

CULTURA E DIRITTI

1
2014

CULTURA E DIRITTI

PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista trimestrale • anno III • numero 1 • gennaio-marzo 2014

P  S A
UNIVERSITY
PRESS

Cultura e diritti : per una formazione giuridica / Scuola superiore dell'avvocatura, Fondazione del Consiglio nazionale forense, - Anno 1, n. 1 (gennaio-marzo 2012)-. - Pisa : Pisa university press, 2012-. - Trimestrale

340.05 (22.)

I. Scuola superiore dell'avvocatura 1. Diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

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 Comandé, 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

Progetto grafico di copertina Sergio Mariani Marini, Tommaso Pucci

Numero chiuso in redazione il 5/5/2014

Hanno collaborato a questo numero: Ivana Azzalini, Gian Luca Ballabio, Patrizia Bellucci, David Cerri, Grazia Cesaro, Vincenzo Comi, Fabrizio Fracchia, Marzia Ghigliazza, Alarico Mariani Marini, Riccardo Mazzariol, Paola Moreschini, Lucia Politi, Silvia Reda, Federica Resta, Mario Sanino, Silvia Veronesi

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 pubblicazioni 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).

ISSN 2280-6334

ISBN 978-88-6741-351-5

Registrazione presso il Tribunale di Pisa numero 15 del 24 maggio 2012.

Indice

Fuoricampo

- 9 La legalità non è un rischio
La responsabilità nelle professioni legali
Alarico Mariani Marini

Formazione giuridica, formazione forense

- 15 Linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto
Presentazione
Vincenzo Comi

Argomentazione e linguaggio

- 25 Scrivere in nome del popolo italiano
Patrizia Bellucci
- 31 Argomentazione e diritto amministrativo
Fabrizio Fracchia

Diritti umani e fondamentali

- 53 La tutela dei minori nei conflitti familiari negli ordinamenti stranieri:
diritti ed esperienze a confronto
Grazia Cesaro, Marzia Ghigliazza, Silvia Veronesi
- 63 Dignità nella detenzione e sovraffollamento penitenziario
Note a margine del “decreto carceri”
Federica Resta
- 67 Io no
David Cerri

Approfondimenti

- 75 La necessaria riscoperta del momento consensuale nell'ambito
patrimoniale della famiglia: due casi emblematici
Riccardo Mazzariol

- 85 La gestione delle crisi da sovraindebitamento
Paola Moreschini
- 91 Il processo amministrativo: le impugnazioni
Il doppio grado di giudizio, i principi generali e i mezzi di impugnazione
Parte Seconda
Mario Sanino

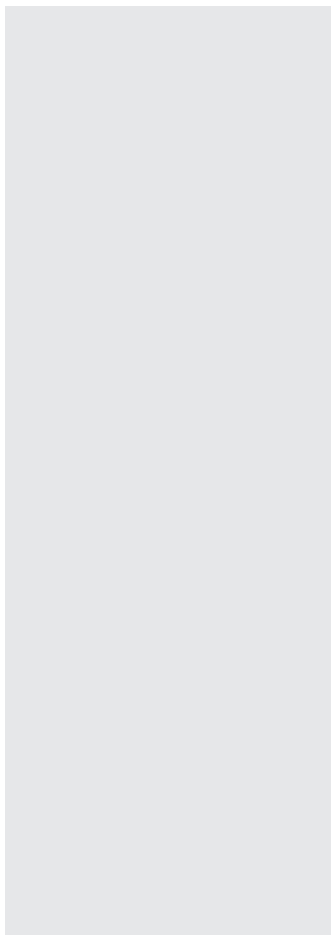
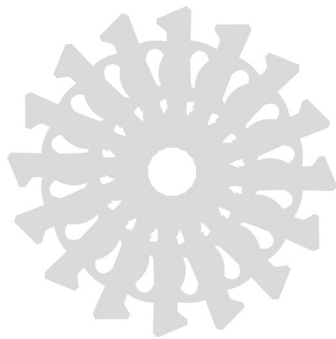
Cultura e professione

- 99 La 'ndrangheta fra dire e non dire
Ivana Azzalini
- 103 Il valore dei diritti fondamentali
Economia, politica e diritti sociali
Gian Luca Ballabio

L'avvocatura e i giovani

- 111 No all'espulsione del genitore straniero se lede il diritto alla bigenitorialità
Lucia Politi
- 121 La mancata inclusione giuridica di minori stranieri al diritto di cittadinanza
Silvia Reda

FUORICAMPO



La legalità non è un rischio

La responsabilità nelle professioni legali

Alarico Mariani Marini

Il rischio della illegalità

La ignoranza della legge nella sua tradizionale inescusabilità, seppure temperata dalla saggezza dei giudici costituzionali, è pur sempre un rischio cui è esposto il cittadino comune.

Un rischio che è accentuato da testi di legge sempre più ambigui e contraddittori, anzi in moltissimi casi volutamente tali per scelta del legislatore di rinviare alla sede interpretativa, di norma giurisprudenziale, la possibilità di chiarire quell'equivocità (Zaccaria).

Inoltre le leggi sono prodotte per regolare situazioni determinate, ma sono anche destinate a risolvere nuove e diverse situazioni e ciò richiede adeguamenti affidati alla discrezionalità di chi le interpreta e le applica.

In questo risiede il rischio di una illegalità spesso inconsapevole al quale potrebbero porre rimedio, oltre ad un più competente e accurato legislatore, una diffusa cultura dei diritti e dei doveri e un sistema sociale di promozione della legalità, per sventura oggi assenti.

Sono pertanto necessariamente chiamate ad operare in questa condizione di esposizione al rischio quelle professioni il cui compito è di consigliare ed assistere chi si trovi nella necessità di stabilire, o anche di ristabilire, un corretto rapporto con la legge.

Ad esse spetta quella funzione pubblica che in un sistema democratico e in uno stato di diritto è assegnata alle professioni liberali regolamentate che, seppure in diverso grado, sono comunque sempre investite della responsabilità di coniugare la difesa di interessi particolari privati con la tutela dell'interesse generale della collettività al rispetto della legalità.

Ma poiché non viviamo nella repubblica ideale della Città del Sole, ma sotto cieli ambigui e nebbiosi si può affermare che il cittadino sia veramente protetto dal rischio della illegalità? e che questo rischio, nella sua temibile evoluzione in una responsabilità penale, non finisca per investire anche quelle professioni alle quali il cittadino si rivolge per essere guidato nei percorsi impervi della legge?

A queste domande hanno tentato di dare risposte avvocati, notai, commercialisti e consulenti del lavoro in un recente incontro con il quale le istituzioni formative delle rispettive professioni hanno avviato una collaborazione di ricerca e di studio.

L'incontro aveva come tema il rischio penale nelle professioni liberali anche in relazione al rapporto tra tali professioni e la società.

La legge oscura e il rischio penale

Un osservatore superficiale potrebbe opporre che il problema non sussiste in quanto il rischio, se grava sul cittadino a causa di quella illegalità inconsapevole nella quale può essere coinvolto, non lo dovrebbe correre il professionista esperto della legge al quale ci si rivolge, o ci si dovrebbe rivolgere proprio allo scopo di agire legalmente.

Tuttavia i ruoli non sono nella realtà così nettamente e ottimisticamente definiti.

Il sistema normativo, si è detto, è complesso, farraginoso e il testo di legge non sempre è di facile comprensione e perciò l'interpretazione delle norme per gli spazi ampi di discrezionalità che richiede è suscettibile di vari e spesso divergenti orientamenti, e l'affidabilità di un consolidato indirizzo giurisprudenziale richiede tempi lunghi, e anche lunghissimi.

Inoltre non sempre si persegue un criterio che potremmo definire di precauzione, in quanto l'interesse privato spesso recalcitra rispetto alla prospettiva di scegliere la soluzione che eviti il rischio dell'illegalità in quanto percepita meno vantaggiosa.

Resta comunque il fatto che il rischio del sistema in ogni caso grava sempre e soltanto sul cittadino, anche se in casi gravi, ma solo in questi, il rischio penale può coinvolgere anche il professionista che lo assiste.

Si tratta tuttavia per quest'ultimo di un rischio professionale che potrebbe assumere anche rilevanza penale non per l'errore nella interpretazione di una legge, ma per la scelta consapevole dell'alea di perseguire un fine che reca vantaggio, ma che potrebbe essere giudicato illecito quando, ma non solo, una disposizione di legge renda confusi i confini tra lecito e illecito; e quindi un rischio assai circoscritto e comunque evitabile con una condotta coerente ai canoni che devono regolare la prestazione professionale.

Nel dibattito sul tema sono emerse posizioni divergenti, anche per la tendenza a volte impropriamente enfatizzata a trasformare i casi di difficile esercizio dei doveri da parte dei cittadini in un indirizzo del legislatore diretto a penalizzare le categorie professionali che li assistono. In tale mondo l'interesse generale al rispetto della legalità viene ridotto e mortificato nell'ottica di un interesse particolare.

Correttamente pertanto l'incontro aveva inquadrato il tema del rischio penale del professionista legale nel rapporto tra professioni liberali e società.

La responsabilità sociale nelle professioni legali

Nel rapporto con la società si colloca propriamente quella responsabilità verso la collettività del professionista, sia esso avvocato, notaio o commercialista. Una

responsabilità ora assurta a principio generale del diritto a seguito del riconoscimento dell'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, come si legge nel Preambolo di quel documento; principio che consiste nel porre, a fronte del godimento dei diritti inviolabili di ogni persona, i corrispondenti doveri di tutelare tali diritti verso gli altri e verso la società.

Pertanto il dovere di rispetto della legalità rappresenta la condizione essenziale per la tutela dei diritti propri e degli altri.

Per le professioni legali questa responsabilità sociale, analoga alla responsabilità sociale dell'impresa (RSI) posta sin dagli anni Novanta dalle NU a base di codici etici delle imprese multinazionali per il rispetto di regole etiche fondamentali, assume più precisi contenuti in quanto si concretizza nel dovere di coniugare la tutela dei diritti della parte consigliata o assistita con i diritti della collettività, essendo questa sinergia la condizione per la effettività dello stato di diritto in una società democratica. Questo e non altro dà un senso alla rivendicazione da parte di queste professioni della rilevanza pubblica insita nel proprio ruolo.

Il riconoscimento di una responsabilità sociale delle professioni legali pone anche il problema del rapporto tra etica professionale e deontologia.

La nozione di etica, infatti, si estende oltre la regolamentazione deontologica interna per comprendere principi e norme sovraordinati quali quelli costituzionali, delle Carte dei diritti umani e fondamentali, e di quanto è considerato rilevante dalla cultura giuridica e dal senso morale e di giustizia della comunità. Non sono pertanto soltanto norme etiche dirette ai membri delle professioni, ma anche alla società e alla pubblica opinione in quanto esprimono la visione che le stesse professioni hanno dei doveri e del ruolo all'interno dell'ordine costituzionale (G.C. Hazard).

Deontologia ed etica professionale si pongono pertanto in questa reciproca relazione.

I codici deontologici attuali

Se si considera la deontologia attualmente codificata nelle professioni liberali non si può dire che rifletta una concezione moderna di etica professionale quale è elaborata dagli studi in materia ed è anche oggetto di esplicite enunciazioni nelle carte dei principi delle professioni europee.

Ad esempio, il codice di deontologia degli avvocati europei afferma espressamente doveri verso la società «per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato e degli altri poteri». Doveri ignorati dalla recente legge sull'ordinamento forense ed anche nell'ultima versione del codice deontologico degli avvocati.

Anche i contenuti dei codici attuali di altre professioni legali sono egualmente circoscritti entro una visione di deontologia tradizionale e datata, che contempla esclusivamente i doveri nascenti dal rapporto con la parte assistita

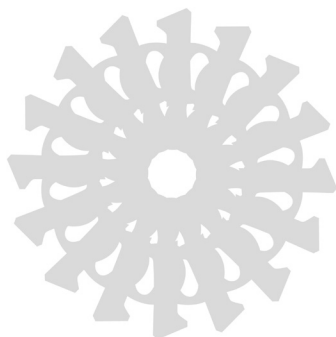
e con i soggetti coinvolti in tale rapporto, con generici riferimenti all'interesse pubblico e al rilievo sociale delle professioni ristretti nell'ovvio dovere di assicurare al cittadino una qualificata e corretta prestazione.

