tradizionali si possono sin da ora anticipare fiumi di inchiostro e di contenzioso nel cercare di stabilire se il legislatore la dove ha voluto ha parlato, e quindi nessuna altra epifania di danno esclusivamente

psichico può avere spazio, oppure se l'affermazione del legislatore vale apertura di principio che spiana la strada ad innovazioni.

E poi: chi saranno i “professionisti esperti” che dovranno fornire i “dati scientifici oggettivi” per la sua valutazione. I medici legali, alzano legittimamente la mano, ma si intravedono giustamente all'orizzonte schiere di psicologi e psichiatri delle diverse scuole legittimati a reclamare un ruolo decisivo. Del resto, l'uso della tabella deve essere riservato prioritariamente a medici specialisti in Medicina Legale o eventualmente a medici di comprovata esperienza medico legale nella valutazione del danno alla persona, essendo la motivazione elemento essenziale e qualificante del giudizio valutativo, al di là della mera indicazione numerica.

Se a ciò si aggiunge un'apprezzabile variabilità nelle forchette delle menomazioni è lecito attendersi una modifica strutturale del contenzioso a fronte di una sua attesa diminuzione.

Infine, nella costruzione della tabella monetaria il legislatore conferma che il valore «deve essere un importo crescente in misura più che proporzionale in relazione ad ogni punto percentuale di invalidità». Se però le modalità di costruzione ricalcano quelle della tabella per le micro il risultato non è raggiunto. Infatti, crescita più che proporzionale significa che se la crescita del valore del punto nel passaggio da un grado di invalidità di $X\%$ al successivo $(X+1)\%$ è pari a $y\%$, allora nel passaggio da $(X+1)\%$ ad $(X+2)\%$ l'incremento del valore del punto deve essere superiore a $y\%$. Beh, per le micro non è così, e ad occhio non sembra neppure per la tabella per le menomazioni comprese fra il 10 e il 100%. Provare per credere, il Consiglio di Stato nel rendere il suo parere lo ha fatto e... segnalato il problema.

Razionalità e (dis)parità di trattamento tra SC e Consiglio di Stato

Invero le tabelle allegate al d.l. presentano profili positivi e negativi diversi. Alcuni criteri radicati nella tabella delle menomazioni riflettono un principio di completezza. Il criterio dell'analogia per le menomazioni non tabellate, il criterio di adattamento dei valori alle preesistenze, il criterio di valutazione a riabilitazione completata in caso di protesi e tenendo conto di eventuali rinnovi (solo per fare alcuni esempi) presuppongono un sistema completo e aperto a nuove combinazioni di menomazioni e a nuove manifestazioni patologiche della salute. Il sistema cioè non rimane vincolato alle revisioni, pur previste, per incorporare le nuove acquisizioni scientifiche, ma è in grado di recepirle “giurisprudenzialmente”.

L'apertura è un valore da apprezzare ma che andrà governato dai giudici che, se terrà sul piano costituzionale la sensibile contrazione del risarcimento monetario, si troveranno ad affrontare un contenzioso molto “americano” nello stile degli argomenti, basato sulle diverse *expertise*, unico strumento per «rivedere» i valori monetari aumentando o diminuendo il moltiplicatore della percentuale di invalidità.

I paradossi di un sistema che persegua razionalità ed eguaglianza in maniera settoriale e senza reali riferimenti a criteri scientifici appaiono immediatamente e di essi è avvertito il legislatore anche dal parere del Consiglio di Stato. Se approvato il decreto, si applicherà la TUN per le menomazioni da circolazione stradale ma questa non è obbligatoria per il medesimo danno occasionato da altri fenomeni, per tutti questi rimarrà il principio giurisprudenziale espresso da Cass. n. 12408/2011. Prendiamo 3 esempi non casuali in cui un trauma cranico causi una perdita di capacità motoria. Oltre al sinistro stradale il danno alla salute conseguente a questa menomazione permanente potrebbe derivare da un evento avverso in sanità oppure dalla caduta accidentale di un vaso dal balcone di una vecchina estremamente diligente o dal difetto di un prodotto di consumo.

Per tutte le ipotesi a partire dall'estate 2011 secondo la Corte di cassazione (sent. n. 12408/2011) il parametro di riferimento doveva essere costituito dalla tabellazione milanese per garantire il rispetto del principio di uguaglianza e basilari criteri di giustizia e di ragionevolezza del sistema.

È da chiedersi se sia accettabile tale sproporzionata differenza di trattamento. Ora, si dirà che il rilievo economico, la diffusione del danno, la quantità di casi nella circolazione stradale rende l'ipotesi diversa. Il sistema assicurativo per reggere necessita di certezza e prevedibilità ed è il solo a garantire l'effettività del risarcimento attraverso il regime assicurativo obbligatorio e il fondo di garanzia. Ancora giusto. Ma non è così pure per gli incidenti domestici (vedi *retro sub* vaso che cade) e nella responsabilità sanitaria per la quale si paventa la chiusura delle strutture, ormai sempre più ampiamente non assicurate per gli alti costi? E poi non ha bisogno di prevedibilità nei risarcimenti anche il sistema produttivo esposto alla R.C. prodotti?

Questi ultimi profili hanno portato il Consiglio di Stato a muovere anch'esso forse un passo più lungo del necessario segnalando «una possibile conseguenza distorsiva derivante dall'applicazione ai soli sinistri stradali degli indici parametrici contenuti nelle tabelle allegate allo schema di regolamento in questione: infatti, analoghe conseguenze sul piano lesivo verrebbero a ottenere differenti trattamenti risarcitori, a seconda del solo fatto che la lesione sia avvenuta nell'ambito della circolazione stradale o meno». Il suggerimento conseguente all'amministrazione è scontato: valuti «se sia utile promuovere una modifica legislativa in proposito, che consenta di ampliare lo spettro applicativo delle predette tabelle parametriche».

E se così il nostro legislatore facesse? Se si avrebbe finalmente una tabella indicativa nazionale per il danno alla salute in ogni settore?

Beh al minimo rimarrebbe da confrontarsi con il problema della cifra unica (minima?) del risarcimento del danno alla salute secondo Cass. n. 12408/2011.

L'esame incrociato nelle aule di giustizia: dalle devianze al ritorno alla legalità

Ettore Randazzo

L'esame incrociato tra norme e prassi

La novità più rilevante nell'assunzione probatoria del processo vigente è l'esame incrociato. Come è noto, si tratta di una tecnica dell'interrogatorio (del testimone, del perito, del consulente e dell'imputato) ritenuta non a torto più efficace delle altre, ma disciplinata soltanto da un paio di articoli del codice di rito. Nell'attuazione concreta si registra l'insufficiente conoscenza di questo metodo da parte degli operatori della giustizia. I quali dovrebbero innanzitutto conoscere perfettamente la disciplina normativa, peraltro piuttosto essenziale e bisognosa di integrazioni se non altro chiarificatrici; quindi, e soprattutto, occorrerebbe affinare le tecniche dell'esame, del controesame e del riesame, alle quali non siamo certo abituati nella nostra tradizione processuale, secondo cui l'interrogatorio dibattimentale era affidato esclusivamente al giudice, e senza limiti o divieti nella formulazione delle domande.

Peraltro, nella prassi dei tribunali le norme vengono interpretate in modo quanto meno discutibile, sì che è evidente la distanza del diritto vivente dalle intenzioni del legislatore. Invero, il codice vieta all'esaminatore domande che suggeriscano la risposta e a tutti quelle che noccano alla sua sincerità. Sono "domande suggestive" quelle che appunto contengano nella loro stessa formulazione la risposta; di conseguenza, esse sono permesse solo al controesaminatore, che ha il diritto di sondare l'attendibilità della persona il cui esame è stato chiesto da una parte avversaria. Le "domande nocive" sono espressamente vietate a tutti, poiché potrebbero trarre scorrettamente in inganno il dichiarante, fornendogli informazioni errate e tali da minare la stessa sincerità della sua risposta. Non sono tali quelle che, pur presupponendo una circostanza riferita falsamente, sono tuttavia facilmente neutralizzabili da chi stia riferendo sinceramente quanto a sua conoscenza.

Va subito detto che l'unico dei tre soggetti professionali del processo a "soffrire" nel dubbio di formulare o meno certe domande, e a temerne le risposte, è il difensore, soprattutto dell'imputato (ché quello di parte civile dovrebbe essere interessato, come il suo assistito, alla punizione del colpevole, non dell'imputato in quanto tale). Meglio non chiedere nulla che esplorare alla cieca un teste avversario finora negativo per la tesi dell'imputato, a meno che il difensore non sappia che lo stesso possa riferire determinate circostanze favorevoli. Analogamente è sconsigliabile il tentativo di ottenere ulteriori ed

eventuali vantaggi da un testimone avversario che abbia insperatamente fornito elementi utili. Il pubblico ministero ha invece il solo scopo di individuare e condannare il reo. Dunque, non può temere le risposte, quali che siano. Può temere le falsità, ma in questo caso ha gli strumenti normativi per perseguirle.

Quanto al giudice, si tratta dell'unico soggetto processuale sicuramente disinteressato a tesi preconcepite o a scopi che non siano direttamente riconducibili all'attuazione delle regole per lo svolgimento di questo, come di ogni altro adempimento procedurale.

Errori frequenti e devianze nella redazione della lista testimoniale e nelle richieste di prove

Gli errori delle parti coinvolgono spesso il giudice, che in molti casi è addirittura il “promotore” della devianza dal precetto normativo. In ordine cronologico, e accantonando la fase preparatoria che le parti dedicano alla individuazione della migliore strategia, il primo inciampo anche formale è la “lista testimoniale”, finalizzata non solo alla citazione delle persone che si intende proporre al giudice, ma anche alla *discovery* nei confronti delle parti avverse (che quindi potrebbero chiedere la prova contraria). Essa, a pena di inammissibilità, va presentata almeno sette giorni prima della data fissata per l'udienza dibattimentale e deve contenere le circostanze su cui verterà l'esame che sarà poi richiesto all'inizio del dibattimento ed ammesso dal giudice. I sette giorni sono da ritenersi interi e liberi in mancanza di diverse indicazioni normative, secondo i criteri di cui all'art. 172 c.p.p.

A volte si redige la lista testimoniale, omettendo i testimoni e i consulenti, pur necessari per la nostra tesi, che siano già inclusi nelle liste delle altre parti. Ciò si fa talvolta per poter fruire della maggiore libertà del controesame, tal altra per una frettolosa valutazione di superfluità, dato che si ritiene che quelli già indicati saranno comunque esaminati. Il che, da un canto, non è affatto automatico, in quanto nessuno può obbligare la parte istante ex art. 468 c.p.p. a confermare il proposito anticipato nella lista, chiedendo effettivamente l'ammissione probatoria di tutte le persone ivi nominate; dall'altro, dovrebbe scontare il limite delle circostanze specificate in lista, non sempre coincidenti. L'omissione in argomento dipende dalla riflessione secondo cui è più conveniente controesaminare anziché esaminare.

Altro errore, grave quanto diffuso, purtroppo quasi esclusivamente dei difensori riguarda la richiesta in sede di ammissione delle prove del controesame delle persone indicate nelle altre liste. Orbene, è inspiegabile chiedere al giudice di concedere quel che fa già parte dei nostri diritti, quel che ci spetta per legge. Non è solo un problema di eleganza: in alcuni casi l'errore *de quo*, le cui controindicazioni sono spesso soltanto “estetiche”, potrebbe pagarsi in termini ben più gravi. La casistica giurisprudenziale, invero, riporta tra le altre una fattispecie in cui il difensore aveva correttamente eccepito

l'inammissibilità della lista testimoniale del pubblico ministero perché tardiva, chiedendo però in subordine il controesame delle persone ivi indicate. Con evidente forzatura, il giudice di primo grado, nell'accogliere l'eccezione, aveva inteso salvare la lista del pubblico ministero argomentando, sulla base della richiesta subordinata, nel senso che le persone indicate nella lista tardiva erano state "recuperate" dalla richiesta del difensore di procedere al loro controesame. Pertanto, si era poi proceduto al loro esame. La Corte di Appello aveva confermato la sentenza, di condanna grazie all'esame testimoniale a quel punto apparentemente richiesto dalla difesa. Solo la Corte di legittimità (Cass., sez. VI, 17 gennaio 2005, n. 1487) aveva finalmente annullato con rinvio la sentenza, restituendo al buon senso la lettura della richiesta, appunto solo subordinata, della difesa. In particolare, viene analizzata anche l'espressione lessicale utilizzata dalla difesa («chiede il controesame dei testi, ma eccepisce che la lista del pubblico ministero sia decaduta e quindi si oppone all'ammissione dei testi del P.M.»), della quale la Corte suprema valorizza il suo significato in termini opposti: «risulta evidente l'intento del ricorrente di contestare in primo luogo la tempestività della lista dei testimoni del pubblico ministero secondo un modello univocamente manifestato dall'avversativo 'ma', che segue la richiesta di controesame, dall'espressione 'si oppone all'ammissione della lista dei testi', nonché dall'essere la richiesta di controesame condizionata alla decisione sulla opposizione all'ammissione della prova dedotta dal pubblico ministero».

I giudici tendono per lo più a ritenere ammissibile la lista testimoniale anche qualora non contenga, nemmeno sommariamente, le circostanze sulle quali si intende esaminare la persona. È deludente la sostanziale abrogazione di una norma certamente necessaria, che pure l'art. 468 c.p.p. sancisce con solare chiarezza («Le parti [...] devono, a pena di inammissibilità, depositare in cancelleria, almeno sette giorni prima della data fissata per il dibattimento, la lista con la indicazione delle circostanze su cui deve vertere l'esame»). Questa violazione, quasi sistematica, dipende anche dal bisogno avvertito dal giudice di conoscere il più possibile i fatti, tanto da superare ogni canone formale; ciò gli impedisce di avvedersi del rischio di sacrificare lo stesso rispetto della legalità. Le responsabilità delle parti, pure innegabili, non eliminano un dato obiettivo: dipende principalmente dal giudice garantire e tutelare la legalità codicistica; e quindi applicare le regole resistendo alla tentazione di ogni personalizzazione.

Il giudice è spesso insofferente alle ragioni delle parti (quasi sempre della difesa dell'imputato) che "gli" allungano i tempi auspicati. È noto come il magistrato giudicante sia affetto da una contagiosa sindrome di durata del processo; preoccupazione comprensibile e, quando non si ecceda con forzature "sbrigative" in danno del corretto svolgimento del processo, persino lodevole. Tuttavia, questo non è un motivo per accantonare le regole codicistiche.

Limiti nella formulazione delle domande suggestive

Altra abituale violazione riguarda la riformulazione delle domande suggestive in sede di esame (e quindi espressamente vietate). A volte queste domande sono in un certo senso giustificate. Ad esempio, una parte delle circostanze oggetto dell'esame non è oggetto di controversia, o comunque non viene contestata da parte avversa perché relativa a dati oggettivi. Quando invece le domande suggestive dell'esaminatore siano puntualmente opposte dalla parte che vi ha interesse, il giudice tende solitamente a consentirne, se non a suggerirne, la riformulazione. Una soluzione stravagante, prima ancora che profondamente errata, posto che le ragioni del divieto normativo attengono ovviamente all'inaffidabilità per l'intervenuto inquinamento della risposta suggerita. In definitiva, il giudice da un canto sancisce, accogliendo l'opposizione, che vi sia stato un indebito suggerimento; dall'altro, consente che la parte raccolga il frutto della sua scorrettezza, beffando la regola processuale.

Contrariamente a quanto avviene nelle aule, nemmeno al giudice sono permesse domande suggestive. Ci sono varie teorie al proposito, e la prevalente giurisprudenza di legittimità non concorda con la destinazione del divieto anche a lui. Ed è effettivamente difficile immaginare che l'organo giudicante possa avere, come il controesaminatore, interesse a mettere in difficoltà il testimone. Tuttavia, al di là dalle argomentazioni esegetiche, sembrano decisivi la posizione e il prestigio istituzionale del giudice, il cui intervento suggestivo rischia fortemente di alterare la genuinità della risposta.

Deve qui incidentalmente ricordarsi che le eccezioni e le opposizioni devono essere formulate immediatamente, e inserite nel verbale, non potendosi utilmente proporre per la prima volta nell'atto di impugnazione, secondo la giurisprudenza di legittimità (vedi Cass., sez. I, 31-5-05, n. 22204).

Non può qui omettersi un'altra dannosa violazione: l'intervento non sempre opportuno e giustificato del giudice (appunto fuori dai casi previsti dall'art. 499 c.p.p., comma 4, che riguarda il rispetto della persona, e comma 6, relativo all'intervento presidenziale a tutela della pertinenza delle domande, della genuinità delle risposte, della lealtà dell'esame e della correttezza delle contestazioni, evitando anche – possiamo aggiungere – le opposizioni suggestive di cui s'è detto). L'intervento previsto dalle disposizioni ora citate dovrebbe comunque esaurirsi nel richiamo al rispetto di quanto in esse sancito, e non certo estendersi fino a lambire una sostanziale, pesante ed autorevole quanto deformante sostituzione dell'esaminatore. Il *metus* che inevitabilmente incute il giudice è infatti destinato a produrre effetti negativi per la stessa genuinità delle risposte, esposte all'involontario condizionamento dell'autorità giudiziaria.

In realtà, di solito il presidente interviene per chiarimenti incidentali ("per capire"), ma continua poi a interrogare, privando della conduzione dell'esame chi ha diritto di articolarlo secondo la sua strategia. Purtroppo, non è facile

opporsi al presidente, né comunque ottenere un risultato favorevole in caso di opposizione. Ciò nonostante, a volte l'opposizione è doverosa. Tuttavia, è preferibile chiedere prima al giudice di consentire lo svolgimento corretto dell'esame, sottolineandone l'alterazione con il garbo dovuto. Non servirà forse a provocare un'inversione di marcia, ma almeno la violazione si potrà far valere in sede di gravame, sempre che venga formalizzata quale eccezione alla ritualità dell'esame (non basta, secondo la giurisprudenza, la sola opposizione alle domande); e comunque, almeno in quel processo, prima di intervenire nuovamente fuori dai casi previsti, il giudice ci penserà di più.

Modalità di conduzione dell'esame

Le modalità di conduzione dell'esame possono essere determinanti. Qualora la persona esaminata fosse manifestamente contraria alla nostra tesi, ogni difformità rispetto a quanto avesse dichiarato in precedenza andrebbe contestata formalmente. È invero legittimo il tentativo di infastidirla, di metterla a disagio, con mezzi del tutto leciti come questo. Un teste ostile, se si innervosisce, diventa spesso meno credibile e meno pericoloso, anche perché è più facile che cada in contraddizione, quando ce ne siano i presupposti. Se invece la persona esaminata fosse (o ci sembrasse) neutra, ossia indifferente alle tesi contrapposte e sostanzialmente sincera, quella che secondo l'art. 500 del codice di rito è una "contestazione", pur necessaria in alcuni casi, dovrebbe abbellirsi divenendo un "aiuto alla memoria" in ragione del fatto che la precedente deposizione era stata rilasciata in epoca più vicina ai fatti. Peraltro, non di rado – ove permanga la difformità – il giudice avverte la persona esaminata delle responsabilità per la falsa testimonianza, così "convincendola" definitivamente della opportunità di confermare quanto a suo tempo avrebbe dichiarato, secondo il relativo verbale.

La contestazione andrebbe fatta dopo aver sollecitato il ricordo senza richiamare le precedenti dichiarazioni. È vero che nella prassi il giudice utilizza spesso – ma prevalentemente "solo" per formarsi il suo convincimento – le dichiarazioni "ricordate" a seguito di formale contestazione come se fossero genuine, in palese violazione dell'art. 500. Una violazione ben nascosta, dato che solitamente non è dato riscontrare in motivazione traccia di questa cattiva abitudine, che invece, quando c'è, rimane appunto nella sfera interna del giudice. Non è inutile qui ricordare che, nella fase di indagine, per le sommarie informazioni testimoniali e per gli interrogatori «non si applica la disciplina di cui all'art. 499 c.p.p. che vieta la formulazione di domande suggestive, in quanto la norma riguarda il dibattimento» (Cass., sez. III, 20 gennaio 2004, n. 984). Naturalmente, non solo per questa ragione (si pensi alle sintesi in poche righe di lunghi interrogatori, e alle sorprese manifestamente autentiche di tanti testimoni nell'apprendere di "aver dichiarato" quel che di certo non sapevano), ma la credibilità di quelle dichiarazioni è pertanto ulteriormente minata; al di là dai limiti di legge, che fortunatamente impediscono il loro utilizzo, ciò non va dimenticato.

Il pubblico ministero durante l'esame incrociato beneficia di una (per vero spesso solo teorica) indifferenza alle risposte. L'organo dell'accusa, infatti, ha interesse esclusivamente alla condanna del colpevole, non dell'imputato in quanto tale. Ne deriva la facilità con cui l'organo dell'accusa può chiedere quel che gli serve capire. Tuttavia, pragmaticamente deve aggiungersi che i magistrati del pubblico ministero si lasciano a volte condizionare dalla decisione presa, personalmente o comunque dal loro ufficio, di dar corso all'azione penale nei confronti di quell'imputato. Ne deriva spesso una postura strategica piuttosto chiusa e indisponibile all'inversione di rotta, specie quando l'imputato abbia subito notevoli danni dalla incriminazione, tanto più se corredata da misure coercitive personali.

Per il difensore, a differenza del PM, il controesame del teste avversario spesso non è consigliabile. Del resto, neanche al proprio teste si formulano domande alla cieca, ovvero senza avere un'idea della risposta. Sarebbe buona norma saperne ben di più delle persone da esaminare, sì da formulare le domande prevedendo quel che molto probabilmente sarà risposto; le indagini difensive, almeno per l'assunzione di informazioni, consentirebbero almeno di regolarsi di conseguenza durante il loro esame.

A mente dell'art. 498, comma 3, c.p.p., chi ha chiesto l'esame può proporre nuove domande. Il cosiddetto "riesame" sarebbe concesso appunto "a chi ha chiesto l'esame", e dunque non a quanti si trovino in posizione comune: se l'ha chiesto il pubblico ministero, non avrebbero dunque diritto al riesame le parti civili; idem per i difensori degli altri imputati se a chiederlo è stato soltanto uno di essi. La prassi giudiziaria, tuttavia, non è in genere così rigorosa. Comunque, non può fare il riesame chi non abbia concretamente proceduto all'esame, anche se l'abbia chiesto. Il riesame è previsto perché l'esaminatore possa completare l'interrogatorio, con il limite di chiedere i chiarimenti dipendenti dalle eventuali risposte negative (per la tesi dell'esaminatore) ottenute dagli avversari durante il controesame. Nonostante la dizione normativa faccia riferimento a "nuove domande", non possono farsi insomma domande nuove. L'apparente bisticcio viene risolto con una esegesi sistematica che tenga conto anche della *ratio legis*. Le domande ammesse nel riesame devono, invero, essere nuove nel senso che non è ammessa la reiterazione delle stesse domande già formulate in esame e controesame. Di converso, non è possibile spaziare al di fuori del percorso già tracciato e in ordine al quale si sono svolti sia l'esame che il controesame. Se, infatti, si ammettessero domande su temi assolutamente inesplorati, ci si troverebbe di fronte a una alternativa assai eloquente, anzi determinante per la conferma dell'interpretazione qui condivisa: o le domande su temi nuovi sono vietate dalla lettura sistematica della disciplina, o sono ammesse. Ma in quest'ultimo caso non si vede come si possa negare – senza incorrere in un'ingiustizia palese e ingiustificata – il diritto delle parti avverse all'ulteriore controesame (invece, correttamente escluso dalla giurisprudenza; cfr. Cass., sez. IV, 15 aprile 1997, n. 3496); e così potenzialmente all'infinito.

L'art. 506, comma 2, c.p.p., prevede che il presidente, "solo dopo" l'esame e il controesame delle parti, può rivolgere domande alle persone esaminate. Si vuole così consentire al decidente di integrare le domande nella direzione che ritiene rilevante e che, a suo parere, non è stata approfondita a sufficienza; chi meglio di colui che dovrà decidere può valutare la rilevanza? Il comma 1 della stessa norma specifica tuttavia che, anziché procedere direttamente, il presidente indica alle parti «temi di prova nuovi o più ampi per la completezza dell'esame». Il legislatore avrebbe preferito evitare l'impegno del giudice in un ruolo attivo nella ricerca della prova che si intendeva giustamente riservare ad ipotesi residuali. Si tratta però di una norma desueta, anzi mai applicata. Piuttosto che suggerire altri temi, il giudice provvede direttamente ad approfondirli, anche se così si allontana dalla sua terzietà scendendo in campo per inseguire una pista investigativa.

Alle parti, che possono intervenire dopo il presidente ai sensi dell'ultima parte del comma 2 dell'art. 506, sono consentite le sole domande connesse a quelle formulate dal giudice.

Conclusioni

In conclusione è giusto chiedersi se e come si possa recuperare la legalità, così bistrattata nelle aule. La risposta potrebbe essere semplice, se non semplicistica: reclamandola, opponendola, pretendendola. Il che in concreto non sempre è facile. Una speranza non peregrina ce la dà un'iniziativa inconsueta, sorta di recente. Manifestando una fiducia nella legalità più culturale che realistica, nel luglio del 2008 alcuni magistrati, professori di diritto e avvocati di ogni parte di Italia hanno costituito a Siracusa, presso il prestigioso Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, il laboratorio in questione, un gruppo di lavoro che organizza convegni, corsi e incontri seminariali, approfondisce le relative tematiche, anche sotto il profilo comparato, monitorizza le prassi giudiziarie, dibatte l'interpretazione delle norme e si propone di fornire sia un contributo alla formazione dei soggetti professionali del processo, sia un protocollo d'udienza concordato tra gli appartenenti alle tre categorie. Il tutto auspicando – e in effetti conseguendo sempre più – la collaborazione di quanti siano affascinati dal tema e consapevoli della sua rilevanza. Tutte le attività di questa associazione hanno beneficiato sin dall'inizio della collaborazione della Scuola Superiore dell'Avvocatura, grazie alla lungimiranza di Alarico Mariani Marini che ne colse subito l'essenza.

Il convegno di Siracusa (ISISC, 29-31 maggio 2009, *L'esame incrociato, momento essenziale del processo penale. Regole, tecniche e prassi*) ha dato inizio a un'attività convegnistica destinata a proseguire. Scopo di questo primo incontro, svoltosi secondo il modulo del LAPEC tra magistrati, avvocati e professori, era quello di individuare le prassi devianti, dibattendone la consistenza e le ragioni.

I relatori, tra cui vere personalità della cultura giuridica, hanno fornito un notevole contributo ai lavori, mettendo le basi per la discussione delle possibili soluzioni in vista di un ritorno alla legalità. Di ciò si è parlato ad Alghero l'11 e 12 settembre 2009, di certo non meno autorevolmente e con i primi spunti propositivi, di cui si dirà. Successivamente si valuteranno le proposte concrete nel frattempo elaborate dal gruppo di lavoro, peraltro sempre più ampio e arricchito da sezioni territoriali sorte in diverse parti d'Italia e ispirate dallo stesso intento di valorizzare correttamente l'esame incrociato. Probabilmente, ci vorranno molti altri incontri di studio, e non solo essi. Ma il ritorno alle regole è ormai avviato e non sembra che possa fermarsi prima di aver raggiunto la meta.

Linee guida LAPEC

Il LAPEC, all'esito delle elaborazioni svolte sia durante i seminari interni, sia nei convegni di Siracusa (organizzato dal direttivo nazionale dell'associazione, e particolarmente da Carmen Scapellato e da Valerio Vancheri) e di Alghero (quest'ultimo organizzato da Giuseppe Conti), in cui alcuni relatori (innanzitutto Francesco Mauro Iacoviello e Giovanni Canzio) hanno formulato la proposta di redigere delle linee guida comuni a magistrati ed avvocati, al fine di ridurre le prassi devianti e promuovere le prassi virtuose, ovvero in piena sintonia con la *ratio* della disciplina normativa, ha proposto all'attenzione degli operatori e degli studiosi un primo elaborato. Dopo un'approfondita discussione, frutto anche del dibattito sviluppatosi al convegno di Venezia (5-6 marzo 2010, organizzato da Carmela Parziale), una commissione coordinata dal presidente Canzio ha schematizzato il frutto dei lavori in otto linee guida, poi presentate ufficialmente al convegno di Ravello (organizzato dalla sede LAPEC di Salerno, e particolarmente da Giovanni Sofia) il 10 e 11 settembre 2010, e infine (*rectius*, almeno per ora) modificate, al termine di una meditazione di tutti gli iscritti, al convegno di Lecce del 3-4 giugno 2011, organizzato da Tania Rizzo.

Le linee guida sono le seguenti:

1. La lista testimoniale deve contenere l'indicazione specifica delle circostanze oggetto dell'esame.
2. La domanda vietata e non ammessa non può essere riproposta dalla parte che l'ha formulata, anche se correttamente riformulata.
3. Nel caso in cui sia reiterata la formulazione di domande vietate, benché espressamente censurate, ovvero siano proposte opposizioni che suggeriscono la risposta alla persona esaminata, il giudice ammonisce la parte dandone atto a verbale.
4. Ai consulenti tecnici non è rivolto l'invito alla dichiarazione di impegno a dire la verità in merito alle valutazioni di loro competenza, se non limitatamente ai fatti direttamente appresi durante la loro attività.
5. I periti e i consulenti tecnici possono partecipare ad ogni udienza del processo, sia prima che dopo il loro esame.

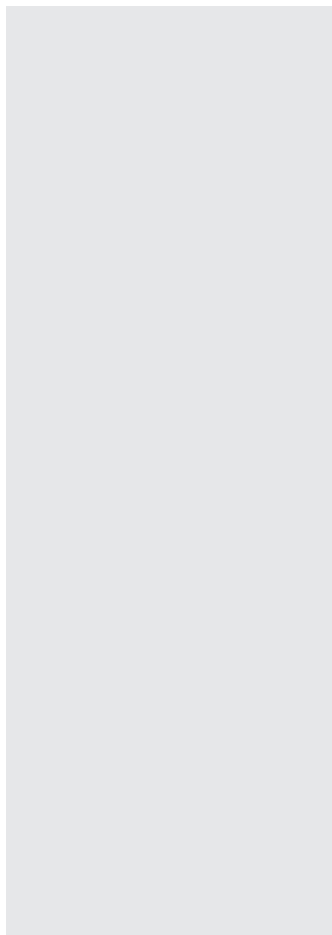
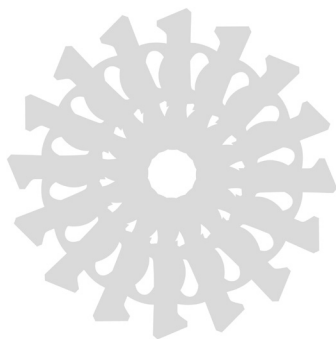
6. Il giudice non può intervenire durante l'esame condotto dalle parti, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge.
7. Il giudice non può formulare domande che tendono a suggerire la risposta alla persona esaminata.
8. Prima di procedere alle domande di cui all'art. 506 comma 1, il giudice indica alle parti temi di prova che ritiene rilevanti e utili per la completezza dell'esame, qualora essi non siano stati oggetto dell'esame incrociato.

Il *LAPEC E GIUSTO PROCESSO* (come si chiama ora l'associazione) non è solo un approfondimento, pur costruttivo e stimolante, sull'esame incrociato, poi esteso ai principi costituzionali del giudizio penale. La novità rivoluzionaria è costituita dal metodo, che per la prima volta (almeno stabilmente) vede giudici, avvocati, pubblici ministeri e professori dibattere attorno a un tavolo del "loro" processo penale, tentare di riportarlo alla legalità, e soprattutto lavorare insieme, con spirito di colleganza in una zona franca che favorisce la considerazione dei punti di vista altrui senza rinunciare ai propri. Il che rende molto più forte ogni progetto così partorito.

Durante l'audizione davanti alle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera dei deputati, in merito al disegno di legge costituzionale del Governo, n. 4275/C (*Riforma del titolo IV della parte II della Costituzione*), il 13 giugno 2011, il Procuratore generale della Corte di Cassazione, Vitaliano Esposito, così si esprimeva: «La cultura della giustizia, dovrebbe trovare la sua fonte in una scuola superiore unica, aperta ad avvocati, giudici, pubblici ministeri ed ufficiali di polizia giudiziaria. Il modello del LAPEC (Laboratorio permanente esame incrociato), formato da illuminati avvocati, docenti universitari, giudici, pubblici ministeri e tecnici, sta disincrostando dogmi e pregiudizi di stampo inquisitorio ed ha finalmente avviato, dopo oltre vent'anni (quasi una generazione) una cultura della civiltà accusatoria».

E in realtà un altro effetto sta nella maggiore apertura di chi partecipa ai suoi laboratori nei confronti di argomenti che prima aveva esaminato "senza contraddittorio". Il rimescolio culturale che è derivato dal *LAPEC E GIUSTO PROCESSO* è una speranza rasserenante per chi crede in un rito legalitario, in linea con i precetti costituzionali. E tutti noi che, magistrati avvocati e professori, ce ne occupiamo professionalmente nella giustizia abbiamo il dovere di crederci.

MEDIAZIONE E CONCILIAZIONE



Avvocatura e mediazione

La Commissione per lo studio e la riforma della mediazione e della conciliazione del Consiglio Nazionale Forense

Fabio Florio

Premessa. La posizione del CNF sulla mediazione

La posizione del Consiglio Nazionale Forense in materia di mediazione si è fin dai primi momenti del dibattito sull'istituto dimostrata in linea con quella successivamente espressa dal Tar Lazio con l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale n. 3202 del 12 aprile 2011.

Il Consiglio, non è contrario, difatti, al sistema delle ADR ma ha sempre opposto profonde perplessità sulla normativa italiana adottata con il d.lgs. n. 28/2010 con particolar riferimento alla previsione della mediazione come condizione di procedibilità per numerose materie, alla mancata previsione dell'assistenza tecnica e alle disposizioni che sanzionano l'avvocato e il comportamento nel corso del procedimento.

Serie perplessità riguardano poi l'effettività capacità di funzionamento del sistema «per come congegnato [...] atteso che da un lato mediatori non dotati di adeguata professionalità (laureati triennali) non potranno risolvere in modo agevole i problemi, dall'altro che non sono stati previsti adeguati meccanismi di finanziamento» (G. ALPA, *L'avvocato e la mediazione*, Convegno della Scuola Superiore dell'Avvocatura, Roma, 11 dicembre 2010).

Per questo motivo il Consiglio Nazionale Forense ha, fin dal momento della predisposizione della normativa di attuazione della delega di cui all'art. 60 della l. 69/2009 cercato un confronto con l'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia al fine di suggerire soluzioni migliorative. Nel medesimo senso ha operato con riferimento alla predisposizione della disciplina secondaria di attuazione (d.m. n. 180/2010).

L'istituzione della Commissione per lo studio della mediazione e della conciliazione

Per gli obiettivi appena esposti e per fornire supporto agli Ordini territoriali nell'applicazione della legislazione in materia, nel novembre 2009 è stata istituita la *Commissione per lo studio della mediazione e della conciliazione* composta tanto da Consiglieri nazionali quanto da professionisti e professori universitari esperti di conciliazione.

La Commissione, che ho l'onore di coordinare, ha fin da subito, intrapreso contatti con l'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, incontrando in più occasioni il Capo ufficio Presidente Augusta Iannini e suoi delegati.

In tali incontri sono state suggerite con forza e convinzione le modifiche ritenute opportune, sono state discusse le opzioni legislative meritevoli di approfondimento e di revisione, è stata sollecitata attenzione rispetto alle esigenze dell'avvocatura. Va detto che i risultati non sono stati quelli sperati. Il d.lgs. n. 28/2010 ha consegnato al professionista e al cittadino italiano una disciplina mal congegnata che spesso tradisce lo spirito originario dell'istituto snaturandolo. È il caso, per limitarsi all'esempio più evidente, della previsione dell'obbligatorietà per un ampio novero di controversie, la quale ha piegato a finalità deflattive un strumento naturalmente fondato sulla volontà di cooperazione delle parti.

Pur tuttavia, in quanto istituzione, il CNF ha sempre ritenuto che una legge dello Stato, per quanto criticabile, non possa essere boicottata bensì fatta oggetto soltanto di critica costruttiva. Il mandato affidato alla Commissione mediazione è stato in tal senso.

Le attività in favore degli avvocati

In questa prospettiva la commissione, in stretta collaborazione con l'Ufficio studi del Consiglio Nazionale Forense, ha predisposto servizi e consulenza a favore degli Ordini. Ed in particolare:

1. Ha predisposto un "Modello di informativa" e il "Modello di procura alle liti" in modo da agevolare gli avvocati nell'adempimento dell'obbligo imposto dall'art. 4, 3° comma del d.lgs. n. 28/2010.
2. Ha organizzato incontri di informazione e formazione nella sede centrale e presso gli Ordini che hanno visto come relatori i componenti della Commissione.
3. Ha pubblicato un sito internet www.mediazioneforensecnf.it che contiene, tra l'altro, il vademecum *Che cos'è e come funziona la mediazione civile e commerciale* che spiega l'istituto, contiene i testi normativi integrali, la modulistica per l'avvocato e per l'organismo di mediazione forense e contributi sul tema pubblicati su Rassegna forense.
4. Ha condotto indagini conoscitive sugli intendimenti e lo "stato dell'arte" in materia di mediazione inoltrando questionari agli Ordini.

Le attività in favore degli Ordini che intendono costituire un organismo di mediazione

In particolare con riferimento agli Ordini che intendono costituire organismi di mediazione, la Commissione:

1. Per il tramite dell'Ufficio studi, risponde alle richieste di chiarimenti e materiali provenienti dai Coa (mediazioneconciliazione@cnf.it).
2. Ha predisposto un modello di Regolamento per gli organismi di mediazione di promanazione forense per agevolare gli Ordini nella costituzione di organismi di mediazione forense, nonché l'intera modulistica necessaria all'accreditamento.