Una visione che condiziona anche i contenuti dell'essenziale dovere di indipendenza, che viene declinato quale mero divieto di incompatibilità e di conflitto di interessi senza riferimento ai condizionamenti derivanti dai poteri esterni al rapporto professionale, ben più rilevanti in paesi occidentali dominati da forti poteri economici e finanziari.

Si è dunque ancora lontani dal considerare, come ha osservato Amartya Sen, che una cosa è agire nell'interesse proprio o di alcun altro e altra cosa è agire nell'interesse di tutti gli altri.

È pertanto auspicabile che si sviluppi nelle professioni legali una riflessione aperta ai valori e ai principi che oggi sono alla base del sistema del diritto, dei diritti e dei doveri nella società europea, e ci si liberi rapidamente da un tecnicismo agnostico e fine a se stesso, ancora ispirato alla ottocentesca tutela del decoro e del prestigio della corporazione.

FOMAZIONE GIURIDICA, FORMAZIONE FORENSE



Linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto*

Presentazione

Vincenzo Comi

La Fondazione Guglielmo Gulotta, con il patrocinio e la partecipazione attiva della Scuola Superiore dell'Avvocatura, ha organizzato il 23 novembre 2013 a Milano il Convegno dal titolo: *La condanna dell'innocente e l'assoluzione del colpevole, cause e rimedi nella prospettiva psicoforense*.

Sotto la direzione di Guglielmo Gulotta, ai lavori hanno partecipato avvocati, magistrati, psicologi, psichiatri e criminologi con importanti apporti scientifici e culturali. Si è discusso di logica del giudicante, dei diritti umani dell'innocente e del colpevole, delle ricadute delle sentenze sulla famiglia del condannato, del ruolo delle neuroscienze nel processo e del rapporto tra avvocato e psicologo.

Al centro del dibattito è stato collocato l'errore giudiziario, fenomeno assai frequente come è stato documentato dai dati statistici riferiti nel corso degli interventi. L'errore è consacrato nell'ordinamento dall'istituto della revisione delle sentenze di condanna (art. 629 c.p.p.) che riconosce il diritto all'indennizzo della vittima a titolo di riparazione per la sentenza ingiusta.

È un dato acquisito che gli errori di giudizio non siano solo casuali, ma possano derivare dal comune modo di ragionare e decidere in condizioni di incertezza; tra le cause che determinano l'errore si possono annoverare: l'errata identificazione del testimone oculare, l'uso improprio delle scienze forensi e l'inadeguatezza dell'assistenza legale da parte dei difensori.

Negli USA sin dal 1992 è stata istituita una commissione di indagine (*Innocence project*) sugli errori giudiziari attraverso una revisione delle investigazioni scientifiche (primo tra tutti l'esame del DNA): sono stati accertati 311 errori giudiziari sin dall'inizio dell'attività e sono state evitate 18 condanne a morte di innocenti.

In Italia per individuare il numero di errori giudiziari è sufficiente analizzare le apposite voci di bilancio del Ministero della Giustizia. Nel 2011 lo Stato ha versato 47 milioni di euro circa per ingiuste detenzioni o errori giudiziari, mentre complessivamente dal 1989, anno di entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, la somma erogata ammontava a euro 545 milioni.

* Redatte a conclusione del convegno *La condanna dell'innocente, l'assoluzione del colpevole. Cause e rimedi nella prospettiva psicoforense* svoltosi a Milano il giorno 23 novembre 2013.

Il Convegno della Fondazione Gullotta è stato l'occasione per approfondire il dibattito su questi argomenti spesso trascurati. Al termine dell'incontro sono state elaborate *Le linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto*, con l'obiettivo di offrire a tutti coloro che sono chiamati ad operare nel processo penale a diverso titolo, indicazioni di carattere concettuale e metodologico utili a ridurre il rischio di errori.

Il protocollo è composto da ventuno regole di comportamento dedicate a tutti gli operatori del processo suddivise per aree tematiche, dai principi relativi ai procedimenti decisionali del giudice fino alle prove scientifiche e dichiarative.

L'idea centrale del protocollo è il ruolo e la valorizzazione delle acquisizioni scientifiche nel libero convincimento del giudice, definite «una preziosa risorsa nonché un limite invalicabile» (punto 1 delle linee guida).

La colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio, infatti, deve essere provata attraverso l'utilizzo dei migliori strumenti di conoscenza disponibili, cercando di applicare, ove possibile, il metodo scientifico alla conoscenza dei fatti umani. Il riferimento alle scienze sociali quali l'economia, la linguistica e la psicologia aiutano il giudice a rendere meno banali le massime di esperienza poste a fondamento del proprio percorso di conoscenza.

Il libero convincimento del giudice può trovare una risorsa importante nelle prove scientifiche, a condizione che queste siano fondate su un metodo affidabile ed esprimano il risultato di un confronto dialettico tra le parti interessate. Nel valutare l'ammissibilità e la fondatezza degli enunciati scientifici introdotti, il giudice «deve esercitare criticamente il vaglio epistemologico riservando preliminare attenzione al grado di affidabilità della teoria e al metodo scientifico valutato sulla base degli studi e del grado di consenso raccolto nella comunità scientifica» (punto 7-8 delle linee guida). Ciò riduce il rischio di una delle più frequenti distorsioni cognitive, detta «visione a tunnel», che consiste nel pericolo per gli individui di incorrere in illusioni quando si trovano a dover decidere in condizioni di incertezza.

Le linee guida contengono inoltre specifiche regole sulle modalità di svolgimento della prova dichiarativa, anche al fine di scongiurare il rischio di false confessioni. Queste ultime spesso sono frutto di particolari situazioni psicologiche del dichiarante o di pressioni esterne e per questo ogni interrogatorio investigativo per i delitti più gravi «andrebbe video o audio registrato, anche nei casi in cui ciò non sia espressamente previsto dalla legge» (punto 9 delle linee guida).

Sono importanti i suggerimenti formulati nella fase della raccolta delle dichiarazioni dei testimoni e delle persone informate sui fatti al fine di assicurare la genuinità delle risposte e la comprensione della veridicità delle dichiarazioni rese. Ciò anche sulla scorta della considerazione secondo cui «non è possibile evincere dal solo comportamento verbale e non verbale se il dichiarante sia sincero o se stia mentendo» (punto 10 delle linee guida).

Particolari cautele e specifici accorgimenti vengono raccomandati al punto 12 per la testimonianza dei minori, di soggetti portatori di deficit cognitivi e di altri soggetti deboli (esplicito richiamo viene rivolto alla Carta di Noto che ha raccolto le linee guida nazionali sull'ascolto del minore testimone).

Specifico punto, infine, è dedicato nelle linee guida alla formazione di coloro che sono chiamati ad operare a diverso titolo nel processo penale: tutti sono, infatti, tenuti a partecipare alla formazione e ad un continuo aggiornamento scientifico e professionale con percorsi interdisciplinari.

Di seguito vengono pubblicate le *Linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto* che verranno presentate a Roma in un prossimo convegno.

Linee guida psicoforensi

Scienze psicologiche, processi decisionali e loro distorsioni

1. Il libero convincimento del giudice trova una preziosa risorsa nonché un limite invalicabile nelle acquisizioni scientifiche. La valutazione della condotta umana, presente sotto il profilo oggettivo e soggettivo in ogni processo penale, non può affidarsi solo a generiche massime d'esperienza, mutate dal senso comune. Tale valutazione, ove possibile, dovrebbe:

- a) attingere a studi e ricerche propri delle scienze psicologiche che rispettino rigorosi criteri scientifici e che possano rendere le massime d'esperienza verificabili e/o falsificabili;
- b) favorire, nell'ambito considerato, la sostituzione del senso comune con conoscenze proprie delle scienze psicologiche.

2. La principale distorsione cognitiva sia nella fase investigativa sia nella fase del giudizio è rappresentata dalla cosiddetta "visione a tunnel". Essa costituisce il punto di confluenza delle tendenze sistematiche per le quali gli individui possono incorrere in illusioni cognitive (bias) quando si trovano a dover decidere in condizioni di incertezza.

3. Poiché i processi decisionali – siano essi individuali o collegiali – sono esposti a meccanismi psicologici di distorsione, per limitarne gli effetti, si dovrebbe sviluppare una consapevolezza della presenza di influenze emozionali e cognitive che producono errori, a prescindere dal grado di esperienza e competenza professionale acquisita.

4. Nella fase investigativa occorre assumere un atteggiamento di scetticismo motivato che conduca non solo a vagliare delle ipotesi alternative a quella "preferita", ma a considerarle, almeno temporaneamente, come vere. Questo al fine di ottenere un effetto di bilanciamento rispetto alla naturale inclinazione umana al verificazionismo.

5. Considerare che le analisi di dati di tipo oggettivo, come le impronte digitali e il DNA, sono suscettibili di errori umani causati da ragioni psicologiche ed emotive. In tal senso, è auspicabile che gli analisti di laboratorio siano chiamati ad operare senza conoscere:

- a) le ipotesi degli investigatori che si occupano del caso in questione;
- b) la natura degli altri elementi di prova;
- c) i risultati delle analisi di laboratorio attesi dagli inquirenti;
- d) se i campioni da analizzare possono risultare incriminanti. Tale informazione dovrebbe essere ignota altresì a colui il quale consegna i campioni all'analista (c.d. metodo del doppio cieco). Oltretutto, andrebbero prodotti, ove possibile, più esemplari della medesima tipologia di elemento di prova mescolati ad altri per far sì che la scelta tra i diversi campioni avvenga al buio.

6. La ricostruzione probatoria deve rispondere a criteri di logicità e coerenza. La mente umana nel richiamare e vagliare episodi del passato li ri-costruisce in quanto storie; in una prospettiva giudiziaria, questo ambito viene chiamato "narratologia forense". Le storie per essere credibili (non necessariamente vere) dovrebbero:

- a) presentare i fatti in maniera coerente, plausibile e completa;
- b) essere confrontate con le possibili storie alternative al fine di giungere, tramite un processo comparativo, alla migliore spiegazione possibile.

Scienza nel processo

7. All'esperto non deve essere richiesto di esprimersi, nemmeno indirettamente, circa l'accadimento e la dinamica dei fatti. In tal senso, esistono strumenti scientifici finalizzati alla valutazione della qualità del racconto ma non alla veridicità del narrato rispetto al fatto storico.

8. Nel valutare l'ammissibilità e la fondatezza degli asserti scientifici introdotti dagli esperti, il giudice, in quanto *peritus peritorum*, deve esercitare criticamente il vaglio epistemologico dei medesimi. Preliminare attenzione dovrebbe essere orientata al grado di affidabilità della teoria, valutando in che misura la stessa possa fornire concrete e attendibili informazioni a sostegno dell'argomentazione probatoria inerente al caso di specie. Rispetto al metodo, sarà necessario valutare:

- a) l'autorità e l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca nonché la finalità che lo muove;
- b) la correttezza metodologica (oggettività e rigorosità), vagliando criticamente gli studi che sorreggono la tesi premessa nonché gli strumenti e le tecniche utilizzati;
- c) la discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, soffermandosi sulle diverse opinioni formatesi e tenendo conto del grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica.

Ove sia presente un dibattito alimentato da posizioni conflittuali, il giudice, nello scegliere tra le tesi emerse, dovrebbe valutare anche le posizioni minoritarie o non ancora consolidate ai fini del superamento del ragionevole dubbio. In ogni caso, la tesi prescelta dovrà essere dotata di un elevato grado di affidabilità facendo riferimento alle ricerche e agli studi più accreditati.