3. Da ultimo ha diffuso una circolare esplicativa del decreto ministeriale del 6 luglio n. 145, il quale ha modificato la disciplina di attuazione dettata con il d.m. n. 180/2010, prevedendo, tra l'altro, l'introduzione per il mediatore del tirocinio assistito; nuovi e più stringenti criteri di designazione dei mediatori rispettosi della "specifica competenza professionale"; lo svolgimento necessario del primo incontro di mediazione nel caso di mediazione obbligatoria; nuovi criteri di determinazione delle indennità. Tutte novità, che impongono un aggiornamento dei regolamenti di procedura degli organismi di conciliazione istituiti dai consigli dell'ordine.

Le attività in favore dei cittadini

Il Consiglio Nazionale Forense ha inteso riferire le proprie attività anche al cittadino. La tutela dei diritti di quest'ultimo alla quale l'avvocato è costituzionalmente deputato, passa, infatti, anche attraverso un'efficace cura degli interessi della parte in mediazione. Per questo motivo sul sito internet www.mediazioneforensecnf.it il vademecum *Che cos'è e come funziona la mediazione civile e commerciale* – predisposto con l'ausilio dell'Ufficio studi del Consiglio Nazionale Forense, utilizza un eloquio semplice, volutamente atecnico, in modo da informare con chiarezza il cittadino sul nuovo istituto.

Inoltre una delle sessioni organizzate dal Consiglio Nazionale Forense al Salone della giustizia 2011 è stata proprio dedicata alla presentazione al cittadino del ruolo e del significato che assume l'avvocato nel procedimento di mediazione.

Conclusioni

Nelle prime righe di questo scritto si è sottolineata la consonanza tra le attività del Consiglio Nazionale Forense in materia di mediazione e l'ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale del Tar del Lazio. Il concetto merita di essere ribadito.

Tralasciando gli altri pur pregnanti aspetti della pronuncia la normativa complessiva in materia di mediazione incide in maniera non trascurabile sull'esercizio del diritto di difesa (art. 24 Cost.) in quanto non garantisce "mediante un'adeguata conformazione della figura del mediatore, che i privati non subiscano irreversibili pregiudizi derivanti dalla non coincidenza degli elementi loro offerti in valutazione per assentire o rifiutare l'accordo conciliativo, rispetto a quelli suscettibili, nel prosieguo, di essere evocati in giudizio".

In altri termini, sarebbero stati trascurati e tralasciati dal legislatore delegato, con gli artt. 16 del d.lgs. n. 28/2010 e con l'art. 4 del d.m. 180/210, i requisiti attinenti alla specifica professionalità giuridico-processuale del mediatore, riassumibili nei concetti di competenza e professionalità previsti dalla legge delega, sostituiti da quelli di serietà ed efficienza non privilegiati dalla normativa primaria di carattere comunitario e nazionale.

Il Consiglio Nazionale Forense condivide pienamente l'assunto ed ha finalizzato tutte le sue attività e gli interventi sul punto al contenimento dei rischi per il cittadino e all'aumento dei requisiti di professionalità del procedimento di mediazione gestito dagli avvocati.

In questo senso si iscrivono le disposizioni del Regolamento modello che prevedono la difesa tecnica in tutti i casi in cui essa sia prevista nel processo, le norme sulla designazione del mediatore, le modifiche apportate al codice deontologico e la particolare attenzione dedicata, anche in sinergia con la Scuola Superiore dell'Avvocatura, alla informazione e alla formazione sul tema in parola.

La convinzione è quella che l'avvocatura sia naturalmente al centro di ogni forma di tutela dei diritti e di risoluzione delle controversie e che, malgrado le profondissime ragioni di dissenso e perplessità, non possa per nessuna ragione e in alcun modo sottrarsi al proprio ruolo di garanzia del cittadino.

Documenti

La proposta di Regolamento Unitario per gli Organismi di mediazione costituiti dai consigli degli ordini degli avvocati predisposta dal Consiglio Nazionale Forense*

Premessa

Il presente modello di regolamento è predisposto in favore dei consigli degli ordini degli avvocati che, anche in forma associata, vogliano istituire un organismo di mediazione ai sensi del d.lgs. n. 28/2010 e del d.m. n. 180/2010.

L'idea di un modello unico risponde all'esigenza manifestata da numerosi Coa di ricevere assistenza nella fase di costituzione degli organismi, ma anche alla convinzione che l'uniformità di regole e principi nella conduzione del procedimento costituisca una garanzia per il cittadino.

Si è elaborato un modello quanto più chiaro e sintetico possibile in modo da fornire alle parti un testo di agevole lettura e comprensione.

Per questo motivo non sono state inserite previsioni non dotate di rilevanza per le parti e attinenti ai rapporti interni tra mediatori e organismo di mediazione ovvero tra organismi di mediazione.

Il meccanismo di designazione del mediatore è aspetto particolarmente delicato e deve garantire l'assoluta imparzialità nello svolgimento del procedimento. A tale profilo generale si aggiunge, per talune controversie, anche la necessità di garantire una particolare competenza tecnica. **In relazione a tale rilevante profilo, l'art. 5 del regolamento è stato ulteriormente dettagliato in aderenza alle prescrizioni del d.m. n. 145/2011.**

In molti casi il modello fa espresso rinvio al d.lgs. n. 28/2010.

Si sono compiute precise scelte di fondo:

1. Nelle ipotesi in cui è prescritta l'assistenza tecnica in giudizio, si è ritenuto di limitare la prestazione del servizio di mediazione offerto dagli organismi forensi alle sole parti che intendano giovare del ministero di un difensore. Ove il procedimento di mediazione costituisca, ai sensi dell'art. 5, d.lgs. n. 28/2010, condizione di procedibilità sarà cura dell'organismo forense individuare meccanismi idonei ad assicurare l'accesso alle parti che si trovino nelle condizioni di ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

* Pubblichiamo il testo di regolamento per gli organismi di mediazione costituiti dai Consigli dell'Ordine e predisposto dalla Commissione di studio del Consiglio Nazionale Forense. Le parti in grassetto indicano le modifiche introdotte dal CNF nella seduta amministrativa del 28 ottobre 2011.

2. Si è subordinata la formulazione della proposta conciliativa alla richiesta congiunta delle parti e, comunque, ad una valutazione discrezionale del mediatore che potrà procedervi soltanto ove si ritenga in possesso degli elementi necessari.

3. Una diversa opzione è stata prevista nel caso di liti in materia di responsabilità da circolazione di veicoli e natanti e di responsabilità medica. In tali categorie di controversie, attesa la maggior difficoltà di individuare una soluzione fondata sulla soddisfazione degli interessi delle parti, e l'esigenza di stimolare la partecipazione del presunto danneggiante al procedimento si è ritenuto opportuno consentire la formulazione della proposta anche in presenza della domanda di una sola parte e di mancata adesione al procedimento.

4. Non si è ritenuto di inserire la possibilità che la proposta venga formulata da un mediatore diverso da quello che ha condotto il procedimento (d.m. n. 180/2010, art. 7, comma 2, l. b), in quanto l'opera di quest'ultimo sfuggirebbe alla definizione di "amichevole compositore" per avvicinarsi pericolosamente a quella del terzo incaricato del giudizio.

5. Salvo che per le ipotesi di mediazione "obbligatoria" (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010) Si è inserita la previsione per cui la parte invitata alla mediazione debba dichiarare previamente la propria volontà di aderire al procedimento (art. 3, comma 5). La parte istante, nella domanda di mediazione, potrà richiedere che l'incontro di mediazione, che comunque verrà fissato dall'organismo di mediazione e comunicato all'altra o alle parti, non abbia luogo qualora la parte invitata non abbia manifestato l'intenzione di aderire al tentativo di mediazione.

Difatti, attesa la scelta di limitare la formulazione della proposta conciliativa alla partecipazione delle parti al procedimento e alla loro concorde richiesta (*sub* 3 e fatte salve le ipotesi *sub* 4), lo svolgimento dell'incontro in presenza di una sola parte comporterebbe esclusivamente un ingiustificato aggravio di costi. Resta, comunque, impregiudicata in questo caso la possibilità della parte invitata di aderire successivamente con la contestuale fissazione di un nuovo incontro. **È stabilito che le parti vengano avvertite delle conseguenze della mancata partecipazione al procedimento di mediazione ai sensi dell'art. 8, comma 5 del d.lgs. n. 28/2010 come modificato con l. 148/2011.**

6. Trattandosi di modello generale non si è limitato il servizio a particolari materie scelte dall'organismo, facoltà comunque riconosciuta dal decreto ministeriale di attuazione (art. 7, comma 2, l. e).

7. Nel disciplinare le cause di incompatibilità e i doveri di imparzialità si è utilizzato come modello quanto prescritto in relazione all'avvocato che assuma l'incarico di arbitri dall'art. 55 del cod. deontologico. Si, è, difatti previsto che i mediatori che prestano la propria opera presso Organismi di mediazione forense siano iscritti all'albo degli avvocati (art. 5, comma 3).

8. Si è previsto un meccanismo di designazione del mediatore basato sulla cd. rotazione qualificata. Il meccanismo di rotazione viene, cioè, temperato con la considerazione del valore della controversia e del suo oggetto. In relazione

a quest'ultimo si è previsto che il mediatore, all'atto di assunzione dell'incarico con l'ODM e dell'iscrizione nei registri di mediazione da esso tenuti, possa dichiarare le materie per le quali non intenderà prestare l'opera di mediazione. **Come accennato, in conformità a quanto prescritto dal d.m. n. 145/2011 si è ulteriormente specificato il meccanismo di designazione del mediatore in modo da valorizzarne le competenze tecniche e la specifica formazione.**

9. Tutte le disposizioni proposte nel presente regolamento non riproductive della disciplina di rango primario sono, ovviamente, modificabili.

Art. 1 - Ambito di applicazione

1. Ai sensi degli art. 2 e 5 del d.lgs. n. 28/10, il presente regolamento è applicabile alla mediazione per la conciliazione di controversie civili e commerciali, relative a diritti disponibili, che le parti tentino di risolvere in maniera collaborativa, in forza di un accordo, di una clausola contrattuale e/o statutaria, di un obbligo di legge, su invito del giudice, su iniziativa di taluna o di tutte le parti.

2. Il presente regolamento si applica, in quanto compatibile, ai procedimenti di mediazione e conciliazione disciplinati da leggi speciali.

3. Nell'ipotesi in cui è prescritta l'assistenza tecnica in sede giurisdizionale, le parti non possono partecipare al procedimento se non con il ministero di un difensore.

Art. 2 - Domanda di mediazione

1. La domanda di mediazione deve contenere:

- a) i dati identificativi delle parti in modo da consentire le comunicazioni di cui all'art. 3 del presente regolamento;
- b) i dati identificativi di colui che parteciperà al procedimento;
- c) la descrizione dei fatti e delle questioni controverse e dell'oggetto della domanda;
- d) l'indicazione del valore della controversia determinato a norma del codice di procedura civile;
- e) i dati identificativi del difensore della parte, nell'ipotesi di cui all'art. 1, comma 3°.

2. La domanda può contenere:

- a) copia, laddove esistente, della clausola di mediazione;
- b) dati identificativi dei difensori, dei professionisti e/o delle persone di fiducia che assisteranno la parte nel procedimento e rappresenterà la parte nel procedimento, con attestazione scritta del relativo potere;
- c) dichiarazione dell'istante di anticipare per intero i costi del procedimento, fatta salva la possibilità di una diversa ripartizione delle spese successiva all'espletamento del procedimento;

d) richiesta che l'incontro abbia luogo anche qualora la parte invitata non abbia manifestato l'intenzione di aderire al tentativo di mediazione;

e) richiesta che nelle controversie in materia di responsabilità derivante dalla circolazione di veicoli e natanti e di responsabilità medica, il mediatore formuli la proposta.

3. Ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 28/10, la domanda di mediazione deve essere depositata presso la segreteria dell'Organismo di Mediazione (d'ora in poi ODM) con qualunque strumento idoneo a comprovare l'avvenuta ricezione.

4. La domanda può essere compilata utilizzando il modulo predisposto dall'ODM o in forma libera.

5. Il deposito della domanda di mediazione, nonché l'adesione della parte invitata al procedimento, costituiscono accettazione del presente regolamento e delle indennità di cui alla tabella allegata.

Art. 3 - La segreteria

1. La segreteria dell'ODM amministra il servizio di mediazione.

2. La segreteria tiene un registro, anche informatico, per ogni procedimento di mediazione, con le annotazioni relative al numero d'ordine progressivo, ai dati identificativi delle parti, all'oggetto della controversia, al mediatore designato, alla durata del procedimento e al relativo esito.

3. La segreteria verifica:

a) la conformità della domanda di mediazione ai requisiti formali previsti dal presente regolamento e la annota nell'apposito registro;

b) l'avvenuta effettuazione del pagamento delle spese di avvio del procedimento e delle spese di mediazione.

4. La segreteria, inoltre, comunica, nel più breve tempo possibile e in una forma comprovante l'avvenuta ricezione:

a) alla parte istante: il nominativo del mediatore designato, la data e il luogo dell'incontro di mediazione;

b) all'altra o alle altre parti:

la domanda di mediazione;

il nominativo del mediatore designato;

la data e il luogo dell'incontro di mediazione con l'invito a comunicare, almeno otto giorni prima dell'incontro, la propria adesione, e a partecipare personalmente al procedimento, avvertendole che – **salvo nei casi di cui all'art.**

5, comma 1 del d.lgs. n. 28/2010 l'incontro non avrà luogo ove almeno una di esse non comunichi la propria intenzione di parteciparvi. **In tali casi e** qualora l'istante abbia richiesto che l'incontro abbia luogo anche se l'altra o le altre parti non abbiano dichiarato di volervi partecipare, la segreteria avverte queste ultime che l'incontro si terrà in ogni caso.

La segreteria informa, altresì, la parte dei benefici fiscali previsti dagli artt. 17 e 20 del d.lgs. n. 28/10 e l'avverte della circostanza che, ai sensi dell'art. 8, comma 5, del d.lgs., n. 28/10, il giudice, **nei casi previsti dall'articolo 5 del medesimo testo, condanna la parte costituita che non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio** e che può desumere dalla mancata partecipazione al procedimento argomenti di prova sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.

5. Ove l'incontro non abbia avuto luogo perché la parte invitata non ha tempestivamente espresso la propria adesione ovvero ha comunicato espressamente di non voler aderire e l'istante ha dichiarato di non volervi comunque procedere, la segreteria rilascerà, in data successiva a quella inizialmente fissata, una dichiarazione di conclusione del procedimento per mancata adesione della parte invitata. **Nei casi di cui all'art. 5, comma 1 del d.lgs. n. 28/2010 la segreteria rilascia l'attestato di conclusione del procedimento solo in presenza di verbale di mancata partecipazione redatto dal mediatore.**

Art. 4 - Sede del procedimento

1. Il procedimento di mediazione si svolge presso la sede dell'ODM.
2. La sede di svolgimento è derogabile con il consenso di tutte le parti, del mediatore e del responsabile dell'organismo.

Art. 5 - Funzioni e designazione del mediatore

1. Il mediatore assiste le parti nella ricerca di un accordo che esse reputino soddisfacente per la composizione della controversia.

2. In nessun caso il mediatore svolge attività di consulenza sull'oggetto della controversia o sui contenuti dell'eventuale accordo, salvo verificare la sua conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico.

3. L'ODM designa il mediatore individuandolo tra gli iscritti all'albo degli Avvocati, eventualmente in adesione all'indicazione congiunta delle parti, tra i nominativi inseriti negli appositi elenchi.

4. Al fine di garantire imparzialità e **professionalità** nella prestazione del servizio l'ODM provvede alla designazione del mediatore secondo criteri di rotazione **inderogabili e predeterminati** che tengano conto dell'oggetto, del valore della controversia e delle **competenze specifiche del mediatore**. **A tal fine costui, al momento dell'iscrizione nell'elenco, deposita il proprio curriculum con l'attestazione degli eventuali titoli postlaurea conseguiti,**

dell'esperienza professionale maturata e di ogni altro elemento ritenuto utile alla valutazione. In ogni caso il mediatore indica le materie rispetto alle quali non intende prestare opera di mediazione.

5. Il mediatore deve eseguire personalmente la sua prestazione.

6. Il mediatore deve comunicare alla segreteria, prontamente e non oltre due giorni dalla comunicazione della sua designazione, l'accettazione dell'incarico.

7. Al momento dell'accettazione, il mediatore deve sottoscrivere un'apposita dichiarazione di imparzialità attenendosi a quanto prescritto dall'art. 6 del presente regolamento.

8. Le parti possono richiedere all'ODM, in base a giustificati motivi, la sostituzione del mediatore. In caso di accoglimento dell'istanza l'ODM nominerà un altro mediatore.

9. L'ODM provvederà parimenti alla sostituzione del mediatore, qualora questi, nel corso del procedimento, rinunci all'incarico previa dichiarazione scritta e idoneamente motivata, che deve essere accettata dall'ODM medesimo.

10. Solo in casi particolari ovvero ove non sia possibile nominare uno o più mediatori ausiliari o la controversia lo renda assolutamente necessario, il mediatore può provvedere all'individuazione, per il tramite della segreteria, di un esperto iscritto nell'albo dei consulenti e dei periti presso i tribunali. La nomina è subordinata all'impegno sottoscritto da almeno una delle parti a sostenerne gli oneri secondo i compensi previsti dall'ODM, da eventuali norme di legge o dalle tariffe professionali. All'esperto si applicano le disposizioni del presente regolamento che riguardano i casi di incompatibilità e l'imparzialità del mediatore, nonché le regole di riservatezza.

Art. 6 - Cause di incompatibilità e garanzie di imparzialità del mediatore

1. Il mediatore non può accettare la nomina quando:

a) abbia in corso rapporti o relazioni di tipo professionale, commerciale, economico, familiare o personale con una delle parti;

b) una delle parti del procedimento sia assistita da professionista di lui socio o con lui associato, ovvero che eserciti negli stessi locali.

2. In ogni caso il mediatore deve comunicare alle parti ogni circostanza di fatto e ogni rapporto con i difensori che possano incidere sulla sua indipendenza anche ai fini di quanto previsto dall'art. 7, comma 7.

3. Il mediatore è chiamato a svolgere la sua funzione improntando il proprio comportamento a probità e correttezza affinché il procedimento si svolga con imparzialità e indipendenza.

4. Il mediatore deve comportarsi nel corso del procedimento in modo da preservare la fiducia in lui riposta dalle parti e deve rimanere immune da influenze e condizionamenti esterni di qualunque tipo.

Art. 7 - Riservatezza

1. Il procedimento di mediazione è riservato e tutto quanto viene dichiarato nel corso degli incontri o nelle sessioni separate non può essere registrato o verbalizzato. A tal fine tutti i soggetti presenti agli incontri di mediazione sottoscrivono un'apposita dichiarazione.

2. Il mediatore, le parti, la segreteria e tutti coloro che intervengono al procedimento non possono divulgare a terzi i fatti e le informazioni apprese in relazione al procedimento di mediazione.

3. Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti.

4. Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio che abbia, totalmente o parzialmente, il medesimo oggetto del procedimento di mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni.

5. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio.

6. Il mediatore, gli addetti dell'ODM, i consulenti e chiunque altro abbia preso parte al procedimento non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione davanti all'autorità giudiziaria o ad altra autorità.

Art. 8 - Procedimento di mediazione

1. Il mediatore conduce l'incontro senza formalità di procedura, sentendo le parti congiuntamente o separatamente.

2. Al termine di ciascun incontro il mediatore dà atto per iscritto dei soggetti presenti all'incontro o della mancata partecipazione.

3. Il mediatore, d'intesa con le parti, può fissare eventuali incontri successivi al primo.

4. Quando le parti non raggiungono un accordo e ne facciano concorde richiesta, il mediatore formula una proposta di conciliazione qualora disponga degli elementi necessari.

5. In caso di mancata adesione o partecipazione al tentativo di mediazione, il mediatore non può formulare la proposta, salvo quanto disposto all'art. 9, comma 2. Prima di formulare la proposta, il mediatore informa le parti che se il provvedimento che definisce il giudizio:

a) corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice escluderà la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condannerà

al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, ivi compresi i compensi dovuti al mediatore e all'esperto eventualmente nominato, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto;

b) non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto eventualmente nominato.

6. Il mediatore nella formulazione della proposta è tenuto al rispetto dell'ordine pubblico e delle norme imperative. Salvo diverso accordo delle parti, in nessun caso la proposta può contenere riferimenti alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento, ad eccezione degli elementi risultanti dai documenti depositati e noti a tutte le parti del procedimento.

7. La Segreteria comunica alle parti per iscritto e in una forma comprovante l'avvenuta ricezione, la proposta formulata dal mediatore.

8. Le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata.

Art. 9 - Controversie in materia di RCA e di responsabilità medica

1. Fermo restando quanto previsto al precedente art. 8, comma 4, nelle controversie in materia di responsabilità derivante dalla circolazione di veicoli e natanti e di responsabilità medica il mediatore può formulare la proposta anche se la richiesta proviene da una sola delle parti, purché la stessa sia avanzata con la domanda di mediazione o con la successiva accettazione, prima dell'inizio dell'incontro di mediazione.

2. La Segreteria informa l'altra o le altre parti che l'istante ha richiesto al mediatore di formulare la proposta, e che tale proposta sarà formulata anche in caso di loro mancata adesione.

3. Qualora tale richiesta sia effettuata, il mediatore che abbia elementi sufficienti, può formulare la proposta anche in caso di mancata adesione o partecipazione dell'altra parte.

Art. 10 - Conclusione del procedimento di mediazione

1. Il procedimento si conclude:

a) nel caso di mancata partecipazione di una o più parti, salvo quanto previsto dall'art. 9;

b) quando le parti raggiungono un accordo;

c) quando le parti non aderiscono alla proposta formulata dal mediatore;

d) quando il mediatore non ritiene utile proseguire il procedimento;
e) decorsi quattro mesi dalla proposizione della domanda di mediazione, salvo diverso accordo delle parti.

2. La sospensione o la cancellazione dell'ODM dal registro non hanno effetto sul procedimento in corso.

3. Se è raggiunto un accordo, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo.

4. Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione dell'eventuale proposta formulata.

5. Il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Nello stesso verbale, il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione.

6. Il processo verbale è depositato presso la segreteria dell'ODM e di esso è rilasciata copia alle parti che lo richiedono.

7. Gli oneri fiscali derivanti dall'accordo raggiunto sono assolti dalle parti.

8. Al termine del procedimento ciascuna parte è tenuta a compilare la scheda di valutazione del servizio di mediazione predisposta dall'ODM.

Art. 11 - Indennità

1. L'indennità comprende le spese di avvio del procedimento, di mediazione e il compenso dovuto ai mediatori.

2. È liquidato a parte il compenso per l'esperto di cui all'art. 5, comma 8.

3. Per le spese di avvio del procedimento, a valere sull'indennità complessiva, è dovuto da ciascuna parte un importo di Euro 40,00, che deve essere versato, dalla parte istante, al momento del deposito della domanda di mediazione e, dalla parte aderente al tentativo di mediazione, al momento dell'adesione e, comunque, prima dell'incontro.

4. Per le spese di mediazione è dovuto, da ciascuna parte, l'importo indicato nella tabella allegata al presente regolamento, che deve essere corrisposto in misura di metà, prima dell'incontro di mediazione.

5. Il mancato pagamento delle spese di mediazione costituisce giusta causa di recesso per l'ODM.

6. Il valore della lite è indicato nella domanda di mediazione a norma del codice di procedura civile. Lo stesso è determinato dall'ODM nel caso risulti indeterminato, indeterminabile o vi sia notevole divergenza tra le parti sulla stima. **In ogni caso, se all'esito del procedimento di mediazione il valore risulta diverso da quello dichiarato dalle parti l'importo dell'indennità è dovuto secondo il corrispondente scaglione di riferimento.**

6 bis. Nel caso di mancata adesione al procedimento di mediazione di tutte le parti convocate diverse dalla parte istante l'indennità corrisponde

a € 40,00 per le liti il cui valore non superi gli € 250.000 ovvero a € 50,00 per le liti di valore superiore.

7. L'indennità dovuta è ridotta di un terzo:

a) nelle materie per cui l'instaurazione del procedimento di mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale;

b) nel caso in cui all'incontro di mediazione non siano presenti tutte le parti;

8. L'indennità dovuta è aumentata fino ad un quinto in caso di conclusione dell'accordo; e deve essere aumentata di un quinto in caso di formulazione della proposta:

9. È facoltà dell'ODM:

a) aumentare fino ad un quinto l'indennità dovuta in caso di particolare importanza, complessità o difficoltà dell'affare.

b) rideterminare l'indennità qualora all'esito del procedimento l'accordo sia raggiunto su valori superiori, rispetto allo scaglione determinato dalle parti.

c) ridurre l'indennità di un ulteriore terzo nelle materie per le quali la mediazione costituisce condizione obbligatoria di procedibilità nel caso in cui la parte invitata non aderisca al procedimento.

10. L'ODM ridetermina ogni tre anni l'ammontare delle indennità.

11. Quando la mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la parte che sia in possesso delle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'art. 76 (L) del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, è esonerata dal pagamento delle indennità. A tal fine essa è tenuta a depositare, presso l'ODM, apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo mediatore o da altro soggetto a ciò abilitato, nonché a produrre, a pena di inammissibilità dell'istanza la documentazione comprovante la veridicità di quanto dichiarato.

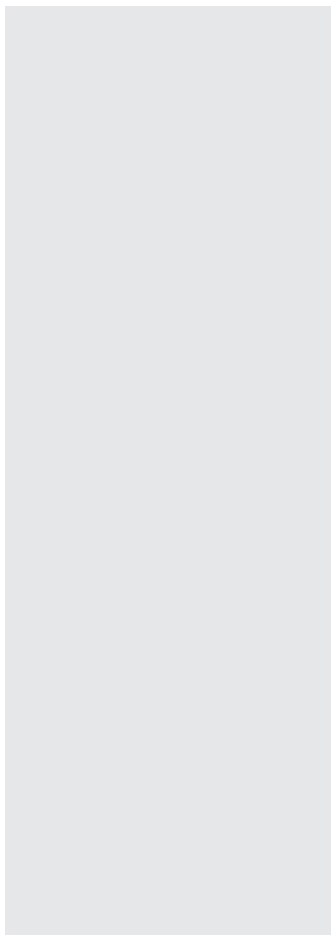
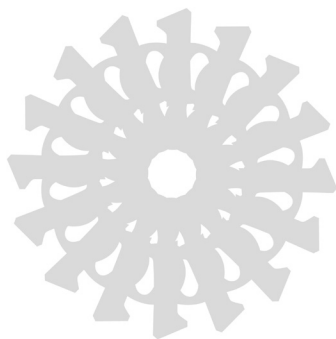
12. Il mediatore di un procedimento in cui tutte le parti si trovino nel caso previsto nel comma precedente deve svolgere la sua prestazione gratuitamente. Nel caso in cui le condizioni predette riguardino solo talune delle parti, il mediatore riceve un'indennità ridotta, in misura corrispondente al numero delle parti che non risultano ammesse al gratuito patrocinio.

Art. 12 - Tirocinio assistito

1. L'organismo di mediazione consente gratuitamente a ciascun mediatore iscritto nei propri elenchi di svolgere il tirocinio assistito prescritto dalla normativa vigente.

2. Il tirocinio assistito sarà consentito anche ai mediatori di altri organismi, tenendo conto del numero delle mediazioni effettivamente svolte e della necessità di garantire prioritariamente l'aggiornamento ed il tirocinio dei mediatori iscritti presso il proprio organismo.

AVVOCATURA E SOCIETÀ



Giustizia civile ed economia

Gli avvocati italiani per la ripresa

Giuseppe Carriero

I nessi tra diritto ed economia

Il tema oggetto di queste brevi considerazioni impone preliminarmente di riflettere e identificare i nessi tra i due termini (giustizia civile ed economia) che compongono il sintagma. Questi, per vero, non riguardano solo lo specifico quanto complesso universo di questioni relative al versante considerato, ma chiamano in gioco le ormai accertate complementarità tra norme giuridiche, diritto vivente e loro effetti sui rapporti patrimoniali in chiave di crescita, competitività, efficienza. La rilevanza del “mercato delle regole” a fini economici è ampiamente testimoniata tanto da studi teorici quanto soprattutto dall’attenzione di organismi internazionali (Banca Mondiale, FMI, OCSE), con importanti conferme in numerose analisi empiriche che segnalano effetti quantitativamente significativi tra “qualità” del diritto e principali indicatori di performance economica. Ciò non solo, com’è intuitivamente percepibile, nell’ambito di paesi in via di sviluppo (dove l’introduzione di diritti *basic* in tema di proprietà, contratto, impresa, loro *enforcement* può determinare considerevoli incrementi del prodotto interno lordo), ma anche in contesti economicamente evoluti dove l’uso delle tradizionali leve di politica economica (cambio, spesa pubblica, tassi d’interesse) si è significativamente ristretto.

L’emersione di quello che gli economisti qualificano come “residuo del residuo” a fini di crescita economica indusse chi parla, insieme a Pierluigi Ciocca e a Monica Marcucci, a intraprendere una non facile ricerca tesa a verificare – dall’unità d’Italia a oggi – la corrispondenza dei principali istituti rilevanti per il diritto dell’economia (proprietà, contratto, lavoro, impresa, fallimento, concorrenza, processo civile e finanza) ai bisogni della sottostante realtà fenomenica e ai principali indicatori internazionali¹.

Quelli tra giustizia civile ed economia

Da questo insieme più ampio, in un rapporto di *genus a species*, la questione “giustizia” è centrale e, per taluni aspetti, anche maggiormente rilevante nella misura in cui rappresenta trasversalmente il paradigma dell’effettività dei diritti garantiti e riconosciuti dall’Ordinamento, realizzando il passaggio dalla *law in*

¹ Cfr. G. CARRIERO - P. CIOCCA - M. MARCUCCI, *Diritto e risultanze dell’economia nell’Italia unita*, Laterza, Roma-Bari 2003, pp. 455 ss.

the books alla *law in action*. I canali attraverso i quali la qualità della giustizia civile ha effetti sull'attività economica – segnatamente in punto di affidabilità e stabilità dei diritti proprietari, contrattuali e dell'impresa – sono molteplici.

L'efficiente applicazione dei contratti amplia il volume e la tipologia delle transazioni realizzate e determina un allargamento degli scambi; una giustizia affidabile promuove la concorrenza, agevola investimenti più certi e maggiori garanzie riguardo agli investimenti realizzati; quando assicurati adeguate tutele ai prestatori di fondi, accresce il ricorso al credito a fini d'investimento. Secondo Confindustria, nel suo recente documento d'analisi (*Ripresa globale: dallo slancio al consolidamento. Italia in ritardo*, Roma, 2011), «una riduzione del 10 per cento della lunghezza dei processi» (civili) «aggiungerebbe lo 0,8 per cento al PIL» (p. 73). La Banca d'Italia rileva che la perdita annua di PIL attribuibile ai difetti della nostra giustizia civile potrebbe giungere a un punto percentuale (cfr. *Considerazioni finali*, Roma, 2011, p. 12).

Ma non di solo PIL si tratta

Premesso che lo stesso paniere di cui il PIL si compone è oggetto, dopo la crisi dei mercati finanziari, di ripensamenti in quanto circoscritto a indicatori meramente monetari o patrimoniali non più compiutamente rappresentativi di componenti del benessere di diversa natura, non di solo PIL naturalmente si tratta. Le ricadute di una giustizia civile in crisi si riflettono prioritariamente su diritti della persona costituzionalmente garantiti, investono le ragioni del vivere civile, la stessa intima essenza del “contratto sociale”.

La denegata giustizia che segue alla ritardata giustizia provoca allontanamento dalla realizzazione dei diritti, ineffettività delle norme, incentivi a comportamenti opportunistici e grava più pesantemente proprio sui soggetti più deboli. L'acquisita consapevolezza della dimensione economica del problema è tuttavia importante, anche in chiave strumentale. Consente, attraverso l'autorevole intervento analitico e propositivo delle istituzioni, di veicolare significative informazioni presso la pubblica opinione; di promuovere il confronto tra i soggetti pubblici e privati a ciò interessati; di sollecitare adeguate proposte risolutive.

Giuristi ed economisti: gioco cooperativo?

La crisi della giustizia chiama a partecipare alla soluzione del problema sia gli economisti sia i giuristi. Trattandosi di questioni complesse tanto nella diagnosi quanto nelle proposte, suppone un gioco necessariamente cooperativo da parte dei portatori di tali saperi, pena altrimenti inammissibili “dilemmi del prigioniero” che precluderebbero irrimediabilmente ogni via d'uscita.

Tra le più importanti lezioni della crisi, dovrebbe risultare definitivamente acquisita la esclusione della autoreferenzialità disciplinare di economia e diritto quali scienze autonome (o, forse meglio, “esatte”). L'intuitivo riferimento è, per un verso, al concettualismo giuridico; per altro verso alla teoria economica

neoclassica. Miopia culturale, arroganza intellettuale, costi sociali sono spesso stati e sono conseguenze di quel pregiudizio. E tuttavia, mentre dalla impietosa descrizione dello stato della cultura giuridica italiana di fine anni Settanta (effettuata, quale *Alien in Rome*, da J.H. Merryman) ad oggi, molta acqua è passata sotto i ponti del diritto (non essendo il concettualismo giuridico più dominante nelle aule universitarie né in quelle dei tribunali), non altrettanto, per lo meno non nella stessa misura, sembra essere avvenuto tra gli economisti (va da sé: tra alcune frange integraliste di economisti).

Nonostante quanto accaduto abbia clamorosamente contraddetto la teoria dei mercati efficienti e risulti palesemente incoerente con l'ipotesi delle aspettative razionali, permane l'equivoco che l'economia, politicamente neutra, sia regolata da proprie leggi naturali. I suoi sacerdoti sono tecnici, matematici ed analisti in grado di decidere, non di inutilmente discutere. In quanto conoscitori di quelle leggi e di quei meccanismi, essi rappresentano i soli in grado di interpretarli e declinarli correttamente. Il diritto diviene così mera e spesso inutile sovrastruttura: «comunismo e capitalismo mostrano un'intrinseca fraternità e si ritrovano insieme nel postulare una struttura economica capace di determinare tutte le forme di vita»².

Primi importanti segnali di resipiscenza derivano dalla identificazione delle principali concause della crisi finanziaria se finanche Posner, nel suo secondo libro sull'argomento³ è costretto ad ammettere, rispolverando Keynes, che «un'economia capitalistica non gestita è intrinsecamente instabile» anche e soprattutto quando «la professione degli economisti, data la crescente connotazione matematica del suo campo d'indagine e dei suoi esponenti, si disinteressa dei dettagli istituzionali». Ma è ancora troppo poco. Soprattutto, è ancora presto.

Due distorsioni

Tale pregiudizio concorre a distorcere la realtà e a creare polemiche strumentali e sterili che rappresentano, nel loro unicum culturale e nei sottesi tratti di provincialismo, forse il più consistente ostacolo alla soluzione del problema. I due più recenti esempi sono rappresentati per un verso dalla supposta primazia, nell'ambito della *western legal tradition*, della *common law* quale famiglia giuridica rappresentativa dei migliori indicatori di efficienza economica nella concorrenza tra gli ordinamenti, che deriverebbe dai rapporti *Doing Business* redatti dalla Banca Mondiale; per altro verso dal nesso tra cattiva amministrazione della giustizia ed eccessivamente elevato numero di avvocati.

² N. IRTI, *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2009, p. 1244

³ R.A. POSNER, *La crisi della democrazia capitalistica*, Università Bocconi Editore, Milano 2010. In precedenza, ID., *A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression*, Harvard University Press, Cambridge 2009.

Asserita primazia del *common law* e alto numero di avvocati: critica

Eminenti giuristi continentali francesi (specie in occasione del bicentenario del *Code Napoléon*) e italiani⁴ si sono fatti carico di dimostrare come, ad onta di apparenze e di superficialità, le famiglie giuridiche di *common law* e di *civil law* anziché contrapporsi tendano invece a convergere. Possono solo qui citarsi a conferma un noto saggio di G. Calabresi (*The age of statutes*) degli anni Ottanta e la stessa circostanza della matrice prevalentemente giurisprudenziale della disciplina italiana sulla responsabilità civile. Ma è forse sufficiente ricordare la mole del *Dodd-Frank Act* del 21 luglio 2010. Questo tuttavia non basta a fugare l'equivoco che ascrive a quei rapporti un significato di *hit parade* tra gli ordinamenti, equivoco ormai ampiamente veicolato nella *communis opinio* grazie anche a strumenti di c.d. "sapienza breve" (v. la magistrali pagine dall'omonimo titolo di G. Guarino, pubblicate sulla rivista telematica *Aperta contrada*), quali soprattutto internet. Ciò che è peraltro quanto di più lontano dagli scopi di tali rapporti, visto che essi evitano accuratamente l'uso di indicatori che attengano al grado di democraticità del sistema e, più in generale, della qualità della vita, risultando per contro limitati a misurare i costi transattivi imposti all'impresa quali guide rivolte a investitori esteri.