Prova dichiarativa: accuratezza del ricorso e false confessioni

9. L'esperienza e la ricerca confermano che esistono oltre a confessioni sincere altre che non lo sono o perché frutto di particolari situazioni psicologiche del dichiarante o perché frutto di pressioni esterne o perché causate dall'attività di interrogazione. Per questo, in linea di principio, ogni interrogatorio investigativo, per i delitti più gravi, andrebbe video o audio registrato, anche nei casi in cui ciò non sia espressamente previsto dalla legge.

10. Tenere conto che non è possibile evincere dal solo comportamento verbale e non verbale se il dichiarante sia sincero o se stia mentendo.

11. Diversi protocolli, indicati nella letteratura scientifica di riferimento nazionale e internazionale, inerenti la raccolta delle dichiarazioni dei testimoni e delle persone informate sui fatti, suggeriscono, al fine di ottenere risposte quanto più accurate possibile, di:

- a) controllare il proprio comportamento verbale e non verbale (tono di voce, gesti, postura, espressioni del volto...);
- b) iniziare con domande aperte, generali, per poi proseguire con quelle più specifiche;
- c) privilegiare domande neutre, evitando domande suggestive, salvo nel controesame dibattimentale;
- d) favorire la ricostruzione del contesto in cui il fatto da rievocare è accaduto;
- e) ai fini di un recupero più articolato, domandare al testimone, all'interno dello stesso ascolto, di descrivere più volte i fatti con cronologie differenti (es. prima la fine, poi dall'inizio);
- f) invitare il testimone a distinguere il ricordo dei fatti dalle proprie supposizioni;
- g) evitare di fare domande multiple, in forma negativa o con doppia negazione;
- h) non dominare l'interazione, evitando di interrompere il testimone e di fare troppe domande.

12. Particolari cautele e specifici accorgimenti vanno adottati nella raccolta e nel vaglio della testimonianza di minori, di soggetti portatori di deficit cognitivi e di altri soggetti deboli. Sul punto si faccia riferimento ai seguenti protocolli: la Carta di Noto, le linee guida nazionali - L'ascolto del minore testimone, L'ascolto dei minorenni in ambito giudiziario (documento redatto da CSM e Unicef), le linee guida per l'ascolto del bambino testimone presso la questura di Roma e, in tema di abusi collettivi, il Protocollo di Venezia.

13. Nella gestione delle udienze dibattimentali è opportuno che il giudice non ponga domande induttive o suggestive.

Individuazione, riconoscimento e trascrizioni

14. Durante il riconoscimento personale o fotografico, ove possibile, è opportuno che chi lo conduce non conosca l'identità dell'individuo sospettato e che tutte le dichiarazioni testimoniali rese prima, durante e dopo l'identificazione siano documentate mediante strumenti di riproduzione audiovisiva o, quantomeno, fonografica. Sia in sede di individuazione che in sede di ricognizione di persona, si raccomanda che l'operatore, a beneficio di una prassi non contaminante, comunichi al testimone che:

- a) il sospettato potrebbe anche non essere presente tra coloro che vengono mostrati di persona o in fotografia;
- b) l'addetto incaricato di condurre il riconoscimento non conosce l'identità del sospettato.

Durante la procedura di riconoscimento l'operatore dovrebbe considerare che:

- a) quando il testimone esprime il grado di sicurezza che ha in merito al riconoscimento effettuato è necessario non fornire alcun riscontro né positivo né negativo;
- b) il grado di sicurezza esibito non è in alcun modo connesso con la correttezza del riconoscimento e, in generale, con la veridicità delle dichiarazioni del testimone.

15. La testimonianza circa il riconoscimento di voci udite deve essere vagliata con particolare prudenza poiché risente di numerose variabili contestuali; in particolare, l'esiguità della durata di esposizione allo stimolo spesso non permette la completa attivazione delle modalità proprie del sistema uditivo, necessarie alla corretta codifica di quanto percepito.

16. Le trascrizioni di intercettazioni ambientali, telefoniche, informatiche o telematiche, soprattutto se di parlato acusticamente degradato, dovrebbero essere decodificate indipendentemente da più trascrittori, ignari del contesto di riferimento e, ove possibile, da un esperto di psicolinguistica.

Imputabilità e pericolosità

17. La valutazione dell'imputabilità non è vincolata ad un inquadramento diagnostico – le cui categorie sono tra l'altro mutevoli nel tempo – ma può fondarsi su modelli condivisi del processo decisionale concernenti la possibilità del soggetto di autocontrollarsi e di scegliere tra varie alternative; essa si riferisce altresì alle dinamiche motivazionali che hanno agito al momento del fatto e alla loro natura e qualità in senso psicopatologico, nonché a eventuali disturbi della sfera cognitiva che possono agire sulla capacità d'intendere e di volere.

Nei casi in cui si sia riscontrato un vizio di mente, la valutazione prognostica della pericolosità sociale dovrà riguardare gli aspetti clinici psicopatologici relativi ai rischi di recidiva (presenza di disturbi del pensiero, perdita dell'esame di realtà, discontrollo degli impulsi, indisponibilità al trattamento) connessi alla natura e alla gravità delle problematiche rilevate.

In merito alla valutazione della capacità di stare in giudizio – indipendente da quella dell'imputabilità al momento del fatto, essendo riferita alla “processabilità” – occorre tenere conto che essa attiene alla capacità di difendersi dai fatti contestati nonché alla capacità di prendere decisioni processuali di particolare rilievo, per esempio:

- a) rendersi conto della gravità degli addebiti e dei rischi sanzionatori;
- b) avere la capacità di relazionarsi correttamente con il proprio difensore e di prendere decisioni processuali ponderate (ad es. scelta del rito, possibilità di sottoporsi o meno a interrogatorio e/o esame incrociato, ecc.).

18. La valutazione concernente la pericolosità sociale deve tenere conto dei parametri clinici, psicologici e criminologici relativi al rischio di recidiva, connessi a natura e gravità del reato, da vagliare, ove possibile, con l'utilizzo di strumenti specifici.

Formazione (programmi e corsi di formazione)

19. Affinché il sistema possa autocorreggersi, è necessario che i magistrati penali conoscano il destino delle loro sentenze quanto alla valutazione che avviene in altri gradi di giudizio.

20. Tutti gli operatori coinvolti a vario titolo nei procedimenti giudiziari (esperti, avvocati, magistrati, ufficiali di polizia giudiziaria, praticanti, ecc.) sono tenuti alla formazione ed al continuo aggiornamento scientifico e professionale circa gli argomenti oggetto delle presenti linee guida. Questi corsi potranno essere organizzati anche attraverso la collaborazione di istituzioni, enti di ricerca, università, Scuola Superiore dell'Avvocatura, Scuola Superiore della Magistratura e Ordini Professionali. Nella fattispecie sarebbe necessario:

- a) promuovere la consapevolezza delle problematiche investigative e giudiziarie attraverso l'analisi dei casi;
- b) svolgere ricerche inerenti le fonti umane di errore e porle in stretta connessione a ricerche volte a quantificare e caratterizzare precisamente le diverse tipologie d'errore;
- c) sviluppare, a partire dai risultati delle suddette ricerche, delle procedure standard – protocolli e linee guida – al fine di minimizzare potenziali bias e fonti di errore;
- d) impiegare le procedure individuate come corrette e idonee in tutti i tipi di indagine forense;

- e) incoraggiare la capacità di posticipare il più possibile le conclusioni fino a che non si è in possesso di tutti gli elementi necessari per decidere;
- f) favorire i processi di identificazione dei segnali “tipici” di una possibile adozione della visione a tunnel;
- g) considerare ipotesi alternative e prospettive differenti;
- h) esplorare anche le idee frutto di intuizioni senza però affidarsi ad esse aprioristicamente;
- i) promuovere il confronto al fine di analizzare criticamente tutti gli aspetti implicati nel caso oggetto di discussione;
- j) assegnare a qualcuno, all'interno del gruppo di lavoro, il ruolo di “avvocato del diavolo” che si faccia portavoce delle ipotesi “impopolari” o contrarie all'idea prevalente;
- k) abituarsi a chiedersi “come sappiamo ciò che pensiamo di sapere?”;
- l) vagliare criticamente i casi in cui si è appreso di aver assunto decisione errate.

21. Le presenti linee guida andranno aggiornate sulla scorta dell'esperienza e del progredire delle acquisizioni scientifiche.

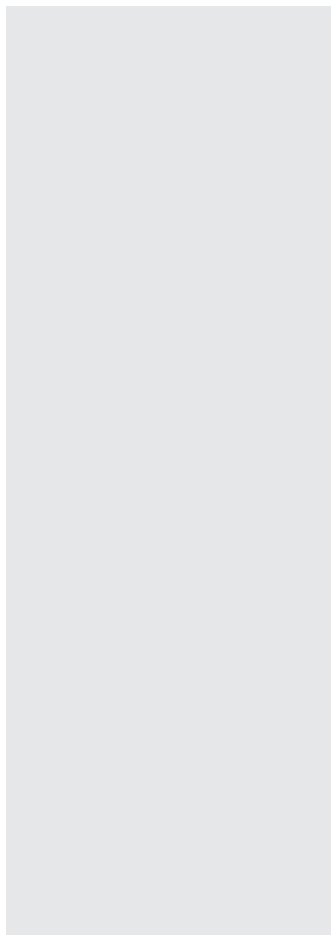
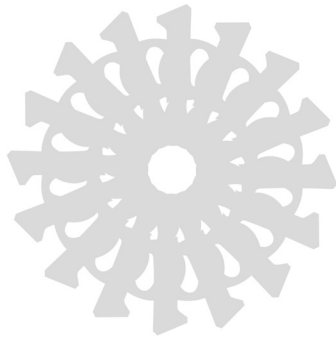
Milano, 24 novembre 2013

Sulla scorta delle numerose Commissioni sorte a livello internazionale, successivamente alla divulgazione dei dati emersi dall'*Innocence Project*, gli autori di questo documento auspicano una ricerca sulla casistica nazionale inerente ingiusta detenzione, errori giudiziari che hanno comportato una riparazione pecuniaria e processi conclusi con sentenza definitiva risultata errata a seguito di processo di revisione.

Il documento è stato approvato da:

Ernesto Aghina, Anna Balabio, Rocco Blaiotta, Cristina Cabras, Giovanni Battista Camerini, Paolo Cherubini, Vincenzo Comi, Angelo Costanzo, Antonietta Curci, Luisella De Cataldo, Paolo Della Noce, Antonio Forza, Paolo Giuggioli, Guglielmo Gulotta, Cataldo Intrieri, Silvestro Lecce, Moira Liberatore, Maria Luisa Lo Gatto, Laura Lombardi, Gabriele Magno, Maria Beatrice Magro, Claudia Marceddu, Alarico Mariani Marini, Carmela Parziale, Luisa Puddu, Irene Rossetti, Rino Rumiati, Ugo Sabatello, Giuseppe Sartori, Claudia Squassoni, Giorgio Vaccaro, Maria Chiara Zanconi, Georgia Zara, Lorenzo Zirilli, Marco Zuffranieri.

ARGOMENTAZIONE E LINGUAGGIO



Scrivere in nome del popolo italiano

Patrizia Bellucci

Il genere “sentenza” – di cui già in precedenza tutti i linguisti avevano concordemente evidenziato il forte conservatorismo e l’abbondanza di stereotipie – è stato recentemente oggetto di due studi specifici, usciti a distanza di pochi mesi l’uno dall’altro: il volume di Stefano Ondelli, *La sentenza penale tra azione e narrazione. Un’analisi pragmalinguistica*¹ e il libro di Maria Vittoria Dell’Anna dal suggestivo titolo *In nome del popolo italiano. Linguaggio giuridico e lingua della sentenza in Italia*², entrambi corredati da preziose bibliografie.