Riguardo agli avvocati, la predisposizione di queste note mi ha sollecitato la rilettura di un saggio (pubblicato nel 1997 sulle colonne del Foro italiano, V, c. 241 ss.) di un indimenticato, fine maestro quale è stato Franco Cipriani dal titolo identico a quello di Piero Calamandrei del lontano 1921⁵ salvo il provocatorio (quanto eloquente) interrogativo finale che sostituisce, nella interpunzione, l'esclamativo del saggio di Calamandrei (*Troppi avvocati!* questo; *Troppi avvocati?* quello di Cipriani). Premesso che l'uso dell'argomento comparativo mi sembra, in questo caso, dubbio nella misura in cui raffronta professioni solo nominalmente comuni, essendo disciplina e ruolo degli avvocati tra alcuni paesi sideralmente distanti, Cipriani come Alpa distingue (in Italia) tra avvocati abilitati e avvocati effettivamente esercenti iscritti alla Cassa forense. Osserva: 1) che, fatta salva la Francia, il numero degli avvocati italiani non è molto dissimile da quello di altri paesi europei e, in particolare, dell'Inghilterra. Anche su questo gli esiti dell'analisi convergono con quelli Alpa che, con la riferita avvertenza metodologica, stima in 190 mila gli avvocati italiani e in 170 mila quelli inglesi; 2) che non sono aumentati, in Italia, solo gli avvocati, ma anche e soprattutto i diritti dei cittadini; 3) che si tratta comunque di un fenomeno non isolato, visto che negli USA, a seguito della *litigation explosion*, «nei quattro decenni successivi alla seconda guerra mondiale la popolazione degli avvocati è cresciuta da circa 200 mila a oltre tre quarti di milione»; 4) che «se ci sono molti avvocati significa anche che la concorrenza è fortissima e taluni sono costretti a pensare più a se stessi che ai propri clienti ma,

⁴ G. ALPA, nella introduzione a questi scritti; A. GAMBARO, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2009, pp. 7 ss.

⁵ In AA.VV., *Opere giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, Morano, Napoli 1966, II, p. 65.

se non vogliamo sopprimere i diritti e lo Stato di diritto, dobbiamo convincerci che questo inconveniente è nella natura delle cose ed è, come tale, ineliminabile: la gente è, infatti, nelle mani degli avvocati esattamente come lo è nelle mani dei medici, dei meccanici e degli idraulici»; 5) che «i primi a ritenere che gli avvocati siano ‘troppi’ sono proprio... gli avvocati, il cui sogno, come doveva aver ben capito il giovane Calamandrei, è da sempre quello di essere in pochi»; 6) che «se diminuissero gli avvocati non diminuirebbero le cause, in quanto queste, salvo ineliminabili eccezioni, esistono perché le vogliono le parti, non perché le vogliono gli avvocati. Del resto» – aggiunge – «in Italia, tra il 1913 e il 1966, pur essendosi gli avvocati pressoché raddoppiati, le cause civili diminuirono di due terzi (da 1.200.000 a 464.000 l'anno)»; 7) che l'Italia «viene condannata a Strasburgo perché i suoi giudici non riescono a rendere giustizia in tempi ragionevoli, non perché ha troppi avvocati». Questi elementi di dubbio certo non giustificano l'inazione ma almeno legittimano più meditate riflessioni sull'indimostrato nesso eziologico tra disfunzioni del processo civile e numero degli avvocati.

Che fare?

È risultato ormai acquisito (anche tra i cultori del processo civile)⁶ quello che occorra soprattutto incidere sul versante organizzativo del problema. Lo testimoniano eloquentemente recenti studi e analisi finalmente incentrati su tali specifiche tematiche, nel presupposto che l'offrire e il domandare giustizia siano sintomatici della presenza di un servizio pubblico da svolgere con economicità ed efficienza.

In un convegno organizzato dal Consiglio Nazionale Forense nel 2007 sui *Costi dei servizi legali per le imprese* isolai, quale personale contributo al dibattito, tre macro aree di possibili interventi, relative rispettivamente: 1) agli assetti e alle dinamiche organizzative che presiedono allo svolgimento dei processi; 2) alla introduzione e al consolidamento di forme di giustizia stragiudiziale; 3) alla qualità della legislazione. Con particolare riguardo alla prima, ebbi modo di insistere sulla rivisitazione della geografia giudiziaria, sul governo degli uffici giudiziari, sulla tecnologia (v. il mio *Costo dei servizi legali e giustizia civile*, ora in *Scritti di diritto dell'economia*, Milano, 2010, pp. 43 ss.). Il contributo analitico fornito dal Centro studi di Confindustria mi sembra muoversi nella stessa direzione, con dovizia di particolari e proposte condivisibili nel merito. Tra le quali certo anche la rivisitazione degli incentivi che regolano le condotte degli avvocati, ma per il tramite della sede propria rappresentata dalla riforma della professione forense in discussione in parlamento e non sulla scorta di estemporanee, non sufficientemente meditate proposte di pochi.

⁶ Cfr., ad esempio, G. COSTANTINO, *Tra processo e organizzazione. Per una giustizia civile tempestiva ed efficace*, ora in Id., *Riflessioni sulla giustizia (in)civile*, Giappichelli, Torino 2011, pp. 27 ss.

Costi del processo e inefficienze della pubblica amministrazione

L'ostacolo è rappresentato dai tempi e dalle sottese priorità. A questo riguardo sembra possa utilmente muoversi dal consolidare gli interventi in atto con riferimento a due profili già oggetto di proficui risultati: quelli relativi ai costi d'accesso al servizio e quelli relativi a cause seriali anomale che vedano quale parte una pubblica amministrazione.

Secondo stime della Commissione europea, le spese legali (onorario degli avvocati) e processuali in Italia sarebbero inferiori alla media dell'Unione europea e in rapporto di 1 a 8 con il valore calcolato per il Regno Unito, paese con i più elevati costi privati di giustizia. I più critici dati della Banca Mondiale non mi sembrano, sotto questo profilo, significativi in quanto, per un verso, relativi alle sole procedure esecutive e, per altro verso, perché incorporano costi, diretti e indiretti, inerenti alla molteplicità dei passaggi procedurali considerati, rinviando perciò alla concettualmente diversa questione dei tempi della giustizia.

Incidere su costi ed efficienza del processo implica sul piano della cultura diffusa, passare da una concezione di "funzione" a una concezione di "servizio pubblico". Ora, premesso che la prima non trova significativi riscontri nella comparazione con altri ordinamenti evoluti nella dinamica di società post-industriali, non può omettersi di considerare che il garantire a tutti, come l'art. 24 Cost. pretende, la difesa dei diritti significa – in un rapporto di mezzo al fine – assicurare giustizia. Oltre a negarla a chi faccia valere i propri diritti, ritardi e inefficienze favoriscono quanti si avvalgano strumentalmente del processo per interessi opportunistici. I relativi costi sono a carico di tutti i contribuenti che così, paradossalmente, finanziano l'uso distorto da parte di pochi. Sotto le mentite spoglie dell'egalitarismo formale si celano demagogie, collusioni, rendite di posizione, inefficienze. Soprattutto, visto il nesso con variabili economiche, costi sociali crescenti. Occorre invece prendere atto, nella diversa prospettiva offerta, che se si chiede di accedere a un servizio di qualità, occorre – almeno in parte – remunerarlo. La questione si sposta, di conseguenza, dall'*an* al *quantum*, essendo di manifesta evidenza che l'accesso al servizio non può risultare (agli estremi) riservato ai più ricchi (i soli in grado di pagarlo) o ai più poveri (i soli ammessi al gratuito patrocinio).

Interventi in questa direzione e in quella di maggiore efficienza della pubblica amministrazione non solo non comportano costi a carico del bilancio dello Stato, ma sono anzi portatori di maggiori entrate e di disincentivi alla litigiosità. Sembra perciò lecito auspicare su essi un diffuso consenso utile a consolidare primi significativi risultati.

La precondizione per riforme strutturali o anche solo congiunturali in grado di generare efficienza consiste tuttavia nel non disperdere energie, professionalità, passione civile su pregiudizi spesso distorsivamente chiamati in causa (nel migliore dei casi) per mera provocazione intellettuale.

La pratica forense come scelta consapevole

Carla Guidi

Nell'analizzare gli elementi di interesse per la professione forense nelle recenti manovre economiche e di liberalizzazione varate dal Governo, particolare attenzione richiede la nuova disciplina del tirocinio per l'accesso alla professione. Vediamo i criteri introdotti con le varie disposizioni: svolgimento della attività formativa con limitato controllo degli ordini; equo compenso di natura indennitaria ai praticanti commisurato al concreto apporto; durata complessivamente non superiore a diciotto mesi; possibilità di svolgere il tirocinio durante il corso degli studi universitari (dalla disposizione sono escluse le professioni sanitarie per le quali resta confermata la normativa vigente).

Criteri che devono confrontarsi con le novità contenute nella proposta di legge di riforma dell'Ordinamento professionale: test di ingresso ai fini dell'iscrizione nel registro dei praticanti; incompatibilità con qualunque tipo di impiego pubblico o privato; durata di due anni; adeguato compenso, decorso il primo anno, commisurato all'apporto dato per l'attività effettivamente svolta ovvero quello convenzionalmente pattuito.

Nell'analizzare le novità introdotte non possiamo, tuttavia, non chiederci se tali strumenti e criteri possano incidere sulla situazione attuale, agevolando e sostenendo i giovani che si affacciano alla professione.

Una legge non esaustiva e misure introdotte in modo disorganico sembrano, infatti, in niente riconoscere il ruolo costituzionale e sociale dell'avvocatura ed in niente tenere conto degli elementi di criticità che rendono invece necessarie specifiche iniziative di sostegno per donne e giovani nell'avvio della vita professionale.

Avvocatura come lavoro e non come scelta ideale

La situazione dell'avvocatura italiana si è fortemente trasformata rispetto al modello tradizionale e ciò non soltanto nei numeri (oggi, dei circa 240.000 avvocati iscritti agli albi il 65% è costituito da giovani infra quarantacinquenni dei quali oltre il 60% è donna). I giovani (meno le donne, come confermato dal Rapporto Censis 2010) scelgono, in maggioranza, la professione di avvocato non per passione, ma quale unico sbocco lavorativo. Lo studente italiano si laurea in ritardo rispetto alla media europea così come in ritardo si immette nel mondo del lavoro. Tale identità giovanile, ed in parte femminile, all'interno dell'avvocatura, rispecchia quella dei giovani nella società e nel mondo del lavoro di oggi.

L'analisi dell'ultimo rapporto sociale del Censis descrive, infatti, la società italiana come una società "replicante", "ripiegata su se stessa": modello in cui si riflette il ripiegamento in ruoli, di fatto, impiegatizi/subordinati ed il

conseguente depotenziamento di un necessario spirito imprenditoriale al fine della ricerca di un proprio autonomo ruolo.

In particolare, nelle donne e nei giovani avvocati si rileva un livello di soddisfazione mediamente scarso relativamente al risultato economico della propria attività professionale, rapportato anche all'impegno di lavoro ed al tempo dedicato alla professione e conseguentemente sottratto alla vita privata: ciò ha determinato l'accettazione, da parte degli stessi, di una situazione che li vede all'interno degli studi legali senza una clientela propria, di fatto in ruoli subordinati: tale situazione di grave disagio ed insicurezza necessita di un intervento normativo che accolga la richiesta di una maggiore, necessaria chiarezza e trasparenza in ordine ai rapporti di lavoro di fatto esistenti negli studi legali. Intervento richiesto con forza dall'avvocatura riunita a Genova con l'approvazione della mozione elaborata dal gruppo Pari opportunità - Giovani.

In un sistema come l'attuale, che parte dal presupposto di una possibilità di lavoro per tutti, non si può continuare ad alimentare tale illusione lasciando che le cose si risolvano da sole, così "giocando" con il futuro delle persone. Tale sistema, infatti, vede oggi i professionisti sempre più precari, senza alcun "paracadute sociale": situazione che, per la prima volta, è stata presa in esame dalle stesse parti sociali e dai sindacati in particolare.

Se le parti imprenditoriali lamentano di non reperire giovani professionisti adeguatamente formati e specializzati per le nuove domande di mercato, dall'altra, i sindacati rilevano come il precariato non sia più uno status proprio esclusivamente del lavoratore dipendente e come la maggioranza dei professionisti italiani sia ormai composta da precari mascherati senza riconoscimenti, partite iva aperte sotto l'obbligo del datore di lavoro.

È questa riconduzione al mondo del lavoro, dove il "modello" subordinato e contrattualizzato rappresenta una parte assolutamente minoritaria della forza lavoro esistente nel paese, in grandissima parte rappresentata da lavoratori autonomi e dalle c.d. partite iva, che richiede una maggiore attenzione da parte di tutti ed in particolare del legislatore, a parer mio, ancora, purtroppo, distratto da superficiali valutazioni nei confronti dell'avvocatura vista come "casta" e beneficiaria di privilegi che più nulla hanno a che fare con il "corpo vivente" di una categoria che lotta per la propria sopravvivenza, distratta anch'essa dal considerare scenari nuovi per i quali si è impreparati e disarmati. La drammatica situazione della disoccupazione giovanile intellettuale richiede all'Avvocatura di riconsiderare, se non abbattere, stereotipi quali quelli legati all'incompatibilità tra *ius postulandi* e rapporto di lavoro dipendente all'interno degli studi legali.

Gli interventi richiesti

Da tale quadro emerge la necessità di approntare interventi normativi diretti a programmare il numero degli iscritti nelle Facoltà di giurisprudenza commisurandolo alle attitudini, alle effettive esigenze del mercato ed alle reali possibilità di occupazione.

A tale proposito, l'anticipazione del tirocinio agli ultimi anni di università è senz'altro positiva, ma non può prescindere da una seria programmazione dei bisogni, né l'esame di Stato è strumento selettivo adeguato per garantire lavoro a chi lo abbia superato. E sul punto esame, è possibile non trovare nuovi meccanismi che garantiscano maggiore rispetto della qualità? È possibile conservare un esame che si può ripetere all'infinito ed a qualunque età della vita?

La scontentezza diffusa, la preoccupazione per il futuro da parte di giovani e non più giovani, il ripiegamento che caratterizza la nostra società ed anche tanti giovani avvocati che più che un ideale inseguono una fonte di modesto guadagno pur che sia, la crisi di identità ed economica rendono necessario un attento, approfondito studio che sia la base di nuove regole per l'avvocatura di domani.

Tale trasformazione del modello tradizionale è ormai evidente ed è significativo di una mancanza di fiducia nella professione e di un degrado dell'avvocatura nella credibilità sociale anche il fatto che vi siano sempre meno figli di avvocati che decidono di proseguire l'attività dei padri.

È necessario chiedersi, in tale contesto, cosa sia possibile fare per includere e non escludere rispetto ad una società e ad un mercato in cui l'esclusione è di fatto nella condizione di "precarietà" e non sopravvivenza dei giovani che si affacciano alla professione. Professione nella quale, peraltro, i giovani, come è risultato dal Rapporto Censis, non sembrano trovare maestri, e questo rappresenta un ulteriore *vulnus* dell'attuale forma di tirocinio.

Come già sottolineato nella ormai più volte richiamata mozione di Genova, in un momento in cui gli spazi di mercato per gli avvocati sono da ogni parte erosi, occorre che l'avvocatura si attivi per una analisi economico-sociale dei bisogni così da orientare la formazione e la specializzazione di donne e giovani verso settori che richiedono specifica professionalità ed adeguata risposta.

La previsione di un compenso per il praticante porterà inevitabilmente alla chiusura delle porte anche per i giovani capaci e bravi: troveranno spazio i peggiori o comunque i più "segnalati" (figli, nipoti di...) e ciò con un impoverimento certo per l'avvocatura che trova nei giovani le risorse migliori.

Dobbiamo chiederci se l'introduzione di un compenso obbligatorio non sia uno strumento surrettizio per contingentare il numero. In tal caso ciò sarebbe disonesto, indice di scarsa chiarezza e trasparenza: con quali criteri si "seleziona" il tirocinio se non c'è posto per tutti?

È necessario, invece, partire da una corretta normazione e programmazione, intendendo, con programmazione, guardare al ruolo dell'avvocato non solo nel processo, ma nel contesto socio economico del paese e principalmente della macchina giudiziaria.

Così si diventa parti sociali, così ci si trova ai tavoli di concertazione dai quali i professionisti (e quindi gli avvocati) sono oggi esclusi.

Gli esempi da seguire

Si guarda con piacere ad una regione come quella Toscana che in un momento di grave crisi economica e sociale cerca di aiutare i giovani a costruirsi un futuro autonomo e dignitoso stanziando 30 milioni di euro nei prossimi tre anni e così rendendo obbligatorio il pagamento dei tirocinanti per le aziende (dei 400 euro mensili che il giovane percepirà a titolo di rimborso spese 200 euro saranno assicurati dalla Regione).

La volontà della Regione di estendere i tirocini retribuiti anche alle libere professioni è resa però difficile dalle peculiarità e dalle prerogative di professioni che non vedono/prevedono la possibilità di assumere il giovane a tempo indeterminato così usufruendo degli incentivi messi a disposizione dalla Regione.

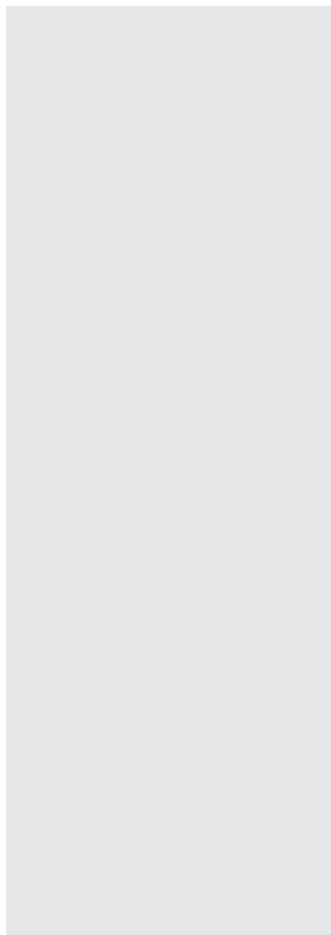
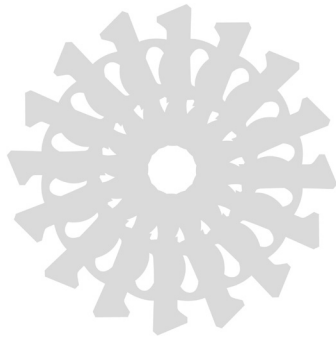
Ci si è mai chiesti quanto incide il “precariato professionale”, del quale si comincia finalmente a parlare, sul coefficiente di disoccupazione? Con chi è possibile per la categoria trattare questi problemi?

Considerazioni conclusive

È da tale contesto che occorre partire, dalla formazione liceale a quella universitaria, dal tirocinio all'esame di Stato, per individuare un modello nuovo di avvocatura, diverso dall'attuale.

Allo stato attuale, inalterato, a parer mio, dalle nuove previsioni delle manovre, rimane un'avvocatura “abbandonata a se stessa”, straripante nel numero e costretta ad una crescita smodata per il reflusso da categorie ben più protette per la stessa predeterminazione numerica (notai e magistrati) e dal blocco di assunzioni da parte degli enti locali, strangolati dalla crisi economica delle aziende. Di questo dobbiamo continuare ad occuparci con consapevolezza del cambiamento, ma con convinzione di un ruolo dell'avvocatura che è fondamentale nell'organizzazione del sistema paese ed in particolare della giustizia, nella rivendicazione dell'autorevolezza e del rango costituzionale che le compete.

CULTURA E PROFESSIONE



Il comico e la legge

Michele Marchesiello

Il comico e la legge

In cosa consiste l'effetto comico? Senza voler riesumare una vecchia e mai risolta questione, credo si possa dire che il comico porta sempre in primo piano la contraddizione tra l'individuale/personale/soggettivo e l'universale/impersonale/oggettivo, dalla quale ciascuno di noi è dominato. Nell'inscenare questa contraddizione – a differenza del “tragico”, che comporta la catarsi e l'identificazione – il comico esclude per principio qualunque coinvolgimento di chi assiste al dispiegarsi di quella contraddizione. Non vi sono, non devono esservi, per lo spettatore, sofferenza o pietà o “compassione”, ma solo sollievo e “rilascio” della tensione che l'incombere di quella contraddizione produce sempre in noi. L'effetto comico risiede proprio in questo rilasciarsi della tensione che ci tiene costantemente in bilico tra l'essere individuali e l'essere universali, mentre l'effetto tragico “rovescia” letteralmente quella contraddizione sulle spalle dell'individuo, chiamato a sentirsi – insieme – eroe e colpevole, a dover considerare ogni passo come se fosse quello decisivo e “fatale”.

E altra vecchia questione, anch'essa irrisolta – in cosa consiste la legge, non in astratto, ma nel suo dispiegarsi in effetti “legali”?

Credo possa dirsi che anch'essa consiste nel mettere a nudo la contraddizione (la tensione) esistente tra la condotta individuale e un modello astratto, generale, sostanzialmente indifferente al caso singolo. L'effetto della legge “in azione” è quello di enfatizzare e drammatizzare la tensione tra l'essere individuale e l'essere “universale” (nel senso in cui la legge ci prende in considerazione, assegnando se stessa al regno dell’“universale”).

Anche nel caso dell'applicazione della legge, come per il comico – che vuole far venire allo scoperto quella contraddizione, per enfatizzarla e risolverla in favore del generale-astratto-universale non dev'esserci nessuna sofferenza o pietà o compassione, ma solo la “rappresentazione” esplicita e impersonale delle conseguenze cui va incontro chi, esposto alla contraddizione, non si uniforma al modello generale.

Il senso della pena – al di là dei suoi aspetti materiali o fisici: la sofferenza e la morte; la perdita della libertà o dei propri beni – è precisamente in questo forzato risolvere la tensione in termini che ci costringono a negare noi stessi, e solo noi, come soggetti a nostro modo “universali”.

Il comico ha la sua arma specifica nel riso, che la società adopera contro

quanti mostrano di volersi appartare. Il riso – come diceva già Bergson¹ è la sanzione con cui si colpisce il distratto, l'isolato, l'insocievole. L'effetto comico è la risposta della collettività a una imperdonabile mancanza commessa nei suoi confronti; il ridicolo è in questo senso una vera e propria sanzione, una forma di controllo sociale che non viene demandata a organi e funzionari *ad hoc*, ma che è la società in generale a esercitare.

L'effetto e l'intenzione sanzionatori sono dunque comuni al comico e alla legge.

L'effetto sanzionatorio

Come funziona questo effetto "sanzionatorio" proprio del comico? Funziona, essenzialmente, privando della sua "individualità" l'individuo che ne viene colpito, facendone un personaggio, maschera o "macchietta", negando l'autenticità dei suoi gesti: in sostanza disumanizzandolo e condannandolo all'automaticità ripetitiva dello *sketch*. All'automatismo del lazzo corrisponde quello della risata.

Per questa ragione l'attore comico non deve soffrire davvero per le disavventure cui si espone sulla scena (a pena di diventare tragico), e il pubblico, "divertendosi", deve esorcizzare il sentimento della tragicità intrinseca del contrapporsi, come individui, a quell'universale che una società si arroga il diritto di esprimere, di conseguenza proclamandosi naturalmente "incolpevole", radicalmente innocente.

Allo stesso modo, il giudice (attore principale e regista della rappresentazione processuale) non deve rendersi partecipe della rappresentazione (mettendosi dal punto di vista di chi la "subisce", al pari del personaggio comico, nell'affrontare le proprie disavventure), se non come espressione della legge che "applica". Egli deve confermare la società nella propria certezza di essere, in quanto tale, innocente per definizione, riversando ogni possibilità di colpa sull'imputato o sui litiganti. E il pubblico – anziché divertirsi – deve assistere alla specifica "esemplarietà" del procedimento giudiziario: "commedia" dell'applicazione della legge, "tragedia" solo dal punto di vista di chi la subisce, al pari del "servo sciocco" della commedia o della farsa, che è lì proprio per farsi bastonare e dare dello sciocco. Anche la commedia della legge esige spersonalizzazione, astrattezza dei ruoli, esclusione del pubblico dalla manifestazione di sentimenti.

Si ride di Pulcinella o di Arlecchino (le cui sofferenze devono sembrare più che reali: iper, o surreali), ma non si può ridere dell'imputato o del litigante che si difende con tutte le armi a sua disposizione, comprese quelle offertegli dalla legge in modo neutro e imparziale. Chi ha assistito a un processo torna a casa pensoso, ma non commosso. Soprattutto sollevato. Non era di lui che parlava la commedia processuale.

¹ H. BERGSON, *Il riso*, Laterza, Roma-Bari 1994.

Un ubriaco che vuole comportarsi da sobrio, fa ridere: lo stesso ubriaco che viene arrestato “fa pena”. L’arrestato, chi viene punito, il condannato a morte, comandano il silenzio, nel momento in cui se ne nega la specificità di individui, di esseri umani condannati a soffrire la pena. Il ridere di lui è un equivoco, ma non tradisce l’identità dell’obiettivo: allontanare da sé la tensione della diversità.

Il notare i calzini rossi del condannato a morte, o – da parte di chi assiste all’esecuzione – il ricordarsi improvvisamente di aver lasciato la macchina in divieto di sosta: l’effetto comico è sempre in agguato a fianco del solenne dispiegarsi della giustizia.

Lo stesso fatto, la stessa situazione, possono rivelarsi comici o tragici, comici e tragici, a seconda del contesto o del punto di vista da cui li si collochi.

C’è sempre del tragico, nel comico, e del comico nel tragico: è solo una questione di limiti, convenienze, conseguenze, aspettative.

Premesse diverse

«Dipende dai punti di vista» come osservò Sydney Smith – scrittore inglese del primo ottocento dopo aver assistito, mentre passeggiava per un quartiere povero di Edimburgo, a un diverbio tra due donne che litigavano parlandosi da due caseggiati che si fronteggiavano.

«Quelle due donne non andranno mai d’accordo, perché discutono da premesse diverse» (*premise* in inglese indica sia la premessa, come la intendiamo noi, che un caseggiato con le sue pertinenze).

Il comico si fonda spesso sull’equivoco (premesse/edificio), tanto più divertente quanto più paradossali e apparentemente lontani gli esiti (in realtà, l’abitare due caseggiati diversi rende possibile se non probabile che siano diverse non solo le premesse in fatto da cui partono le due donne, ma anche quelle in diritto che fanno da pretesto alla lite).

Il diritto pretende di non conoscere equivoci, come non conosce lacune e non ammette ignoranza. Pretesa, come viene ormai riconosciuto, infondata e in gran parte assurda, perché anche il diritto (come ogni attività specificamente umana) deve necessariamente misurarsi con l’errore, l’equivoco, le ambiguità del linguaggio.

Da questa pretesa deriva anche un particolare tipo di effetto comico prodotto dal confronto tra il linguaggio tecnico del diritto e i significati ordinari che insistono sugli stessi termini, ma in contesti diversi.

L’“Alambicco del diritto” – titolo di una nota collana di testi giuridici non convenzionali – si riferisce alla struttura e agli effetti magici dei ragionamenti giuridici, ma anche (alambicco = storta) alle storture e alle assurdità – non poco comiche cui il diritto molte volte conduce.

Il tragico e il comico si confrontano e misurano nel diritto, come nella commedia: solo che i due – come le donne di Edimburgo – si parlano da *premises* diverse, sempre pronti a profittare delle debolezze dell’altro.

Provate ad ascoltare la disquisizione di un avvocato sul tema, poniamo, dell'errore come vizio del consenso, e – subito dopo – provate a leggere, nella *Commedia degli errori* di Shakespeare, la scena in cui il gioielliere Angelo, avendo consegnato una collana all'Antifolo Siracusano (che non l'aveva ordinata), ne chiede il pagamento al gemello Antifolo di Efeso (che l'aveva ordinata, ma non ricevuta). Il primo discorso, se ascoltato con le orecchie del senso comune potrà apparire assurdo e, al limite, irresistibilmente comico. Il secondo – se ci si dimentica del fatto di assistere a una commedia – potrà risultare tragico dal punto di vista di un gioielliere che non vede riconosciuto un proprio credito: non solo, che vede franare in un solo momento l'universo delle transazioni commerciali e della buona fede su cui queste si reggono.

La funzione del *pun*, della battuta umoristica o del gioco di parole equivale al gesto dell'equilibrista che, sentendosi sul punto di cadere dal filo su cui cammina, cerca istintivamente di ristabilire un rapporto positivo tra i due versanti del suo percorso. La violazione della regola (quella della legge, come quella della rappresentazione comica) serve a recuperare il senso del confine e del giusto rapporto tra due versanti contigui e opposti.

Bisogna “camminare sul filo”, secondo l'insegnamento di Paul Auster².

Quando la tensione diventa eccessiva (e il tragico rischia di cadere nel patetico, o il comico nel grottesco) ecco lo scatto d'umore, la strizzata d'occhio che dice allo spettatore: “non facciamo sul serio”, oppure “facciamo sul serio”.

La stessa “fatalità” può assumere un aspetto tragico oppure comico a seconda di come ci disponiamo nei suoi confronti: se la accettiamo e ci lasciamo “muovere” dal “Fato” (o ne diamo l'impressione), siamo comici, come uno Charlot o un Buster Keaton. Se ci opponiamo e opponiamo al “Fato” la nostra inerme ma coraggiosa individualità, allora saremo tragici e, ricorrendone le condizioni, addirittura eroici: e gli eroi non fanno ridere.

Sfortunati, siamo ridicoli (il comico) o colpevoli (la legge): esposti comunque alla sanzione pubblica.

Nel rapporto tra il comico e la legge, il tragico fa la parte del terzo scomodo: è l'esito non voluto (il clown Calvero di *Luci della ribalta* muore davvero sulla scena; l'errore giudiziario rovescia e smentisce drammaticamente l'accusa mossa all'innocente).

Comico, legge e controllo sociale

Eppure, non sempre il comico e la legge vanno d'accordo nella comune funzione di controllo sociale. La complicità può trasformarsi in contrasto o addirittura in conflitto.

Un'occasione non secondaria è data dal diverso “passo” dei due meccanismi e dallo sfasamento cronologico che spesso li caratterizza.

² P. AUSTER, *Città di vetro*, Bompiani, Milano 1995.

Il comico è sempre *on time*, e, diremmo oggi, *on line* in presa diretta con la realtà di cui, come un sismografo, registra ogni minima variazione nella sensibilità, nel linguaggio, nei costumi. La legge, come la proverbiale intendenza napoleonica, arriva sempre dopo, a cose fatte. Il sentimento comico della legge ne frustra non la funzione (che condivide) ma l'obiettivo di colmare l'inevitabile, fatale ritardo sui costumi, le mode, i valori.

Ci si può chiedere a questo proposito se è proprio vero che l'attuale prevalere del comico e anche del grottesco sul formale-normativo-convenzionale nella comunicazione (media, rete, sms, blog, che sempre più frequentemente mettono alla berlina proprio la giustizia, lo stesso esporvisi da parte dei suoi rappresentanti) sia il segno di una "decadenza" dei costumi oltre che del linguaggio comunicativo. Il fatto è che, in un'epoca di comunicazione istantanea, spesso è solo il comico a tenere il passo e prevalere con la sua capacità di cogliere le trasformazioni della società nel loro divenire, mettendo a nudo gli aspetti ridicoli di ogni pretesa (linguistica, ideologica, giuridica) di durare oltre il tempo necessario al suo manifestarsi e parteciparsi al pubblico.

In questo senso, la legge – per sua natura legata alla forma, al durare, alla pretesa di imporre regole e modelli – si presta, tragicamente o più spesso pateticamente, agli strali del ridicolo.

«Art. 315 del codice civile. Doveri del figlio verso i genitori. Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa»: ecco un esempio di come, nella legge, e quando la si misuri alla realtà, tragico e comico possano convivere indisturbati.

Il comico è essenzialmente involontario, *tic* irresistibile, un lasciarsi andare: l'attore non sa mai con certezza quale effetto riuscirà a produrre sul pubblico. Il diritto è tutto volontarietà, un non lasciarsi andare, negazione della libertà e dell'improvvisazione. Si apre la strada nel reale a forza di comandi. Progetta e scolpisce per il futuro ma è nel passato che trova le sue ragioni.

Quando il comico si fa intenzionale, smentisce la propria natura e diventa satira, cioè critica dell'esistente. La satira è necessariamente politica: "satira politica" è in effetti una ridondanza. O, all'opposto, quando decide di divenire pura comicità, il comico cede alla farsa, diviene cinestesi del riso: non ci si ferma più a pensare. La farsa si pone all'opposto della satira, ma tradisce egualmente la sapienza involontaria del comico.

Se la legge – a sua volta perde la propria intenzionalità, si rivela per un grottesco manicomio, radicale smarrimento di senso da parte dell'ordine. L'ordine stesso entra in manicomio, mentre i pazienti ne escono, finalmente liberati. Anche nel caso della legge, la farsa è in agguato: i processi politici ne costituiscono un esempio "tragico". Il processo politico come farsa mima la giustizia, simulandone le intenzioni e il senso.

Il procedimento giudiziario ha una dimensione, un andamento narrativo, persi i quali, non c'è pedagogia, insegnamento, ammonizione. L'innocente può

essere legalmente condannato e il colpevole altrettanto legalmente assolto. Non resta che la farsa (e la tragedia di chi vi resta coinvolto nel ruolo della vittima: tanto più tale in quanto anch'essa privata di senso).

Quando il comico e la legge mescolano e confondono i rispettivi ruoli, il terzo incomodo, il "tragico" si fa avanti, imponendo la sua regia. Da quel momento, tutti smetteranno di ridere.

L'Avvocato del Diavolo

L'ascesa, il declino e la caduta di un giurista tra Weimar e Terzo Reich

Roberto Negro

Come fu detto di Proteo, Satana «si muta in tutte le forme»,
persecutore ostile, soccorritore infido, sempre funesto.

AGOSTINO

Una “presentazione” necessaria

Questa breve nota biografica su di un giurista tedesco, peraltro quasi sconosciuto in Italia, non ha e non può avere alcuna pretesa di scientificità o di esatto e preciso rigore storico: tuttavia, può avere un qualche suo valore e non solo di mera od oziosa curiosità. Si presenta, infatti, come il paradigma simbolico del destino di un “avvocato politico” in un periodo sconvolgente e tempestoso per il diritto europeo, nell’epoca della sua decadenza e delle sue radicali metamorfosi, ed indice della ambigua ed indubbia fascinazione (*fascinum*, nel senso di ammaliamento torbido e periglioso e al quale non sono stati insensibili anche alcuni importanti intellettuali del Novecento), che le ideologie totalitarie, sorte nella prima metà del secolo scorso, esercitarono su giuristi, peraltro formati su basi e concetti diametralmente opposti, come lo stato di diritto, lo stato neutrale, lo stato liberale e che gettando, per così dire, alle ortiche tutto un bagaglio ed una eredità di tipo filosofico-culturale pregressa, divennero, senza apparenti remore o perplessità, fiancheggiatori (nel migliore dei casi) o fautori e zelanti propagandisti di concezioni relativistiche o meramente decisionistiche e a carattere di assoluta contingibilità, o mistico carismatiche del diritto, inteso, nel caso tedesco, come espressione del *Volk* o identificato *tout court* con la volontà del “Führer”, visto come “creatore” e “costruttore” del diritto. Uno dei “precursori ideologici” di tale percorso fu certamente l’avvocato Luetgebrune¹ “difensore principe” e “avvocato politico” di tutti gli esponenti dei gruppi più violenti di estrema destra, a carattere nazionalistico-radical, durante il periodo della Repubblica di Weimar; dal capitano Ehrhardt e dai putschisti di Kapp, agli

¹ In lingua tedesca il nome *Luetgebrune* presenta una somiglianza fonetica con la parola *Lüge* (= mentire): volendo essere borgesiani a tutti i costi si potrebbe parlare di *Luetgebrune* come di un mentitore in bruno o in camicia bruna (il che è poi la stessa cosa, ai fini del presente scritto).

assassini di Rathenau, ai dirigenti del movimento dei contadini durante la rivolta nello Schleswig-Holstein, al capo delle SA, Rohm, ad Hitler stesso, in particolare nel processo seguito al tentato *putsch* di Monaco ed anche successivamente. Il destino di Luetgebrune fu però diverso da quello di giuristi che erano stati un tempo suoi compagni e sodali politici, quali Otto Kollreutter, Werner Best, Hans Frank, Helmut Nicolai o Franz Gurtner. Progressivamente emarginato, venne addirittura arrestato dopo l'eliminazione delle SA e del loro capo Rohm durante la "notte dei lunghi coltelli" e, solo fortunatamente, sfuggì ad una affrettata esecuzione. Né sotto il regime nazionalsocialista ebbe alcuna fortuna: incapace di adattarsi al "nuovo diritto germanico", lui formatosi alla scuola pandettistica e sistematica tedesca, sul diritto romano, attento alle problematiche giuridiche ed alle novità teoriche sul diritto che venivano proprio a sorgere e ad emergere durante il periodo weimariano, venne presto sostanzialmente isolato, respinto dalla Lega dei giuristi nazionalsocialisti, dovette sottoporsi ad un giuri d'onore e si ridusse presto in miseria, forzatamente dimentico dei costosi sigari e dei bei cappotti di lana di cammello di cui faceva sfoggio durante i celebri processi in cui compariva come difensore, ed abile difensore, si deve dire, attento a sfruttare tutte le possibili griglie della procedura, ma anche ai rapporti con i giudici, i pubblici ministeri e la stampa.