Ondelli ha analizzato, sulla base dei principi del *genre analysis*, il tipo testuale “sentenza penale” su un *corpus* di sentenze, a complessità diversa, relative a ventuno processi – celebrati a Trieste e Torino – considerati in tutti e tre i gradi di giudizio³, con una specifica attenzione all’impiego dei tempi dell’indicativo dei verbi. Nella sua analisi Ondelli si propone l’obiettivo «di definire le funzioni pragmatiche che presiedono alla strutturazione del testo, per evincere un modello astratto di applicabilità generale»⁴, in pratica una struttura potenziale di “genere”. Nei fatti Ondelli rileva anzitutto che «Come ogni altro testo che la società carica di particolari funzioni e significati convenzionali e condivisi, la sentenza [...] risponde all’*humus* del gruppo sociale cui si rivolge, ed è solo in relazione a esso che può realizzare la propria funzione persuasiva»⁵.

Assolutamente condivisibile appare, in particolare, l’attenzione di Ondelli sia al fatto che le sentenze sono caratterizzate da un contesto di produzione prolungato nel tempo – dalla decisione alla redazione della motivazione e al deposito della sentenza – sia al fatto che i testi delle sentenze sono direttamente influenzati non solo da norme e principi giurisprudenziali, ma anche, perfino stilisticamente, dai vari documenti attinenti allo specifico processo, come le memorie e le richieste delle parti, ecc.

In conclusione della sua accurata analisi, Ondelli osserva che «la struttura del genere della sentenza penale [...] è il prodotto di una tradizione storica che resiste in particolare nelle sentenze della Corte di Cassazione (cioè nei testi che

¹ S. ONDELLI, *La sentenza penale tra azione e narrazione. Un’analisi pragmalinguistica*, Cleup, Padova 2012.

² M.V. DELL’ANNA, *In nome del popolo italiano. Linguaggio giuridico e lingua della sentenza in Italia*, Bonacci Editore, Roma 2013.

³ È questo uno degli indubbi pregi del lavoro.

⁴ S. ONDELLI, *op. cit.*, p. 15.

⁵ S. ONDELLI, *op. cit.*, p. 38.

godono di maggior prestigio in seno alla comunità dei giuristi)»⁶, confermando ancora una volta la forza autoconservativa ed autoripetitiva – a prescindere da altri parametri – di ciò che è dotato di “prestigio sociolinguistico” in una determinata comunità sociale e professionale. Ne consegue che «il modello strutturale applicato risulta responsabile del persistere di una certa impostazione di forma e contenuti che non sempre è funzionalmente giustificata»⁷ e che produce disomogeneità linguistiche di vario tipo, fra cui – nelle sentenze di primo grado – mal dominate oscillazioni fra il polo del racconto e quello del commento delle risultanze documentali. Il *corpus* analizzato da Ondelli dimostra anche che non di rado il giudice estensore non riesce a dominare con sicurezza le strategie linguistiche costitutive, per cui, ad esempio, produce usi incoerenti dei tempi verbali.

Lo studio di Maria Vittoria Dell’Anna – che si apre con una opportuna rivisitazione del concetto stesso di “linguaggio giuridico” e di “comunicazione giuridica” – ha invece analizzato i principali fenomeni di testualità, sintassi e lessico riscontrati in un corpus di cento sentenze di ambito civile e penale emesse nell’ultimo ventennio proprio dall’organo di maggior prestigio intraprofessionale, la Corte di Cassazione, alla ricerca di elementi di contatto o divergenza rispetto alla lingua comune o a modalità diverse di realizzazione della lingua in seno allo stesso dominio giuridico⁸. Emerge con chiarezza, poi, quanto sia ben caratterizzata l’“argomentazione del giudice”, basandosi essenzialmente sulla forza dimostrativa e differenziandosi quindi da quella delle arringhe e delle requisitorie che invece ricorrono molto agli strumenti della persuasione e agli artifici della retorica (si pensi, ad esempio, al ricorso alle interrogative retoriche, all’oralità agita ecc.).

Dell’Anna rileva che in genere nel testo “Sentenza” la parte di “Svolgimento del processo” «si caratterizza per uno spiccato stile commatico, che comporta la distribuzione del contenuto in periodi brevi, a basso grado di subordinazione. L’andamento discorsivo ha uno stile neutro, informativo, spogliato di valori espressivi e privo di marche argomentative (ad esempio aggettivi e avverbi valutativi, frequenti nella motivazione). Solo sporadici testi del campione mostrano anche per lo svolgimento sequenze tipiche della motivazione, riportando ad esempio citazioni giurisprudenziali e normative (e queste ne confermerebbero la funzione in parte anche giustificativa)»⁹.

Gli operatori del diritto ben sanno che è più difficile rintracciare delle costanti nelle “Motivazioni”, per la commistione di linguaggi determinati dalla varietà

⁶ S. ONDELLI, *op. cit.*, pp. 349-350.

⁷ S. ONDELLI, *op. cit.*, p. 350.

⁸ Dell’Anna approfondisce e documenta così molti dei fenomeni già segnalati dal noto lavoro di B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Le Lettere, Firenze 2001, e dall’accurato volume di G. ROVERE, *Capitoli di linguistica giuridica. Ricerche su corpora elettronici*, Edizioni dell’Orso, Alessandria 2005.

⁹ M.V. DELL’ANNA, *op. cit.*, p. 71.

di tipi di causa, dalla confluenza di testi giuridici primari e secondari diversificati (comprese le perizie e i dossier), varietà di stile individuale e di grado di controllo ecc., tuttavia opportunamente Dell'Anna rileva che c'è almeno un trattamento tendenziale delle unità logico-argomentative in sequenze discorsive composite e la ricorsività di indicatori di argomentazione idonei ad esprimere e segnalare giudizi e valutazioni¹⁰. Dell'Anna dimostra anche come le sequenze argomentative siano quelle generalmente meno strutturate dal punto di vista testuale e linguistico, spesso costituite da periodi lunghi, con frasi subordinate eccessivamente ampie e complesse oltre che stereotipie sintattiche e testuali, in cui l'estensore non di rado rivela un'incapacità di adeguata gestione del testo¹¹.

Il "Dispositivo" riflette invece l'impostazione testuale e linguistica «dei testi normativi, di cui condivide i caratteri di concisione e impersonalità e l'assenza di elementi argomentativi e contestualizzanti»¹² e realizza la propria performatività con frasi prevalentemente coordinate e parole ad alta ricorsività. In particolare, nel dispositivo, «l'elemento linguistico dominante è il verbo, portatore del contenuto informativo principale: esso ha carattere performativo (e rende tale l'intero dispositivo), poiché mentre descrive e informa sulla decisione realizza l'azione descritta, producendo conseguenze comportamentali ed esecutive immediate per chi è chiamato a dare attuazione alle decisioni, a giovarsene o a subirne gli effetti. Sul verbo si concentra la prima attenzione dei destinatari particolari della sentenza (le parti in causa) [...] e si condensa riassuntivamente e conclusivamente l'insieme delle indicazioni decisionali parziali espresse nel corso della motivazione»¹³. Il marcato carattere formulare del dispositivo si caratterizza anche per la «fissità della struttura frasale soggetto + verbo + oggetto diretto o indiretto rappresentato dai sostantivi giuridici semanticamente o logicamente collegati al verbo»¹⁴.

Tra i fenomeni morfosintattici caratterizzanti le sentenze, Dell'Anna analizza fenomeni di inversione all'interno della frase, di omissione dell'articolo, di sintesi sintattica e subordinazione implicita, di nominalizzazione, aspetti di uso e distribuzione dei tempi verbali¹⁵ e – nell'analizzare il ventaglio lessicale – osserva che «Il lessico 'della' sentenza è [...] un insieme di tendenze lessicali riscontrabili 'nella' sentenza, contenitore capace di accogliere un universo lessicale aperto [...] a più vocabolari, per fatti di semantica giuridica, di divisione disciplinare interna al diritto, di specializzazione settoriale giuridica e non giuridica; a più forme e più registri, per fatti di sintassi, di retorica, di pragmatica testuale»¹⁶.

¹⁰ M.V. DELL'ANNA, *op. cit.*, pp. 71-72.

¹¹ M.V. DELL'ANNA, *op. cit.*, pp. 79-83.

¹² M.V. DELL'ANNA, *op. cit.*, p. 88.

¹³ M.V. DELL'ANNA, *op. cit.*, p. 90.

¹⁴ M.V. DELL'ANNA, *op. cit.*, p. 91.

¹⁵ M.V. DELL'ANNA, *op. cit.*, pp. 95-140.

¹⁶ M.V. DELL'ANNA, *op. cit.*, p. 142.

L'ultimo, prezioso, capitolo analizza un genere finora assai poco studiato dai linguisti: la massima giurisprudenziale – qui correlata anche a canale (scritto), autore e destinatario¹⁷ – proficuamente esaminata nella correlazione con la sentenza (pp. 174-176) e infine caratterizzata a livello linguistico e testuale¹⁸.

Del tutto condivisibili le sintetiche ma dense “Conclusioni”¹⁹, in cui Maria Vittoria Dell’Anna fa il punto sullo “stato dell’arte” e indica opportune direzioni di studio, sia in sincronia – come la collocazione della prosa giurisprudenziale nella prosa narrativa e argomentativa italiana contemporanea o la comparazione della sentenza italiana nel quadro della produzione giurisprudenziale comunitaria – che in diacronia. In particolare, Dell’Anna giustamente osserva che «Semplificazione e buona prassi linguistica non possono riguardare la sola fase ‘più’ pubblica del processo, più visibile, più radicata nel tempo successivo del dopo processo: la decisione finale, la sentenza, l’anima della giurisprudenza. La semplificazione è una condivisa elaborazione culturale, una nuova direzione dei costumi espressivi per una conduzione linguistica dell’intero processo, nelle sue vesti scritte e orali e dal primo all’ultimo atto, come gioco di squadra: gioco dove il dovere di efficienza linguistica è richiesto a tutti gli operatori coinvolti (magistrati, cancellieri, avvocati) e diviene progressivamente una risposta al diritto di chiarezza e trasparenza dunque anche linguistiche dei soggetti destinatari della parola processuale (le parti, i difensori, i giudici, i cittadini). La semplificazione del linguaggio processuale investe tutti gli atti del processo; essa è leggibilità e comprensibilità dei provvedimenti, raccordo, sintesi e chiarezza degli atti difensivi come requisito per motivazioni che soddisfino la richiesta di concisione dettata dai codici»²⁰.

Alle direzioni di ricerca indicate da Dell’Anna ne aggiungerei un’altra, che mi sembrerebbe degna di attenzione, relativa a quella che Labov chiama «diacronia apparente»: quali sono, cioè, le differenze d’uso – a tutti i livelli – che caratterizzano le diverse generazioni e in particolare l’ultima, che si è appena affacciata al mondo della professione forense? Quali sono le abilità/disabilità di lettura e scrittura, di parola, sottese? La Corte di Cassazione è ancora il modello di maggior prestigio anche linguistico o si sono accreditate diverse modalità comunicative ed espressive? In questo senso alcune prime indicazioni potrebbero venire dal “Laboratorio di scrittura” della Scuola Superiore dell’Avvocatura.

Gli studi come quelli di cui abbiamo parlato qui rispondono anche alla funzione di divenire fonte di conoscenza reciproca fra “mondi” professionalmente separati: da una parte con il progredire degli studi l’universo forense si sta imponendo – e si sta rendendo più noto – all’attenzione degli studiosi delle scienze del linguaggio nel loro insieme e, dall’altro, avvocati e magistrati sono

¹⁷ M.V. DELL’ANNA, *op. cit.*, pp. 171-174.

¹⁸ M.V. DELL’ANNA, *op. cit.*, pp. 176-184.

¹⁹ M.V. DELL’ANNA, *op. cit.*, pp. 185-187.

²⁰ M.V. DELL’ANNA, *op. cit.*, p. 186.

sempre più consapevoli del rilievo della componente linguistica nell'esercizio dei fini specifici della professione, cosa che sembrava impensabile anche solo all'inizio del secolo: è proprio del Duemila, infatti, il primo ingresso "ufficiale" della linguistica in un congresso forense²¹.