L'avvocato Luetgebrune

Su questo Carl Schmitt in sedicesimo, ma non certo all'altezza della cultura giuridica (e non solo giuridica) e del rigore scientifico di questi, non si trova in lingua italiana quasi alcunché; debbo la scoperta di questa ambigua ed inconsueta figura di giurista alla lettura di un libro, un misto di autobiografia e di romanzo-confessione, di Ernst von Salomon, curiosamente intitolato *Il questionario*, tradotto in italiano con l'improprio, fuorviante e fantasioso titolo di *Io resto prussiano*², alla "postfazione" di Marco Revelli al libro *I proscritti*

² E. VON SALOMON, *Io resto prussiano*, Longanesi, Milano 1954. Il titolo originale è *Der Fragebogen*, "Il questionario", appunto. Si tratta di una lunghissima risposta-confessione al questionario che l'autorità militare alleata richiedeva che venisse compilato dalle persone che avevano ricoperto cariche amministrative e politiche sotto il regime nazionalsocialista. Probabilmente il nome di Ernst von Salomon era noto alle autorità americane, sia come uno degli assassini di Rathenau, sia come coautore di una monumentale *Storia dei Corpi Franchi*, sia come uno dei capi della rivolta dei contadini contro il governo della Repubblica di Weimar, forse un po' meno come sceneggiatore di film sotto il regime; certamente gli americani non potevano sapere che von Salomon era nel frattempo profondamente cambiato e che non era certo più il lanzicheneco dei Corpi Franchi o il cospiratore politico del primo dopoguerra, pronto ad ogni azione, anche la più cupa e disperata: lo avevano radicalmente segnato l'esperienza del carcere, le disillusioni politiche del post Weimar e, proprio da ultimo, la morte del fraterno amico Plaas, arrestato, torturato ed ucciso per aver cercato di salvare alcuni dei congiurati del 20 luglio 1944, come neppure potevano sapere che la moglie di von Salomon era ebrea.

dello stesso von Salomon³, nonché al libro curato da Helmut Quaritsch, *Carl Schmitt. Risposte a Norimberga*⁴, da cui ho tratto l'allusione al patto col diavolo. Si precisa che le "notizie" su Luetgebrune sono scarsissime e ci si è dovuto basare essenzialmente sulle informazioni di von Salomon contenute ne *Il questionario*, integrate da risultanze indiziarie, usando quindi una metodologia del tipo *ex ungue leonem*.

L'ascesa

L'astro dell'avvocato politico Luetgebrune sorge proprio nel periodo più buio e travagliato della Repubblica di Weimar⁵; viene incaricato, infatti, della difesa di gran parte degli imputati nel processo per l'omicidio del ministro Walter Rathenau, fra i quali vi era Ernst von Salomon, e diviene progressivamente l'avvocato di fiducia dei capi e dirigenti dei più importanti movimenti politici di estrema destra nel periodo di Weimar, tra cui il capitano Ehrhardt, Ernst Rohm e Adolf Hitler: questi ultimi due gli rilasceranno addirittura procure firmate in bianco per la loro difesa nei vari processi a loro carico, specie dopo il fallito *putsch* del 1923 e per la difesa dello NSDAP, spesso al centro di azioni illegali o al limite della legalità. Ernst von Salomon ricorda di aver visto i mandati in bianco firmati appunto da Hitler nello studio dell'avvocato, quando ormai era caduto in disgrazia, e di essersene impossessato, con l'assenso di Luetgebrune⁶; comunque, le fortune dell'avvocato politico (e militante politico) erano allora in piena ascesa e parevano destinate a durare a lungo⁷.

Il declino

Invece il lento ma inesorabile declino dell'avvocato Luetgebrune inizia subito dopo l'ascesa al potere di Hitler nel 1933; possiamo forse presumere che un "avvocato politico" nel regime hitleriano avesse più poco da dire, specie dopo

³ M. REVELLI, *Ersnt von Salomon: le patologie dell'"alterità"*, postfazione a *I proscritti*, Baldini e Castoldi, Milano 1994. Ivi si ricorda che la pubblicazione di questo libro nel 1943, presso l'editore Einaudi, venne caldeggiata da Giaime Pintor.

⁴ H. QUARITSCH (a cura di), *Carl Schmitt. Risposte a Norimberga*, Laterza, Bari-Roma 2006.

⁵ Sono veramente "anni di piombo", caratterizzati da numerosi omicidi politici, tentativi di colpi di stato, insurrezioni, grandi scioperi di massa, violenti scontri tra le diverse fazioni politiche e sanguinose repressioni; in definitiva teatro di una guerra civile non solo strisciante; e basti pensare che fu (anche) l'epoca dell'assassinio di Rosa Luxemburg e Karl Liebknecht.

⁶ La qual cosa pare gli sia stata rimproverata dalla autorità di occupazione militare americana.

⁷ Von Salomon ricorda ne *Il questionario*, la particolare abilità di Luetgebrune in sede di "controinterrogatorio" dei testimoni: fu particolarmente brillante ed efficace nel processo Rathenau, nel processo per la rivolta dei contadini ed in un procedimento a carico dello stesso von Salomon, che era stato accusato di tentato omicidio nei confronti di un suo vecchio compagno di militanza politica, considerato, a torto o a ragione, un delatore e confidente di polizia.

che i suoi antichi clienti e sodali avevano preso il potere⁸, ma possiamo anche presumere che il vecchio avvocato penalista non si trovasse del tutto a suo agio in una situazione di “normalizzazione” forzata, attraverso la progressiva eliminazione di tutte le forze politiche di opposizione, anche potenziali, comprese quelle che in qualche modo avevano fiancheggiato all’inizio il partito nazionalsocialista, e che, di fronte ad una legislazione a carattere eccezionale, l’antico penalista, che aveva invocato, nel processo Rathenau la illegittimità costituzionale della legge per la difesa della Repubblica, in quanto distoglieva gli imputati dal giudice naturale ed aveva carattere di retroattività, non condividesse più del tutto “l’ideologia giuridica” del nuovo regime. Più probabilmente forse gli nocque la consuetudine professionale (e l’amicizia) con Rohm ed il fatto che sapesse ormai di Hitler troppi segreti o, quantomeno, circostanze inopportune. Fu arrestato subito dopo i fatti del 30 giugno 1934.

La caduta

Fu rilasciato circa un anno dopo. von Salomon (suo antico cliente, in più occasioni) seppe per caso che si trovava a Berlino ed andò a trovarlo: ormai la caduta di Luetgebrune era senza speranza. «Mi aprì egli stesso. Mi spaventai, davanti a me stava un vecchio con gli occhi umidi che avevano molto pianto. Sembrava che lo avessero fatto girare dentro una gualchiera. Gli stesi la mano e gridai: “Dottore, non mi riconosce?” [...] Si appoggiò con le due mani sul tavolo per lasciarsi cadere sulla poltrona “Sono un uomo finito”, disse, “sono assolutamente finito; essi mi hanno liquidato”»⁹. von Salomon cercò di aiutare il suo vecchio avvocato ma senza esito e, d’altronde, egli stesso non era presso il regime più, se mai lo era stato, in odore di santità: troppo gli era di peso il fatto che il fratello Bruno fosse ormai un dirigente del KPD clandestino e l’amicizia con Harro Schulze-Boysen¹⁰ e di Bodo Uhse (che aveva militato nelle fila dei contadini ribelli dello Schleswig-Holstein), anch’egli divenuto uno dei capi del KPD. Sta di fatto che Luetgebrune tentò alcuni ultimi “colpi di coda”: cercò di far avvicinare Hitler da Rudolf Hess, ma il dittatore liquidò la faccenda dicendo: «Che nessuno mi parli di Luetgebrune, quell’uomo mi ha taciuto per quattordici anni che Rohm era omosessuale!», cosa che, aggiunge von Salomon, era conosciuta da tutti¹¹.

⁸ Ed ovviamente, allora, il dittatore non aveva più bisogno di avvocati difensori!

⁹ E. VON SALOMON, *Io resto prussiano*, cit., p. 422.

¹⁰ Harro Schulze-Boysen, che aveva fondato la rivista *Der Gegner* (*L’avversario*), andrà presto a far parte dell’organizzazione comunista clandestina di Harnack e Coppi. Fu uno degli organizzatori del *reseau* della Orchestra Rossa; venne giustiziato nel 1942.

¹¹ Tra l’altro Hitler avrebbe dovuto essere particolarmente grato a Luetgebrune, che lo aveva difeso in maniera molto abile dopo il fallito colpo di stato di Monaco; tanto è vero che il futuro dittatore venne condannato ad una pena detentiva relativamente breve ed in una confortevole prigione aveva potuto scrivere la sua *summa* politica, il famoso *Mein Kampf* (libro, tra l’altro, moltissimo citato ma neppure, già allora, molto letto).

Da ottimo penalista riuscì a dimostrare la mancanza di ogni suo collegamento con le presunte attività putschiste delle SA, in quanto come semplice consulente giuridico dell'organizzazione e di Rohm, che aveva anche difeso in svariati processi dovuti alla sua omosessualità, non avrebbe potuto avere alcun potere decisionale¹². Cercò anche, *de iure condendo*, di impratichirsi nel labirinto del nuovo diritto germanico che il dittatore voleva inaugurare ed instaurare, un po' come aveva fatto Napoleone per il *Code Civil*, ma quelle fantasie teutonico nibelungiche riuscivano a Luetgebrune estranee ed ostiche: non riusciva a capacitarsi del perché si volessero stravolgere i principi del diritto romano per sostituirlo con un diritto diverso basato su concetti quale quello della purità razziale; il vecchio spirito giuridico weimariano si risvegliava in Luetgebrune che non riusciva a comprendere il perché il diritto non dovesse essere inteso come "dettame perenne", ma invece valutato «come norma variabile, quale la razza (della quale ogni allevatore di polli sa ch'essa si trova mai al principio di un'evoluzione, ma solo alla fine)» ed inteso come «una cosa non definibile, né nello spazio né nel tempo»¹³; poi ancora peggio andò quando Luetgebrune dovette fare i conti con il diritto pratico operativo del Terzo Reich: chiamava con disprezzo questo tipo di diritto, auspicato e voluto non solo dal dittatore ma, in particolare, da Himmler, "l'ordine delle uniformi", riferendosi, pertanto, al diritto penale militare. Pareva a Luetgebrune, formatosi giuridicamente in età guglielmina, che sulla Germania fosse sceso un universale, invadente ed invasivo codice penale militare, molto semplice, che consisteva essenzialmente nel regolare uno stato di necessità: lo stato di guerra o la preparazione alla guerra e che «dichiarava inequivocabilmente: 'Questo e questo è permesso e ordinato, e questo e questo è vietato e in caso di infrazione sarà punito così e così e basta'. E per tutto il resto il diritto di guerra prevale sovra ogni altro diritto»¹⁴. È chiaro che per Luetgebrune questo non era diritto, ma legislazione militare d'eccezione o semplice *diktat*: però, se non voleva morire di fame e continuare a vivere come era abituato ai bei tempi dei processi politici (ed era chiaro che nello stato di eccezione non vi erano processi politici, ma solo atti amministrativi discrezionali) e se non voleva cessare del tutto la pregressa vita da maturo *dandy*, doveva fare qualcosa; i clienti, infatti, lo evitavano ormai come la peste. Con un ultimo sforzo Luetgebrune si risolse a chiedere la riabilitazione dinanzi un giuri d'onore presso

¹² Secondo von Salomon poi tutti sapevano, dall'ultimo poliziotto ad Hitler, che le accuse a Rohm di tentativo di *putsch* e di intelligenza con potenze straniere erano del tutto inventate; tutti però finsero di credere ad esse, salvo, ma senza troppa convinzione, la Reichsweher, che protestò per l'assassinio contemporaneo del generale von Schleicher, ma forse solo per avere un *atout* da gettare sul tappeto per ottenere tutti gli eventuali vantaggi possibili per l'esercito, durante le frenetiche trattative con il dittatore e con il partito al potere. Così almeno ritiene VON SALOMON in *Io resto prussiano*, cit., pp. 421-422.

¹³ E. VON SALOMON, *Io resto prussiano*, cit., p. 430.

¹⁴ *Ibid.*, p. 431.

la Camera degli Avvocati¹⁵. Le incolpazioni, riferisce von Salomon, erano allo stesso tempo «gravi e ridicole»; veniva tra l'altro accusato di aver difeso un ebreo e di aver preteso onorari eccessivi dai contadini da lui difesi durante la ribellione nello Schleswig-Holstein. Nessun capo di incolpazione toccava però la presunta partecipazione al *putsch* di Rohm¹⁶. Sul punto onorari venne sentito a teste uno dei vecchi leader della rivolta contadina, Hamkens, il quale dimostrò, conti alla mano, che Luetgebrune (che i contadini chiamavano il «loro buon dottore») era stato pagato meno della metà degli onorari ufficiali degli avvocati del Reich¹⁷. Sulla difesa assunta a favore dell'ebreo dottor Krojanker, Luetgebrune si limiterà a far presente che si trattava di un socio di un circolo di gioco e di cui aveva difeso tutti i componenti; il presidente della Corte, non pago, volle risentire il teste Hamkens, al quale domandò se i contadini nel difendere la loro causa «certamente patriottica e nazionale» avrebbero scelto per avvocato una persona che «difendeva anche gli ebrei». La risposta fu secca e lapidaria: «...ma noi sapevamo che il nostro dottore non difende mai un cliente, lui difende il diritto!». Se la figura di Luetgebrune, per sua sventura, può essere stata anche macchiata dalla sciagurata frequentazione professionale con il sanguinario giurista Roland Freisler¹⁸ (che talvolta nominò quale sostituto processuale), si deve osservare che la risposta del testimone Hamkens costituisce il miglior possibile elogio che possa essere stato fatto ad un avvocato penalista. Sia detto in onore della Camera degli Avvocati tedesca: Luetgebrune subì solo una non grave sanzione disciplinare e venne riabilitato. Però dopo di ciò di lui si perdono le tracce; von Salomon non accenna ad altro e l'avvocato di Hitler sembra svanito in una sorta di limbo; possiamo solo ipotizzare e, facendo le debite proporzioni, che come Carl Schmitt, egli abbia voluto vivere, solo, in parte, in un paese che non era ormai più il suo.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 425 ss.

¹⁶ Il periodo era quello delle Olimpiadi di Berlino nel 1936; con tutta probabilità il governo nazionalsocialista non voleva che il procedimento nei confronti di Luetgebrune potesse avere qualche ricaduta negativa all'estero, vista la numerosa presenza di giornalisti stranieri.

¹⁷ Von Salomon sorvola sul fatto che ciò avrebbe potuto portare ad un nuovo procedimento disciplinare nei confronti dell'avvocato.

¹⁸ Luetgebrune potrebbe rispondere che gli avvocati di un collegio difensivo vengono scelti dal cliente. Ad onor del vero si deve dire che allora Freisler era solo avvocato; solamente più tardi potrà dar libero sfogo alla propria vocazione e cioè quella di essere nello stesso tempo pubblico ministero, avvocato, giudice e boia (una sorta di «concentrazione assoluta» delle carriere). Chi sia di stomaco forte potrà esaminare le terribili ed allucinate performances di Freisler, filmate durante il processo per l'attentato del 20 luglio 1944, e che sono visibili anche su Internet. Anzi potrebbe essere una sorta di test per aspiranti alla carriera in magistratura: chi più resiste alla visione del filmato, meno dovrebbe essere considerato idoneo a tale ufficio.

Nel ventre del Leviatano

Vivevamo, allora, nell'uovo del Leviatano.

Ernst Junger

*Dio era con noi, ma ci trovavamo anche meglio
in compagnia del Diavolo.*

Ernst von Salomon

Niente era illegale, perché non c'erano più leggi.

George Orwell

Il pubblico accusatore Robert Kempner chiede a Carl Schmitt nell'interrogatorio del 29 aprile 1947: «Quando ha rinnegato il diavolo?» e Schmitt risponde: «Nel 1936»¹⁹, che è più o meno l'anno della irreversibile e definitiva caduta dell'avvocato Luetgebrune. La vicenda di Schmitt può forse apparire come tragedia e quella di Luetgebrune (che non sapremo mai se abbia davvero rinnegato il diavolo) può forse apparire come farsa; tuttavia entrambi, uno come attore tragico e l'altro come guitto, avevano alcune cose in comune. Entrambi avevano ritenuto di poter essere i “giuristi di un'epoca nuova”, di essere gli ascoltati “consiglieri giuridici” del Principe, dimentichi che, in uno stato totalitario, il Principe, ormai solo più tiranno o dittatore, vede nel diritto solo un inciampo (una cosa diabolica nel senso etimologico del termine) in quanto deve svincolarsi da ogni remora dello stato di diritto o, in ogni caso, dai diritti e ciò perché è la vivente transustanziazione del sano spirito giuridico del popolo o incarnazione visibile ed ipostasi incarnata dei principi del Partito. Come due intelligenti giuristi abbiano potuto pensare, anche solo per un attimo, di poter “giocare” con il tiranno, questo resta un mistero; si può solo ipotizzare che potessero pensare che anche uno stato totalitario o totalizzante avesse pur sempre bisogno del diritto, in quanto quel Leviatano artificiale aveva comunque necessità che gli venisse infusa un'anima; ma questa creatura, invece, aveva solo bisogno di merce umana da inghiottire e da divorare, quasi come carburante vivo o mera massa biologica; questa illusione o, se vogliamo, errore di prospettiva invece di assolvere Schmitt e Luetgebrune rende ancora più pesante il loro scacco e, in definitiva, più grave la loro sconfitta. La parola del diritto, infatti, non può mai essere stravolta, modificata o inquinata, facendone mero strumento di propaganda e di terrore o di pressione politica²⁰. L'errore di entrambi allora

¹⁹ H. QUARITSCH (a cura di), *Carl Schmitt. Risposte a Norimberga*, cit., p. 77.

²⁰ Sul linguaggio dello Stato totalitario e sullo stravolgimento delle parole, che qui diventano solo puro slogan e sono usate non per convincere, ma per colpire ed offendere o come

è stato quello di non essersi accorti (o di non essersi voluto accorgere) che la violenza che in qualche modo loro stessi a suo tempo avevano suscitato, l'uno con la giustificazione della repressione della "notte dei lunghi coltelli" (il Fuhrer "crea" il diritto), l'altro con le sue violente ed intimidatorie arringhe politiche, ora, necessariamente, si rivolgeva proprio contro di loro, schiacciandoli²¹.