Mi rendo conto che a volte gli studi dei linguisti possono apparire troppo attenti anche a fenomeni che a prima vista potrebbero sembrare "di dettaglio" (come l'inversione degli elementi di frase o l'omissione dell'articolo ecc.), ma è proprio l'"analisi fine" che ci porta a capire "le ragioni" – di volta in volta funzionali o, al contrario, inutilmente stereotipiche – di ciò che nel linguaggio giuridico si discosta dalla lingua comune, in modo da distinguere le disabilità dagli obiettivi comunicativi ed espressivi specifici e funzionali, che magari si cerca di raggiungere in modo talvolta peculiare o addirittura peregrino. Ad esempio, i fenomeni di inversione dei costituenti di frase o sintagma – "ritiene la Corte, contrario assunto, commesso reato" ecc. – sono quasi sempre usati a fini di focalizzazione e messa in rilievo e anche i fenomeni a prima vista più singolari sono comunque motivati da ragioni storicamente o funzionalmente identificabili (anche se non sempre apprezzabili o condivisibili).

A suo tempo Piero Fiorelli parlò efficacemente di «travaglio della lingua degli uffici» proprio a proposito del linguaggio del diritto e della pubblica amministrazione²², ma il prolungato e sempre più saldo confronto interdisciplinare sta diffondendo consapevolezze, modelli e pratiche inediti e raggiungendo risultati impensabili fino a non molto tempo fa. Il percorso è ancora lungo, ma la strada è tracciata, come risulta evidente anche dalla lettura di A. Mariani Marini - F. Bambi (a cura di), *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*²³. In ogni caso in pochi anni si è affermata la consapevolezza diffusa che l'attività giuridica presuppone e implica sensibilità e abilità linguistica; d'altronde già nel lontano 1958 Giacomo Devoto – mio primo Maestro – osservava che «ci sono teorie linguistiche che lo studioso di diritto deve accettare e ci sono teorie giuridiche che anche il puro linguista, in questo campo di ricerche, deve conoscere»²⁴. Ha ragione, poi, Stefania Cavagnoli, quando osserva che «il linguista che si avvicina al testo giuridico [...] non può prescindere dall'incontro teorico e applicato alla prassi con gli esperti giuristi. È proprio la vicinanza fra le due discipline, entrambe centrate sullo studio del testo, unito a strumenti in-

²¹ In un seminario romano in cui il tema venne introdotto da una relazione di Tullio De Mauro su *Le tecniche dell'esprimersi*; gli interventi al convegno sono stati poi editi in A. MARIANI MARINI (a cura di), *Il linguaggio, la condotta, il metodo*, Il Sole 24Ore, Milano 2001.

²² Ora in P. FIORELLI, *Intorno alle parole del diritto*, Giuffrè, Milano 2008, p. 66.

²³ A. MARIANI MARINI - F. BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, Pisa University Press, Pisa 2013. Per una recensione di parte linguistica, cfr. P. BELLUCI - M. PORTO, *Parole e fini. La giustizia tra lingua e diritto*, in *Questione Giustizia*, 4/2013, pp. 173-179.

²⁴ G. DEVOTO, *Parole giuridiche*, in Id., *Scritti minori*, Le Monnier, Firenze 1958, p. 95.

terpretativi differenziati che si completano a vicenda a fornire nuove conoscenze ad entrambe le discipline che lavorano insieme. Per una migliore comprensione e produzione di diverse tipologie testuali, differenziate per destinatari e rispettose delle culture di riferimento»²⁵.

²⁵ S. CAVAGNOLI, *Linguaggio giuridico e linguistica applicata: perché interagire*, in *Cultura e diritti*, 4/2012, pp. 15-21 [citazione da p. 21].

Argomentazione e diritto amministrativo

Fabrizio Fracchia

Premessa

L'argomentazione fornisce le ragioni per ritenere vera un'asserzione o corretta una pretesa.

Pur dovendo considerare che altro è l'argomentazione con premesse normative, altro è quella fondata su asserzioni/proposizioni, essa è in generale assai importante anche nel settore del diritto, ove, ad esempio, viene impiegata per interpretare le norme, per applicarle alle fattispecie concrete, per ricostruire i fatti, per definire la verità processuale, per valutare le prove, per redigere sentenze, pareri e scritti difensivi. L'importanza della capacità di argomentare è ora confermata sul piano normativo. L'art. 46, l. 247/2012 (nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense) così dispone al comma 6: "il Ministro della giustizia, sentito il CNF, disciplina con regolamento le modalità e le procedure di svolgimento dell'esame di Stato e quelle di valutazione delle prove scritte ed orali da effettuare sulla base dei seguenti criteri: a) chiarezza, logicità e rigore metodologico dell'esposizione; b) dimostrazione della concreta capacità di soluzione di specifici problemi giuridici; c) dimostrazione della conoscenza dei fondamenti teorici degli istituti giuridici trattati; d) dimostrazione della capacità di cogliere eventuali profili di interdisciplinarietà; e) dimostrazione della conoscenza delle tecniche di persuasione e argomentazione".

Molti giuristi sono quotidianamente impegnati nello sforzo di insegnare alle nuove leve di operatori giuridici o, comunque, a chi esprime o rappresenta una domanda di formazione, le modalità mediante le quali è opportuno "argomentare" giuridicamente, nella condivisibile convinzione che si tratti di una competenza essenziale, ancorché non unica, che occorre aver acquisito al fine di svolgere al meglio le professioni legali¹.

Ciò avviene nelle aule universitarie, negli studi legali, negli studi notarili, nei palazzi di giustizia, nei corsi di formazione, in quelli di preparazione a concorsi e nei corsi di aggiornamento.

Lo sforzo volto a insegnare e ad apprendere questo tipo di argomentazione implica sensibilità e capacità logica, oltre che conoscenze e abilità di tipo giuridico, pedagogico, etico, retorico e, più in generale, filosofico e, dunque, interferisce con problematiche ampiamente trattate e analizzate in ciascuno di questi settori scientifici.

¹ Per uno spunto, v. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998, p. 24.

Ciò che tuttavia manca, forse, soprattutto da parte della generalità dei docenti, è una riflessione ampia che parta dal “campo” e che sia soprattutto alimentata da chi si interessa di “un” ambito specifico del diritto, atteso che, accanto a regole generali, vi sono esigenze peculiari per ogni settore. Certamente, l’argomentazione giuridica (così come il problema dell’interpretazione delle norme²) traspare dai manuali; essa è oggetto di attenta riflessione teorica ed è costantemente sviluppata nell’impostazione dei lavori pubblicati da chi si impegna in accademia; vi sono poi i corsi volti alla tecnica dell’argomentazione, offerti, spesso con la partecipazione di autorevoli esperti, da numerose università³. Tuttavia, i protagonisti attivi del settore, partendo da fatti e da questioni concrete di una materia, non si confrontano così spesso come sarebbe opportuno in ordine ai problemi di fondo e, soprattutto, alle metodologie da impiegare quotidianamente per “insegnare” l’argomentazione.

Ovviamente occorrerebbe analizzare separatamente e accuratamente i vari generi in cui l’argomentazione può essere usata nel diritto amministrativo (motivazione del provvedimento, parere, parere *pro-veritate*, ricorso, memoria, appello, discussione orale, sentenza e così via; per usare una differente classificazione: atti linguistici rappresentativi di una tesi e atti decisori, quali la sentenza⁴), tenendo conto dei vincoli, delle finalità e degli obiettivi concretamente perseguiti in ciascuno di tali contesti.

Gli operatori, in ogni caso, vanno posti in grado di ricostruire esattamente le argomentazioni, di individuarne le fallacie e di confutarle.

Questo obiettivo non coincide, ovviamente, con quello di riuscire a trovare le buone e convincenti ragioni a sostegno di una certa conclusione (anche se certamente aiuta a verificare la correttezza del proprio ragionamento), né con quello di saper comunicare – “parlare” e “scrivere” – bene e in modo elegante o, ancora, con quello di possedere le abilità relative alla tecnica del dibattito.

Fallire l’obiettivo relativo alla capacità di giudicare la bontà delle argomentazioni, però, significa avere poche chance di successo nelle professioni giuridiche.

² Sull’argomento interpretativo, v. L. GIANFORMAGGIO, *Logica e argomentazione nell’interpretazione giuridica, ovvero i giuristi interpreti presi sul serio*, in *Studi senesi*, 1987, pp. 461 ss.

³ *Ex multis*, v. A. MARIANI MARINI, *Scienza giuridica e argomentazione forense*, in *Dir. e formazione*, 2010, pp. 141 ss.; E.M. MANZIN - P. SOMMAGGIO, *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Giuffrè, Milano 2006.

⁴ A. MARIANI MARINI, *Presentazione*, in Id. (a cura di), *Teoria e tecnica dell’argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano 2003, XII, che utilizza la contrapposizione tra atti rappresentativi e atti dichiarativi.

Delimitazione del campo di indagine: le finalità dell'insegnamento dell'argomentazione giuridica

Va intanto precisato che le finalità – di cui qui ci si occuperà – dell'insegnamento che abbia ad oggetto le modalità attraverso cui si deve sviluppare l'argomentazione giuridica sono essenzialmente pratiche, nel senso che servono a fornire agli operatori del diritto strumenti per agire con correttezza ed efficacia nel proprio campo professionale, in particolare risolvendo conflitti concreti, impostando le cause e i propri ragionamenti giuridici o dando corretto assetto a interessi con riferimento a casi specifici.

Come si è avuto modo di anticipare, si è ben consapevoli del fatto che anche il ragionamento che si sviluppa in relazione all'attività di ricerca si svolge secondo regole (applicando, cioè, un metodo) analoghe, ma la finalità è in tal caso totalmente diversa. L'operatore del diritto deve essere formato per risolvere problemi concreti, finalità che non necessariamente preoccupa lo scienziato del diritto, se scienziato può definirsi⁵, il quale, per ciò stesso, ha d'altra parte un chiaro distacco rispetto al caso contingente e propone soluzioni sottoposte ad un peculiare controllo pubblico della giustificazione che manca per l'attività dell'operatore. Ciò non di meno, almeno parte delle regole che si applicano all'argomentazione giuridica è analoga a quella che il giurista scienziato è chiamato ad osservare.

Per altro verso, l'argomentazione giuridica è prima di tutto ragionamento e argomentazione senza aggettivazioni⁶. Di conseguenza, essa non può non

⁵ Il problema della scientificità dell'attività del giurista – cui ancora si farà riferimento nel corso della trattazione – è molto esplorato in dottrina, anche in Italia (circa l'utilità del dibattito, v. F. POGGI, *La filosofia del diritto e l'ideale della scienza giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, pp. 393 ss.). I riferimenti essenziali sono i seguenti: N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 342 ss. cit. (il quale si è occupato, più in generale, del problema dello statuto epistemologico della filosofia della conoscenza giuridica); L. FERRAJOLI, *Sulla possibilità di una scienza del diritto come scienza rigorosa*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1963, pp. 320-363; R. GUASTINI, *Distinguendo*, Giappichelli, Torino 1996, pp. 215 ss.; V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, Giappichelli, Torino 2004. V. altresì F. CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza. I: Un dibattito attraverso l'esperienza giuridica italiana nella prima metà del ventesimo secolo*, Cedam, Padova 2005 e P. COMANDUCCI, *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, in P. COMANDUCCI - R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 318 ss. Secondo taluni, il lavoro del giurista sarebbe un discorso su di un altro discorso (prescrittivo). Si tratterebbe, in sostanza, di un metalinguaggio, e qui si discute se questo metalinguaggio sia meramente descrittivo (v. in argomento M. JORI, *Oggetto e metodo della scienza giuridica*, in Id., *Saggi di metagiurisprudenza*, Gouffré, Milano 1985, pp. 203 ss.), suscettibile di verifica (N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Einaudi, Torino 1950;) e, come tale, scientifico. Sia consentito rinviare anche a F. FRACCHIA, *The Science Of Administrative Law, Juridical Method And Epistemology: The Roles Of Paradigms In The Era Of The Crisis Of Modernity*, in *IJPL*, 2013.

⁶ Sulla specificità dell'argomentazione giuridica rispetto all'argomentazione in generale, v. A. CATTANI, *Esortazione alla teoria e alla pratica dell'argomentazione. Una modesta propo-*

tener conto della teoria dell'argomentazione in generale e, più nello specifico, dei principi della logica⁷, viceversa spesso trascurati dai docenti e dai formatori nel momento in cui spiegano ai ragazzi o ai discenti l'argomentazione giuridica riferita a uno specifico settore del diritto.

È tuttavia inevitabile che l'argomentazione che viene qui analizzata debba essere coerente con il suo oggetto specifico (il diritto).

Argomentazione e diritto (dando per presupposta la conoscenza dei basilari criteri di interpretazione). L'insegnamento che proviene dalla filosofia del diritto e dalle elaborazioni in tema di "lavoro del giurista"

È utile avere la chiara percezione di alcune operazioni essenziali che l'operatore del diritto deve compiere in ordine al "materiale" che utilizza e, cioè, appunto, al diritto.

Un acceso dibattito investe l'effettiva sussistenza di un mondo reale esterno – il "diritto", o, meglio, frammenti oggettivati della realtà normativa in tutte le sue declinazioni, anche giurisprudenziali, che ha la stessa funzione della natura per altri scienziati – cui si rivolge il giurista⁸; l'alternativa è che sia, invece, tutto frutto di interpretazione⁹.

sta, in A. MARIANI MARINI, (a cura di), *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, cit., pp. 2 ss. (ove si fa cenno alla peculiarità delle premesse e dei destinatari, oltre al fatto che, nel processo, vi sono regole specifiche in ordine all'onere della prova).

⁷ La letteratura, al riguardo, è sterminata. Ci si limita qui a richiamare C. PERELMAN, *Il campo dell'argomentazione. Nuova retorica e scienze umane*, Pratiche, Parma 1979; ID., *Teoria e pratica dell'argomentazione*, Sellerio, Palermo 2005 e C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino 2001; A. VARZI - J. NOLT - D. ROHATYN, *Logica*, McGraw-Hill, Milano 2004 e A. IACONA, *L'argomentazione*, Einaudi, Torino 2005.

⁸ Si dice, ad esempio, che il giurista non conosce, ma fa le norme, le quali, dunque, non possono formare oggetto di conoscenza: v. le riflessioni di U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, in A. SCHIAVELLO - V. VELLUZZI, *Il positivismo giuridico contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2005, p. 110 (dello stesso A. v. anche *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, pp. 559 ss.). D'altro canto, in una prospettiva utilitaristica e funzionale, non si può non osservare che una descrizione empirica e neutrale delle norme o delle istituzioni sarebbe ben poco utile al mondo dei giuristi e alla società (sul punto, v. le osservazioni di F. POGGI, *La filosofia del diritto e l'ideale della scienza giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, p. 395). V. altresì S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Materiali per uno studio della cultura giuridica*, 2001, pp. 131 ss.

⁹ Sulla questione torneremo brevemente ancora in conclusione di paragrafo. Personalmente – come d'altro canto diceva già Popper criticando il marxismo – ritengo preferibile un modello che ammetta e conceda spazi per un qualche residuo di falsificazione basata sul confronto con una realtà "altra" (una "incudine" per l'ipotesi). Certamente i fatti (che nel diritto, come si diceva nel testo, sono anche i frammenti oggettivati della realtà normativa in tutte le sue declinazioni, pure giurisprudenziali) possono a loro volta essere interpretati dal filtro teorico, che ha appunto questa specifica vocazione, ma non è consentito eliminarli

Appare utile brevemente ispirarsi alle argomentazioni e agli spunti che affiorano in questo dibattito.

Intanto, si è condivisibilmente osservato come sia davvero difficile asserire che il giurista si limiti a esprimere un giudizio del tipo vero-falso¹⁰; a tacere del fatto che, diversamente opinando, relativamente alla *quaestio iuris* scarso sarebbe lo spazio per l'argomentazione induttiva (vi sarebbe al più dimostrazione-descrizione). È assai più plausibile, infatti, che il suo sia un linguaggio impregnato di valori. In effetti, in una prospettiva costruttivistica, il giurista, accostandosi a un'esperienza giuridica (un insieme di norme, ovvero un'istituzione), storicamente determinata, compie operazioni molto più complesse: scelta di una base enunciativa, interpretazione della stessa in modo da ricavare una base normativa, risoluzione di antinomie, integrazione o completamento della base normativa, esposizione sistematica¹¹.

Assai nota è l'impostazione – che ha avuto tra i maggiori esponenti (pur con rilevanti differenze tra le varie voci) Bobbio¹², Tarello e Scarpelli – che dedica specifica attenzione all'analisi del linguaggio: da questa premessa deriva la

dall'orizzonte di riferimento. Ciò, ad esempio, accade quando una conclusione scientifica cozzi apertamente con una norma o assuma l'inesistenza di un orientamento giurisprudenziale viceversa sussistente.

¹⁰ V. la critica, fondata sul fatto che la descrizione comporta comprensione e che, quando concerne valutazioni, implica assunti valutativi, di B. CELANO, *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, in *Materiali per uno studio della cultura giuridica*, 2005, pp. 161 ss.; l'A. ricorda la diversa posizione di H.L.A. HART, *Postscript a Id., The Concept of Law*, second edition, Clarendon Press, Oxford 1994, pp. 242-244; trad. it. *Il concetto di diritto*, cit., p. 314; v. ancora la tesi di M. BARBERIS, *Sette domande a Bruno Celano*, in *Materiali per uno studio della cultura giuridica*, 2005, p. 188, il quale sostiene che si possa avere una conoscenza anche di un valore. Sotto altro profilo, R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in L. GIANFORMAGGIO - E. LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto*, cit., pp. 173 ss., dimostra che i discorsi dei giuristi sono anche prescrittivi (contengono direttive) e spesso «scendono sul livello del loro linguaggio oggetto», p. 175. Merita uno specifico richiamo la prospettiva sposata da M. JORI, *Pragmatica, scienza giuridica e diritti*, in P. COMANDUCCI - R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 377 ss.: l'A., pur ammettendo che nell'attività del giurista si intersechino componenti descrittive e componenti normative, ritiene possibile una descrizione obiettiva (ancorché non avalutativa) del diritto e una sua corretta applicazione (e perciò si sarebbe al cospetto di una scienza).

¹¹ R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, cit., pp. 175 ss. In argomento v. anche F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Cedam, Padova 1939, il quale sottolinea i momenti dell'osservazione, della comparazione, della classificazione, della formazione ed espressione di concetti e della scoperta delle regole dell'esperienza.

¹² V., in argomento, M. JORI, *Norberto Bobbio teorico del discorso rigoroso*, in L. FERRAJOLI - P. DI LUCIA (a cura di), *Diritto e democrazia nella filosofia di Norberto Bobbio*, Giappichelli, Torino 1999, pp. 39 ss.

necessità che il giurista si sforzi di dare coerenza al materiale che “considera”¹³ e, in questo senso, vada oltre l’interpretazione, sicché vi è una parte critica essenziale nel suo lavoro (si è parlato, ad esempio, di dogmatica¹⁴), nello sforzo di trasformare il materiale grezzo, ripulito, in dato problematico¹⁵.

Una differente impostazione, concentrandosi sulle ricerche giuridiche, ha individuato i seguenti momenti: filologico (selettivo del materiale); logico (mediante inferenze); argomentativo (a fini di persuasione e di giustificazione) e quello, trasversale, interpretativo¹⁶.

Di interesse è pure la tesi secondo cui il giurista (per ciò stesso – a seguire siffatta tesi – non scienziato) pone in essere, al più, una sistematizzazione rigorosa di concetti a fini pratici¹⁷.

Infine, anche la riflessione in ordine alle specificità del diritto rispetto ad altre scienze fornisce spunti assai utili. Quanto all’oggetto, non si può negare che per il diritto vi sia l’essenziale mediazione del linguaggio che trascende i fenomeni naturali e che costituisce il primo livello di conoscenza – anche se non l’esclusivo – dello scienziato del diritto; a differenza di altre scienze, il giurista non si limita a influenzare l’immagine del proprio “oggetto” lavorando su di un paradigma per catturare la realtà (il filtro teorico), ma, in modo più marcato, può incidere direttamente sulla realtà osservata; in ordine alla funzione, mentre le scienze empiriche non assumono, né debbono assumere, compiti deliberativi, il diritto deve poter «guidare il comportamento umano»¹⁸.

Alla luce di queste sintetiche osservazioni, possiamo ricavare alcune suggestioni assai utili anche per l’operatore del diritto chiamato ad argomentare per risolvere problemi concreti, iniziando a comporre una sorta di prontuario delle regole che l’operatore del diritto dovrebbe tenere a mente nell’affrontare i problemi giuridici.

a) Il giurista non compie una semplice descrizione empirica di un oggetto precostituito: egli lo modifica cercando, appunto, di renderlo rigoroso¹⁹.

¹³ Su questa “facoltà” contemplativa e considerativa, v. L. IANNOTTA, *Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, cit.

¹⁴ V. le osservazioni di G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 26, a proposito delle analisi di Guastini sui rapporti tra interpretazione e dogmatica.

¹⁵ N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, cit., p. 354, il quale ricollega questa parte critica, appunto, all’analisi del linguaggio.

¹⁶ G.U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, pp. 833 ss.

¹⁷ V. le osservazioni di A. CATANIA, *Introduzione* a U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico?*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, p. 31. In argomento v. L. FERRAJOLI, *Sulla possibilità di una scienza del diritto come scienza rigorosa*, cit. e gli scritti raccolti in A. ROSSETTI - V. VELLUZZI, a cura di, *Diritto, linguaggio, scienza giuridica*, in *Notizie di politeia*, 2005, p. 80.

¹⁸ J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford 1979, pp. 225 ss.

¹⁹ R. GUASTINI, *Distinguendo*, cit., p. 221. Sempre di R. GUASTINI, v. altresì *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano 2011. Di purificazione, completamento e ordinamento del lin-

- b) La realtà più prossima con cui si confronta (e che per taluni costruisce) è costituita dal linguaggio (giuridico).
- c) Questo materiale/linguaggio va “ripulito”, sistematizzato (risolvendo ad esempio le antinomie e colmando le lacune) e opportunamente considerato, prima ancora che applicato e interpretato.
- d) Il lavoro del giurista si confronta con una realtà, appunto normativa, che è esterna e almeno in parte indipendente dalla sua azione interpretativa. Questo punto è molto discusso e discutibile; tuttavia, per l'operatore del diritto appare certamente preferibile, in via precauzionale (v. anche quanto si dirà al prossimo paragrafo), assumere che il dato giuridico costituisca un'invariante e non solo frutto dell'interpretazione, anche se, nella pratica, bisogna essere coscienti del fatto che la norma non è l'unico elemento sulla base del quale vengono assunte le decisioni.
- e) Accanto a questa realtà normativa, l'operatore del diritto deve collocare i fatti che il diritto disciplina, pure essi coinvolti dall'argomentazione. Non mancano, invero, casi in cui essa investe prevalentemente un fatto (pur qualificato giuridicamente), come accade nell'impianto accusatorio che sta alla base di una sanzione disciplinare, ove occorre dimostrare la verità di una conclusione (illecito) sulla base di premesse spesso solo fattuali.

Argomentazione e diritto amministrativo

Ciò chiarito in generale, possiamo ora a considerare il diritto amministrativo e le sue caratteristiche, sempre ponendo mente alle esigenze degli operatori del diritto.

Intanto, è necessario identificare alcuni caratteri del “frammento oggettivato di realtà normativa” con cui essi si confrontano²⁰. Qui non è possibile né opportuno trattare dei caratteri del diritto amministrativo, tra l'altro oggetto di approfonditi dibattiti.