Al termine di queste brevi "vite parallele" di giuristi si dovrebbe ancora dire, e lo si dice con rammarico ed amarezza, che Schmitt era certamente a conoscenza degli orrori dei campi di sterminio: si era incontrato più volte durante la guerra con Ernst Junger, a Parigi, a Berlino e a Kirchhorst e Dahlem; Junger sapeva di questi luoghi che definiva "scannatoi" o "regni dei Lemuri", governati da rozzi ed "infernali" guardiani e garzoni e ne parla diffusamente nei suoi diari²², e non è pensabile che un uomo assolutamente coraggioso e franco come Junger, non parlasse di queste cose con l'amico: ma sulla questione, anche, in specie, dopo la guerra Schmitt mantenne un "clamoroso silenzio". Luetgebrune ci appare invece come un uomo che ha inutilmente sperperato l'ingegno di cui disponeva, indubbiamente, spendendolo in cause perdute e nel tentativo di rimanere un giurista in un Stato che aveva solo bisogno di sicofanti e delatori o, nel migliore dei casi, di zelatori; da ciò emerge una figura in un ambiguo, triste e malinconico rilievo: un giurista, ormai un "avvocato di fumo", che ha prenotato un viaggio nel nulla, direbbe forse Karl Radek, o

eterodiretto mantra indottrinante, nonché sullo svanire, dissolversi e scomparire progressivo degli oppositori e dei diversi o dei popoli paria e delle vittime sacrificali, in tale sistema, prima attraverso leggi, atti amministrativi e burocratici e per consequenziale consuetudine, poi attraverso meccanismi tecnico-industriali, fino a diventare vero e proprio mero fumo umano (il riferimento è alla nota canzone di Francesco Guccini), sono debitore dell'amico David Cerri, che mi ha segnalato la fondamentale opera di V. KLEMPERER, *Lingua Tertii Imperii* (LTI) e i diari dello stesso, che coprono il periodo qui preso in esame (si veda: V. KLEMPERER, *La Lingua del Terzo Reich*, Giuntina, Firenze 2008, nonché, ID., *Testimoniare fino all'ultimo*, Mondadori, Milano 2000). La terribile situazione in cui Klemperer si trovava gettato, era, anche da un punto di vista psicologico, ulteriormente intollerabile: egli era infatti un ebreo nello stesso tempo profondo studioso ed ammiratore della cultura tedesca e si sentiva "tedesco" nell'intimo; le persecuzioni di cui fu oggetto gli riuscirono, pertanto, ancor più gravose. La moglie di Klemperer era ariana: se egli poté sopravvivere in condizioni, a dir poco, inumane, il merito va anche a lei. Per converso, la moglie di von Salomon era ebrea e per ciò lo scrittore ebbe a subire situazioni, per usare un eufemismo, estremamente spiacevoli. Fa inverospecie leggere che la moglie di von Salomon venne arrestata col marito dalle autorità americane di occupazione: all'ufficiale che la interrogava rispose comunque orgogliosamente: *Sir; I am Jewish!*. La storia delle due donne è emblematica per quanto riguarda la situazione dei rapporti familiari durante il Terzo Reich.

²¹ Parafraso qui "l'elogio funebre" che von Salomon fa del suo vecchio amico Plaas, «morto per aver cercato di salvare delle vite, anziché di distruggerle», come inverospecie era avvenuto durante i tempi di comune militanza politica, nel periodo weimariano.

²² E. JUNGER, *Irradiazioni*, Guanda, Parma 1995, pp. 117 e 435.

meglio ancora un viaggiatore con la valigia vuota²³. E se poi qualcuno volesse azzardare paragoni di qualche sorta sulla nostra storia attuale e recente con la situazione della Repubblica di Weimar (gli anni dorati e i *roaring twenties* dell'avvocato Luetgebrunel!), questa, direbbe Kipling, è un'altra storia; tuttavia non meno interessante e, magari, non meno perigliosa²⁴.

²³ *La valise vide* è il titolo di un racconto di Pièrre Drieu La Rochelle; Jean Paul Sartre l'usò proprio per definire lo scrittore, giudicato come il prototipo del "nichilista perfetto".

²⁴ Sarebbe di interesse lo studio delle applicazioni del metodo klempereriano al linguaggio dei giuristi dell'epoca (e non solo) ed anche la valutazione del se ed in quale misura le teorie socio-linguistiche dell'autore siano applicabili ad un'epoca, quale la attuale, di democrazia eterodiretta e di compiuto dominio di una tecno-burocrazia al servizio di una oligarchia finanziaria e mediatica, supportata dalla "perfezione della tecnica", anche a livello di "persuasione occulta".

Recensione a *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore* di Alessandro Barca*

Paolo Sanna

Il libro scritto da Alessandro Barca, dottore di ricerca in Diritto privato e collaboratore della facoltà di Economia dell'Università di Genova (oltre che collega consigliere di quell'Ordine) dedica sette capitoli a un tema di stretta attualità. In quello di apertura, dopo una sintetica ricognizione delle origini del *consumerism*, l'autore esalta la guadagnata centralità (ed utile innovatività) del d.lgs. n. 206 del 2005, denominato *Codice del consumo* – dovendosi però sottolineare come la prima caratteristica appaia già messa in crisi dallo “svuotamento” del Codice del consumo ad opera dei D.lgs. n. 141 del 2010 in materia di contratti di credito ai consumatori e n. 79 del 2011 in materia di c.d. vendita dei pacchetti turistici e della figura del consumatore. Al primo, Barca ascrive vari meriti: pratici, per aver raccolto «in unico *corpus* normativo di facile consultazione norme in precedenza sparse in varie leggi speciali»; economici, postulata la funzione deterrente riguardo ai potenziali comportamenti scorretti degli operatori commerciali e professionali a danno del consumatore (il quale, infatti, potrà giovare di uno strumento normativo di tutela diretta che tocca l'intero sviluppo del rapporto di consumo, altrimenti segnato dallo squilibrio a svantaggio del soggetto debole) e che si riverbera sul miglior funzionamento del mercato nel suo complesso. Del secondo, soggetto «debole da tutelare quando controparte dell'impresa», l'autore esplora le linee evolutive sotto il profilo nozionistico muovendo dalle diverse definizioni in precedenza contenute nei vari testi normativi, fonte di un animato dibattito giurisprudenziale in ordine alla loro portata applicativa sino a giungere a quella generale racchiusa nel Codice del consumo, in realtà anch'essa contornata da altre definizioni ampliate in funzione di più intense esigenze di tutela.

È però con la lettura del secondo capitolo che inizia il disvelamento del tema centrale dell'opera, ossia l'analisi del recesso così come disciplinato nel Codice del consumo, al quale, l'autore fa precedere una sintetica ricognizione della regolazione dell'istituto racchiusa nel codice Grandi, mettendone in evidenza, oltreché il carattere derogatorio rispetto al principio d'irrevocabilità del vincolo contrattuale *ex art. 1372, co. 1, c.c.*, la differente fonte, convenzionale o legale, nonché la pluralità di funzioni: determinativa (ordinaria) ed impugnatoria o di pentimento (straordinarie). Da un lato, Barca pone subito l'accento sulla circostanza che, a fronte di particolari tipologie di contratti che, per le modalità

* A. BARCA, *Il diritto di recesso nei confronti del consumatore*, Giuffrè, Milano 2011.

e le circostanze con cui vengono stipulati, realizzano uno squilibrio negoziale a vantaggio della controparte professionale, proprio il recesso di pentimento rappresenta il principale strumento di tutela del consumatore, ma, dall'altro lato, non manca di enuclearne le specificità rispetto alle regole generali scolpite nella codificazione del 1942. Diversamente da quanto previsto dal Codice civile, nel primo caso, il recesso di pentimento si presenta, infatti, come un diritto potestativo soggettivamente limitato al solo consumatore ed oggettivamente circoscritto ad alcune tipologie di contratti (non soltanto a quelli già conclusi, ma anche alle semplici proposte contrattuali, dove, però, si sottolinea, sarebbe più corretto parlare di revoca), con i caratteri dell'efficacia retroattiva, dell'irrinunciabilità, del collegamento ad un obbligo legale di informazione del professionista, della non subordinazione al pagamento di alcuna penalità o corrispettivo.

Nel terzo capitolo, proprio allo scopo di meglio distinguerle dal recesso contenuto nel Codice civile, l'autore si sofferma sulle singole ipotesi previste dal Codice del consumo, dandone una prima descrizione con una pratica tabella riassuntiva, per poi analizzarne in modo più attento *rationes*, ambito applicativo, aspetti più squisitamente operazionali (modalità di esercizio ed effetti); evoluzioni normative nel tempo. Oggetto di studio sono quindi, in primo luogo, il recesso nei contratti a distanza e nei contratti conclusi fuori dai locali commerciali, regolato da una disciplina generale per i contratti all'interno del Titolo III, Sezione IV, del Codice del consumo e, a seguire, la disciplina particolare prevista in materia nei contratti a distanza aventi ad oggetto servizi finanziari; televendite e contratti conclusi via internet, contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili, servizi turistici.

Il quarto capitolo è dedicato ai rapporti tra clausole vessatorie e diritto di recesso, con l'avvertimento che, in generale, le prime lo riguardano solo indirettamente. In particolare, l'autore si sofferma proprio sulle ipotesi contemplate dall'art. 33, lettere *e)*, *g)*, *h)* ed *o)* del Codice del consumo, che più da vicino toccano il recesso, evidenziando i caratteri del giudizio di vessatorietà ed i suoi effetti.

Il quinto capitolo è incentrato sulle diverse conseguenze derivanti dal mancato riconoscimento del diritto di recesso da parte del professionista a danno del consumatore: il quadro rimediale è delineato in relazione alle singole tipologie negoziali per cui il Codice del consumo prevede il recesso.

Nel sesto, vengono sintetizzati i caratteri fondanti del recesso consumeristico, così individuandoli: *ex lege*; *ad nutum*; con effetto *ex tunc*; irrinunciabile; gratuito; discrezionale ed assoggettato ad un termine decadenziale per il suo esercizio. Infine, l'autore si domanda se, in definitiva, il recesso consumeristico dia vita ad un vero e proprio recesso e non, invece, ad un diritto di ripensamento o *jus poenitendi*. Da qui anche il dubbio che, nel caso dei consumatori, il recesso non operi, in realtà, su di un contratto già concluso, ma valga ad impedirne il

perfezionamento sino allo spirare dei termini per il relativo esercizio. A fronte di simili interrogativi, si esprime il convincimento che, sebbene divenuto di portata molto estesa, quello del recesso resti pur sempre un istituto non espressivo di una regola capace di sovvertire il principio cristallizzato nell'art. 1372, co. 1, c.c., così che «il contratto, una volta stipulato, trascorsi i termini di recesso, diventa, anche per il consumatore, legge da rispettare».

L'ultimo capitolo guarda all'esperienza maturata in materia in altri paesi europei, con specifica attenzione alle realtà francese e belga. In conclusione, a Barca va l'indubbio merito di avere saputo illustrare, in modo chiaro e completo, la disciplina del recesso consumeristico e di averla messa a "reazione" con il più consueto istituto regolato dal Codice civile nazionale. Lungi dal potersi dire conclusa, si tratta però di una riflessione destinata a trovare nuovi spunti nella dimensione Europea dal momento che, *de jure condendo*, di recesso si occupano sia il *Draft of Common Frame of Reference* (Book II, Ch. 5) che la proposta (già adottata dal Parlamento UE) di *Direttiva sui diritti dei consumatori* e quella, recentissima, relativa ad una disciplina uniforme delle vendite nell'Unione europea.

Recensione a *Ordinamento giudiziario e forense* di Giuliano Scarselli*

Valentina Giomi

La copiosa opera di Scarselli si apre facendo luce su un'importante ed insoluta questione di fondo che da lunghi anni anima in Italia un dibattito politico ed istituzionale che precede, o che dovrebbe precedere, un'auspicata riforma in un settore di particolare delicatezza ed interesse, per le numerose implicazioni sull'assetto dei poteri e degli organi istituzionali e, conseguentemente, per le ricadute necessarie sui diritti e sulle garanzie dei singoli cittadini.

La criticata mancanza, nel nostro Paese, di un diritto giudiziario e forense, vale a dire di un corpo di regole che disciplini in modo uniforme, generale, ma anche sistematico e coordinato le attività connesse all'esercizio della funzione giurisdizionale, intesa nella sua generalità, sia come attività pubblica posta in essere da organi dello Stato quali i giudici operanti nelle strutture appositamente preposte, sia come attività materiale strumentalmente condotta dai primi interlocutori di questi ultimi (vale a dire gli avvocati che consentono di dare forma giuridica alle legittime pretese ed all'esercizio delle garanzie dei singoli soggetti), si affianca all'altro aspetto di non minore problematicità: la vigenza di una disciplina dell'Ordinamento giudiziario la cui riforma, più volte annunciata e mai fino in fondo condotta, se non con mini interventi spesso in parziale divergenza gli uni dagli altri, diviene sempre maggiormente necessitata non soltanto per adeguare l'organizzazione degli apparati e delle persone preposte al funzionamento della giustizia alle mutate esigenze sociali e civili, ma anche per assicurare anche in Italia standard di giustizia europei ed internazionali.

Il binomio fra la legislazione dell'Ordinamento giudiziario e quella dell'Ordinamento forense costituisce la linea guida di tutta l'opera di Scarselli il quale, seppure consapevole del necessario parallelismo delle due indagini, un parallelismo che non può mai tradursi in unità a meno che non trovi fondamento «una teoria generale degli apparati dell'esercizio della funzione giurisdizionale e di una riorganizzazione della giustizia su tale base», si sforza di proiettare la propria indagine critica in una futura ed auspicata visione unitaria, l'unica che, secondo la prospettiva di analisi dell'autore, potrebbe assicurare una reale riforma del quadro attuale.

Un simile auspicio diviene, allo stesso tempo, un filtro per condurre l'intera analisi ed una spinta per cogliere gli elementi di criticità del sistema e per proporre possibili soluzioni.

* G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Giuffrè, Milano 2010.

La complessa e puntuale indagine dell'autore ha cura di ricostruire lo stato attuale della disciplina dell'Ordinamento giudiziario e dell'Ordinamento forense (entrambe rispettivamente regolate da corpi normativi differenti per rango e per articolazione), ripercorrendo le principali tappe che hanno caratterizzato l'evolversi di entrambi i contesti normativi e che hanno, di volta in volta, tentato di arginare le problematiche emerse in ciascun ambito, pur nella lamentata assenza di una seria riforma strutturale.

Nell'analisi dell'Ordinamento giudiziario, in particolare, Scarselli non può che prendere le mosse da una previa delineazione della funzione giurisdizionale e dal significato che, nel contesto attuale, continua ad avere il principio di indipendenza della magistratura, il quale, assieme alle altre garanzie costituzionali, compone l'essenza stessa della funzione.

Ciò è tanto più vero in un'epoca in cui il rapporto fra Magistratura e Ministero della Giustizia sta divenendo sempre più delicato per le forti tensioni politiche che animano il dibattito degli ultimi anni, conducendo alla riscoperta dei temi chiave che tra i primi Alessandro Pizzorusso negli anni Settanta aveva cercato di interpretare in chiave costituzionale (penso alla sua antologia su *L'Ordinamento giudiziario*, edita da il Mulino nel 1974).

Ed è proprio con sguardo rivolto al presente che l'autore ricostruisce gli elementi che compongono l'Ordinamento giudiziario, avendo modo di esaminare sia la disciplina dell'organizzazione che quella del personale che esercita la funzione giurisdizionale.

In questo contesto attuale, anche ai fini di una prossima riforma e, soprattutto, nella citata ottica di non voler creare una netta separazione fra Ordinamento giudiziario e Ordinamento forense, Scarselli analizza la figura del giudice naturale precostituito per legge, ricostruisce la disciplina che regola l'attuale accesso alla carriera giudicante e ne tratteggia i compiti, avendo altresì modo di differenziarla da quella del giudice requirente; con riferimento ai luoghi di esercizio della funzione giurisdizionale ed alle forme di esercizio della stessa, sono prese in esame le strutture di cui si compone l'articolazione giudiziaria ed i compiti spettanti alle varie tipologie di giudici, compresi quelli speciali e quelli di legittimità.

In un simile contesto non poteva non essere dedicato un momento rilevante dell'analisi anche agli organi di autogoverno della magistratura, non soltanto per assicurare nei confronti della collettività uno svolgimento della funzione giurisdizionale secondo le regole, ma anche per assicurare il rispetto delle garanzie di imparzialità ed indipendenza nei confronti di chi detta funzione la esercita.

Il quadro che ne esce tratteggiato viene affiancato, nell'ultima parte del lavoro, dall'analisi della disciplina regolatrice dell'avvocatura e dell'Ordinamento forense, con particolare attenzione alle questioni emergenti in merito alle recenti novità che hanno in parte ridisegnato la figura dell'avvocato, quanto meno sotto il profilo dell'obbligo della formazione continua e dell'aggiornamento

continuo, della nuova modalità di accesso alla stessa più volte sul punto di essere riscritta, del nuovo rapporto economico con i clienti in relazione alla liberalizzazione delle tariffe, della possibilità di esercitare la professione in forma associata.

Una ventata di novità che si è estesa anche agli organi di rappresentanza degli avvocati ed agli ordini professionali, investiti di mansioni diverse dal passato per qualità e per quantità e chiamati a provvedere anche sulle questioni di responsabilità professionale che, in questo mutato assetto, divengono maggiori rispetto al passato anche in termini di deontologia professionale.

Il punto di arrivo dell'indagine congiunta condotta dall'autore diviene un monito importantissimo per il legislatore futuro: quello di riformare l'intero sistema giudiziario-forense, tenendo conto che la figura dell'avvocato possa divenire coesistente a un completo esercizio della funzione giurisdizionale.

In questo senso è dato cogliere l'estrema originalità dell'opera, che non solo offre al lettore un taglio peculiare nella conoscenza di questioni di fondo del nostro Ordinamento giudico, ma radica la propria concretezza nel suggerire una strada da seguire al futuro legislatore riformatore, una strada che se percorsa, senza dubbio permetterebbe di raggiungere un buon traguardo.

Notizie sugli autori

Gian Luca Ballabio

Avvocato in Perugia.

Martina Barcaroli

Avvocato in Parigi.

Francesco Bilotta

Avvocato in Trieste e Professore aggregato di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Udine.

Andrea Bucelli

Professore associato di Istituzioni di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Firenze.

Giuseppe Carriero

Avvocato in Roma.

Adelino Cattani

Docente di Teoria dell'argomentazione presso l'Università degli Studi di Padova. Dirige l'Associazione per una Cultura e la Promozione del Dibattito (ACPD).

David Cerri

Avvocato in Pisa. Consigliere della Scuola Superiore dell'Avvocatura e professore a contratto presso l'Università degli Studi di Pisa.

Giovanni Comandè

Avvocato in Pisa. Docente di Diritto Privato Comparato presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa e direttore del laboratorio LIDER LAB.

Fabio Florio

Avvocato e componente del Consiglio Nazionale Forense. Membro del Comitato direttivo della Scuola Superiore dell'Avvocatura.

Valentina Giomi

Ricercatrice di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Pisa.

Tommaso Greco

Professore associato di Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi di Pisa.

Carla Guidi

Avvocato in Lucca. Già consigliera del Consiglio Nazionale Forense.

Maurizio Manzin

Professore Ordinario di Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi di Trento.
Presidente del CERMEG-Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica

Michele Marchesiello

Magistrato.

Alarico Mariani Marini

Avvocato in Perugia. Componente del Consiglio Nazionale Forense e Vice Presidente della Scuola Superiore dell'Avvocatura.

Roberto Negro

Avvocato in Genova.

Giovanni Pascuzzi

Professore Ordinario di Diritto Privato Comparato presso l'Università degli Studi di Trento.

Stefano Racheli

Già magistrato ordinario. Componente del Comitato Scientifico della Scuola Superiore dell'Avvocatura.

Ettore Randazzo

Avvocato in Siracusa. Coordinatore del gruppo di studio di Diritto Penale della Scuola Superiore dell'Avvocatura.

Paolo Sanna

Avvocato in Pisa. Dottore di ricerca in Diritto Privato.

Umberto Vincenti

Avvocato in Padova. Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Padova e docente di istituzioni di Diritto romano e Diritti Umani ed Etica Pubblica.

Giuseppe Zaccaria

Rettore dell'Università degli Studi di Padova.

Finito di stampare nel mese di maggio 2012
da Tipografia Monteserra S.n.c. - Vicopisano
per conto di Pisa University Press