- È sufficiente osservare che regole scritte e principi (anche alla luce della giurisprudenza) vanno correttamente identificati e censiti in modo completo, sicché il primo compito dell'amministrativista è quello di esattamente ricostruire il quadro normativo, senza nulla trascurare, in particolare anche valorizzando le interpretazioni giurisprudenziali.
- Per altro verso, a prescindere dalle valutazioni di tipo teorico, è importante, soprattutto nelle aule di giustizia, far apparire la propria argomentazione

guaggio giuridico già parlava N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, cit., p. 355. Per chi ancora ritenga che la scienza sia osservazione oggettiva della realtà, in sostanza inseguendo un modello scientifico forgiato con riferimento alle scienze fisiche, ma pure in quel contesto criticato, quanto detto nel testo segnerebbe una distanza incolmabile del giurista rispetto allo scienziato empirico che non modifica il proprio oggetto.

²⁰ Analoga esigenza sussiste, ad esempio, nel diritto penale: L. STORTONI, *L'“argomentazione” nel diritto penale*, in *Politica dir.*, 2004, pp. 501 ss.

come fondata “sulla volontà della legge”. Quasi per una sorta di vischiosità culturale, infatti, un’impostazione del genere risulta più rassicurante e, comunque, quand’anche non fosse la ragione della scoperta della soluzione, deve apparire come il fondamento della sua giustificazione. Da questo punto di vista, le premesse del ragionamento giuridico debbono essere sempre costituite dai dati giuridici, soprattutto normativi e giurisprudenziali, piuttosto che dottrinali.

- Essi vanno interpretati e, nella esposizione delle premesse dell’argomentazione (v. *infra*), tendenzialmente “ordinati” secondo svariati criteri, tra cui spiccano quello gerarchico e quello storico²¹.
- Grande attenzione, in ragione dei caratteri nel diritto amministrativo, hanno i principi generali e gli istituti fondamentali, che occorre abituarsi a conoscere, saper riconoscere e essere in grado di applicare.
- Sempre più importanti sono le fonti non nazionali: non soltanto Trattato dell’Unione, direttive, regolamenti e sentenze della Corte di giustizia, ma, in maniera sempre più rilevante, Convenzione europea dei diritti dell’uomo.
- Inoltre deve essere richiamato il materiale giurisprudenziale: l’abitudine a basarsi sulle massime, facilitata dall’informatica, può rivelarsi un insidioso errore, atteso che le massime possono essere redatte in modo poco accorto e, se limitate al *decisum*, non consentono di cogliere l’argomentazione.
- Un aiuto importante dovrebbe giungere dalle note di commento curate dalla dottrina, che hanno la finalità, appunto, di mettere a nudo criticamente l’argomentazione.

È altresì importante censire i “luoghi” in cui l’argomentazione giuridica può diventare rilevante. Essi sono facilmente identificabili richiamando le due principali forme che essa assume, quella interpretativa (e già s’è detto che si darà qui per scontata la conoscenza dei canoni interpretativi; in sostanza, essa è relativa alla premessa maggiore del sillogismo che – per ricorrere a uno schematismo un po’ semplicistico – usano, in particolare, i giudici) e quella sul fatto²².

Di “luoghi” si può parlare anche in un altro senso e, cioè, riferendosi ad atti e attività che implicano l’uso di strumenti argomentativi. Essi, al pari di altri rami del diritto, sono soprattutto costituiti dalle sentenze (che dovrebbero evitare di debordare nel genere letterario della trattazione scientifica), dagli atti che le parti debbono produrre in giudizio, dai discorsi pronunciati nella aule giudiziarie (ma anche nei rapporti con i clienti o con i colleghi), dai pareri, e – specificità questa del nostro ambito – dai provvedimenti amministrativi.

²¹ F. MACARIO, *Metodologia e tecniche argomentative nell’elaborazione di scritti difensivi*, in A. MARIANI MARINI, *L’argomentazione e il metodo nella difesa*, Plus, Pisa 2004, p. 57.

²² L. GIANFORMAGGIO, *L’argomentazione giuridica interpretativa: avvocati e giudici*, in A. MARIANI MARINI (a cura di), *Teoria e tecnica dell’argomentazione giuridica*, cit., p. 127.

Giova immediatamente sottolineare la peculiarità dell'argomentazione che viene sviluppata all'interno del provvedimento amministrativo. Essa è principalmente esplicitata nella motivazione²³.

È importante rimarcare questo passaggio, perché l'amministrativista deve essere ben cosciente dell'assoluta centralità della parte motiva di un provvedimento alla luce della particolare tecnica di sindacato, basata sulle figure sintomatiche di eccesso di potere, che investe le decisioni amministrative. La motivazione, cioè, da un lato può essere causa diretta di illegittimità (motivazione insufficiente, incongrua, contraddittoria e così via, a tacere del caso, estremo, in cui la sua mancanza integri violazione di legge per contrasto con l'art. 3, l. 241/1990); d'altro lato, però, essa può "salvare" dalla illegittimità atti che, apparentemente irragionevoli, l'amministrazione riesca a dimostrare viceversa coerenti con la cura dell'interesse pubblico. Un esempio può essere utile per gli operatori del diritto: la disparità di trattamento è una figura sintomatica dell'eccesso di potere (anzi, può al contempo ridondare in violazione di legge con riferimento all'art. 3, Cost.), ma l'amministrazione, in sede appunto di motivazione, potrebbe essere in grado di dimostrare che, alla luce delle circostanze concrete, quello che appare un caso di trattamento discriminante in realtà è il frutto di una scelta corretta. In sostanza, per anticipare un tema che riprenderemo a suo tempo, l'amministrazione, in questo caso, mediante motivazione, "confuta" l'ipotetico argomento che ha come conclusione l'illegittimità dell'atto. L'accenno è importante perché – aggiungiamo così altre regole al prontuario che stiamo definendo – lo studio dell'argomentazione nel diritto amministrativo implica e presuppone una conoscenza molto approfondita (quasi una sorta di catalogo da mandare a memoria) delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere e la consapevolezza della possibilità di "superarle" attraverso un'adeguata motivazione e, cioè, con un'argomentazione valida. Dal punto di vista formale e della chiarezza logica, poi, quanto detto dovrebbe suggerire grande attenzione nei redattori dei provvedimenti, chiamati a separare nettamente il preambolo, ove vengono riportati tutti i dati, fattuali e giuridici, rilevanti (quasi si trattasse di definire la griglia di elementi entro cui l'amministrazione si è mossa, accanto alla "narrazione della storia" del procedimento), dalla motivazione, in cui quegli elementi vengono valorizzati, soppesati e considerati al fine di supportare una coerente decisione finale. In

²³ In ordine a questa figura, nell'impossibilità di richiamare compiutamente la vastissima letteratura, ci si limita a citare, per la loro rilevanza, le seguenti opere: G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, voce dell'*Enc. Diritto*, agg. V, Milano 2001, pp. 683 ss.; M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, *ibid.*, 1977, XXVII, pp. 257 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, voce del *Digesto IV, disc. pubbl.*, XIII, Milano 1997, appendice, pp. 683 ss.; *Id.*, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Giuffrè, Milano 1987; V. MAZZARELLI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, voce dell'*Enc. giur.*, XX, 1990.

chiave didattica, al riguardo, è molto utile esaminare concretamente esempi di provvedimenti, soprattutto alla luce del sindacato del giudice e, dunque, traendo spunti da casi giurisprudenziali.

Argomentazione giuridica e argomentazione studiata dalla logica

Acquisito all'indagine che la motivazione di un provvedimento è un'argomentazione, possiamo ora a considerare in generale le caratteristiche – appunto – dell'argomentazione²⁴. Ecco un tipico esempio: «Tutti gli uomini sono mortali, Socrate è un uomo, quindi Socrate è mortale»; il termine medio è l'uomo.

Il discorso, molto approfondito dagli studi di logica e di filosofia (anche del diritto), verrà qui condotto nei soli limiti in cui costituisca la premessa per una riflessione relativa alle abilità che deve acquisire l'operatore del diritto amministrativo.

Già si è detto che l'argomentazione fornisce le ragioni per ritenere vera un'asserzione o corretta una pretesa. L'argomento, molto banalmente, è costituito da una serie di proposizioni e, dunque, è un periodo. Tra queste proposizioni, riveste un ruolo principale la conclusione, che indica ciò che si intende dimostrare: nel caso di specie il carattere mortale di Socrate. Essa è sorretta da talune premesse (subordinate), che sono addotte per garantire l'accettazione della principale. Va ribadito che le subordinate mirano a giustificare la conclusione e, cioè, indicano le ragioni per accettare (“ritenere vera”) la conclusione, sicché l'argomento non è semplicemente costituito da un gruppo di proposizioni raggruppate a caso, avendo invece una propria specifica struttura inferenziale. L'inferenza è, appunto, il procedimento per cui da un'asserzione vera si giunge a ritenere vera la conclusione, che, di conseguenza, nella prospettiva di chi argomenta, deve essere accettata. Facciamo un altro esempio di argomento, che assume la forma di *modus ponens*: se A allora B; A (queste sono le due premesse); quindi B (conclusione). Le due premesse sono costituite da un condizionale e dall'affermazione dell'antecedente; la conclusione è il conseguente. Non si fatterà e comprendere che, nel contesto giuridico, la prima premessa (quella maggiore) è di solito il precetto, la seconda (premissa minore) la *quæstio facti*, sicché il *modus ponens* corrisponde al c.d. sillogismo giuridico. Di rilievo è pure un altro esempio di argomentazione: A allora B; non B; quindi non A; negazione del conseguente: *modus tollens*. Esso è frequentemente usato dai logici, ma anche nella scienza (il falsificazionismo à la Popper per definire i margini della scienza, in fondo, si ispira anche a questo schema) e nel diritto.

È ora opportuno, almeno trattando del “metodo” per argomentare e, soprattutto, al fine di far acquisire la capacità di saper giudicare la bontà delle argo-

²⁴ Una spiegazione chiara e semplificata di questi argomenti si ritrova in A. IACONA, *L'argomentazione*, cit., ove anche ulteriori approfondimenti in ordine ai passaggi che saranno illustrati nel testo e nei prossimi paragrafi.

mentazioni, sintetizzare le tappe che dovrebbe seguire l'operatore del diritto a fronte delle stesse.

Intanto, da una formula linguistica scritta o orale, occorrerà giungere alla esatta definizione dell'argomentazione e della sua struttura inferenziale, successivamente si applicheranno i criteri per valutarla e per confutarla.

Il giurista di fronte all'argomentazione; il primo passo: l'individuazione dell'argomentazione medesima e le peculiarità del diritto amministrativo

Il consiglio iniziale che può essere rivolto anche all'operatore del diritto è quello di riscrivere (o sintetizzare) le argomentazioni in modo da poterle ripulire, chiarire, esplicitare e "trattare" adeguatamente.

Le indicazioni che forniscono gli studi di logica sono utili e interessanti²⁵, ma, facendosi qui questione delle argomentazioni usate nel diritto amministrativo, esse vanno "contestualizzate", nel senso che il loro studio va completato tenendo conto di alcune precisazioni.

Insegnano, quegli studi, che le asserzioni di una argomentazione debbono essere suscettibili di essere vere o false.

Di conseguenza, dal "corpo" dell'atto che contiene l'argomentazione, vanno in primo luogo espunti tutti gli enunciati che non hanno questa caratteristica (esortazioni, comandi, esclamazioni e affermazioni che non hanno l'intenzione di giustificare una conclusione) e l'argomentazione va parafrasata, isolando gli enunciati che siano comprensibili autonomamente perché dotati di senso compiuto.

In secondo luogo occorre "tradurre" le espressioni metaforiche, ridurre le anafore ed eliminare quanto non è chiaro; soprattutto, va espunto l'ovvio, il ridondante e il superfluo e, cioè, tutto ciò che non fornisce alcun contributo all'argomentazione. Risulteranno, dunque, soltanto le proposizioni indispensabili, la cui eliminazione comporterebbe un'alterazione dell'argomentazione.

In terzo luogo (e con una mossa contraria rispetto a quanto appena detto), devono essere aggiunte le eventuali asserzioni implicite del ragionamento o la conclusione (talora, infatti, per amor di retorica, si lascia alla controparte l'onere di "trarre le conclusioni"; tuttavia, al fine di valutarne la bontà, è necessario disporre dell'argomentazione completa). Si tratta di un'operazione da compiere con attenzione, ricordandosi che le asserzioni implicite aggiunte debbono essere tali che con esse il "titolare dell'argomentazione" sarebbe comunque d'accordo.

A conclusione di questi passaggi, (anche) il giurista avrà a disposizione l'argomentazione nella sua forma pura e potrà procedere con le operazioni successive.

²⁵ V., ad esempio, D. WALTON, *Dialog Theory for Critical Argumentation*, John Benjamins, Amsterdam-Philadelphia 2007, pp. 248 ss. e F.H. VAN EEMEREN - R. GROOTENDORST, *Argumentation, Communication, and Fallacies*, Hillsdale, New Jersey 1992.

Nell'esame delle argomentazioni contenute nelle sentenze, quanto detto trova un riscontro nel fatto che la "conclusione" del ragionamento dovrebbe essere sintetizzato nella massima, la quale non dovrebbe estendersi a trattare di altri profili; per altro verso, si noti che gli *obiter* sono sostanzialmente le enunciazioni non incidenti sulla soluzione del caso e, dunque, estranee all'argomento.

Con specifico riferimento alle argomentazioni contenute nel provvedimento amministrativo, è rilevante ricordare che la necessità di dover effettuare uno sforzo di ripulitura dell'argomentazione (dunque affetta da fallacie linguistiche) disvela che l'amministrazione non ha agito correttamente. Essa, infatti, per tradurre in termini giuridici queste situazioni, ha giustificato il proprio operato richiamando ragioni inconferenti, non ha chiarito in modo sufficiente il percorso logico seguito o, addirittura, pensando all'ultima evenienza sopra indicata (c.d. fallacia dell'evidenza soppressa, sulla quale ancora torneremo) ha perseguito un interesse diverso da quello indicato o ha posto alla base della decisione fatti inesistenti o non ha tenuto conto di quelli rilevanti. Ciò tendenzialmente si traduce in un'ipotesi di motivazione perplessa, contraddittoria o illogica, nonché in un vizio attinente l'istruttoria. Espressioni non "indispensabili", ridondanti e fuorvianti, in questo caso, sono sicuri indici di illegittimità del provvedimento.

Il secondo passo e, cioè, l'individuazione della struttura argomentativa; le peculiarità del diritto amministrativo

Ripulita e chiarita l'argomentazione, si tratta di identificarne la struttura e, cioè, di cogliere i nessi che legano le varie proposizioni: una sorta di radiografia volta a individuarne le giunture.

Per i giuristi alle prime "armi", può essere utile ricercare gli indicatori inferenziali, di premessa (anche cerchiandoli visivamente: dato che, premesso che e così via) e di conclusione (perciò, dunque) e tradurre le argomentazioni in formule grafiche lungo una linea verticale che dalle premesse porti alla conclusione, ricordando che, spesso, nel testo, la conclusione è invece posta all'inizio e non alla fine.

[Tutti gli uomini sono mortali
Socrate è un uomo
(Quindi)
È mortale]

Si vedrà così che, in molti casi, ci si trova al cospetto di argomentazioni complesse, in cui si trovano premesse che sono in realtà la conclusione di altre premesse, fino a giungere alla conclusione finale.

Per agevolare l'operazione d'identificazione dei singoli argomenti, all'interno di una argomentazione complessa, è bene ricordare che, di norma, ci sono

tanti argomenti quanti sono gli indicatori inferenziali di conclusione. Gli argomenti semplici, a loro volta, sono legati tra di loro per formare l'argomentazione complessa.

Talora le premesse richiedono il concorso di altre, sicché, senza considerarle congiuntamente, l'argomento – sempre isolabile in ragione dell'inferenza – perde senso. Esse vanno scritte una accanto all'altra, lungo una linea orizzontale. Non mancano però casi (si pensi all'ipotesi nelle quali l'amministrazione adduca ragioni autonome per supportare una medesima decisione) in cui, a fronte della medesima conclusione, sussistono argomenti indipendenti, nel senso che le premesse sono "isolate", in quanto sorreggono autonomamente la conclusione.

La distinzione è interessante, perché, nel diritto amministrativo (pensiamo ancora alla motivazione), se sussiste un'autonoma ragione forte per sostenere una conclusione ciò dovrebbe garantire la legittimità della decisione; la circostanza che l'amministrazione adduca altri elementi deve far sospettare che il primo argomento non fosse ritenuto in realtà così forte dall'amministrazione, o che la stessa abbia deciso in base a un'argomentazione diversa e non esplicitata.

Per altro verso, si potrebbe affermare che, se la conclusione è sostenuta da più premesse, la debolezza di un argomento non inficia l'argomentazione complessiva, proprio perché ogni linea argomentativa si muove su di un binario autonomo. Viceversa, negli argomenti con premesse non divisibili, la debolezza di una premessa inficia tutta l'argomentazione. La "blindatura" delle linee argomentative autonome è comprensibile dal punto di vista della logica, ma, per il diritto amministrativo, la situazione in cui a quella linea se ne aggiungano altre deboli si traduce in una palese irragionevolezza: perché mai, infatti, addurre un'ulteriore ragione non necessaria? Si consideri poi che i rami autonomi debbono essere davvero tali e, cioè, sostenere appieno la conclusione: due mezze ragioni non integrano una convincente motivazione complessiva.

Il terzo passo e, cioè, la valutazione della bontà dell'argomento (alla ricerca delle fallacie) e le peculiarità del diritto amministrativo

Ripulita l'argomentazione e individuata la struttura, si tratta di valutarne la bontà e di ricercarne le fallacie, e, cioè, gli errori argomentativi: in sintesi, si tratta di anelli deboli o spezzati della catena argomentativa. In linea di principio (nella letteratura inglese si usa in questo caso un termine diverso: "*sound*"), un argomento è logicamente "buono" quando la conclusione segue le premesse e quando queste sono vere.

Con riferimento a tale ultimo aspetto, va appunto ricordato che, in luogo di contestarne la struttura interna e la sua logica, gli avversari di un certo argomento ne mettono spesso in discussione le premesse²⁶. Si pensi al caso in cui, nel diritto, si contesti l'esistenza della norma o del fatto storico.

²⁶ V.L. GIANFORMAGGIO, *Logica e argomentazione*, cit., p. 484.

Più in generale, questa “fallacia di premessa” ricorre ove vi sia equivocità dei termini o, nel diritto amministrativo, l’amministrazione abbia ricostruito in modo non corretto la porzione di realtà fattuale o giuridica da cui prende avvio il percorso logico che conduce alla decisione finale.

Circa la premessa, però, va aggiunto che essa, non solo può essere falsa, ma pure può risultare non pertinente e ciò ricorre nei casi in cui non sorregga la conclusione, in quanto non c’entra nulla con essa e non è utile per dimostrarne la verità o probabilità: c.d. fallacia di pertinenza. Un’altra situazione critica – già sfiorata nel corso del precedente paragrafo – attiene all’ipotesi in cui sia stata pretermessa la premessa decisiva (fallacia dell’evidenza soppressa). In sintesi, di fronte all’argomento, chi ne valuta la bontà deve eseguire tre verifiche sulle premesse, per controllare:

- se esse sono vere;
- se risultano pertinenti;
- se è stata “occultata” quella rilevante (in tale ultima ipotesi occorre renderla esplicita).

In tutti questi casi, tornando al diritto amministrativo e al provvedimento, saremo al cospetto di un atto illegittimo. Deve però essere aggiunto che, di norma, il fatto è “filtrato” attraverso i documenti, sia nel procedimento, sia nel processo.

Chiarito questo importante aspetto, torniamo alla “bontà” dell’argomento sotto il profilo logico. La fallacia di inferenza ricorre quando la conclusione non può seguire la premessa (una volta accertato, come sopra chiarito, che essa sia vera).

In logica si distingue tra argomento deduttivo (non può esserci conseguenza vera e premessa falsa, nel senso che non è possibile e sarebbe incoerente che la premessa sia vera e la conclusione falsa; si pensi all’argomento della mortalità di Socrate, sopra richiamato) e argomento induttivo (è probabile che la conseguenza sia vera date certe premesse).

Per quanto attiene al diritto amministrativo, per semplificare in modo un po’ brutale, la distinzione corrisponde a quella tra attività vincolata (ove, al ricorrere di certi requisiti, l’amministrazione deve agire in un certo modo e sarebbe incoerente – illegittima – una decisione diversa) e scelta discrezionale (ove la motivazione/argomento deve dimostrare che la conclusione raggiunta è ragionevole alla luce delle premesse: i logici direbbero che la verità della conclusione è più probabile della sua falsità, mentre, alla luce della tecnica di sindacato usata dal giudice per le scelte discrezionali, è sufficiente dimostrare che la conclusione non è manifestamente irragionevole). Facciamo due esempi. Ricorrendo tutti i requisiti, l’amministrazione deve rilasciare il permesso di costruire, sicché la relativa conclusione, contenuta nella motivazione, è in tal caso inferita per deduzione. Il secondo esempio attiene invece alla discrezionalità. La motivazione che sorregge la scelta di agire in un certo modo – ad esempio adottando un’ordinanza di necessità e di urgenza che imponga lo sgombero

– a fronte del pericolo di un'alluvione è corretta (*rectius*, è stringente) se, alla luce delle esperienze pregresse, si dimostra che, in caso di gravi piogge, vi è il rischio che un fiume esondi. La conclusione è qui inferita per induzione e, sintetizzando, l'argomento si sviluppa nei termini seguenti: quando piove il fiume esonda; piove molto; è dunque probabile che il fiume esondi e, di conseguenza, non è manifestamente irragionevole adottare l'ordinanza.

Chi valuta l'argomentazione per individuarne la fallacia, a fronte di un argomento deduttivo, dovrà dimostrare che la conclusione è falsa al cospetto di premesse vere. Nel diritto – e in particolare in quello amministrativo – deve però essere ribadito che, nel caso, appunto, di un argomento che pretende di essere deduttivo, il richiamo di ulteriori ragioni giustificative può indurre a pensare che la scelta non sia legittima in quanto si introducono elementi non pertinenti e non necessari. In altri termini, se la scelta è legittima in base alla deduzione, diventa sospetto che il soggetto “getti fumo” con altre ragioni inutili.

Viceversa, nell'ipotesi di argomenti induttivi, occorrerà verificare se l'argomento sia stringente e, cioè, se le premesse danno davvero un sufficiente grado di supporto alla conclusione. Qui occorrerà dunque dimostrare che non è affatto probabile (o, meglio, logico, o congruente) che da quelle premesse si giunga a quella conclusione.

Un punto delicato dell'argomento induttivo è poi legato alla sua vulnerabilità a fronte di nuove evidenze (c.d. fallacia dell'evidenza soppressa). Infatti, ove si dimostrasse che un nuovo elemento contraddice la conclusione, l'argomento risulterà vulnerabile: è vero che quando piove il fiume esonda, ma non si è tenuto conto che, nell'ultimo anno sono stati compiuti lavori di sistemazione degli argini e che la pioggia attesa non è molto intensa: la verità della conclusione – il fiume esonderà – risulta poco probabile, sicché è manifestamente irragionevole adottare una misura così invasiva come l'ordinanza di sgombero.

È chiaro come, ancora una volta, tutto ciò esalti l'importanza dell'istruttoria e della motivazione.

Ulteriori fallacie (non rilevanza, fallacie formali) e peculiarità del diritto amministrativo

Tra le fallacie di inferenza vale la pena ricordare alcune ipotesi peculiari, in cui, appunto, non vi è consequenzialità tra premessa e conseguenza, nel senso più specifico che la premessa non è rilevante per la conclusione conseguita in via deduttiva.

La logica si è incaricata di redigere un articolato elenco²⁷, comunque di carattere aperto, che qui riportiamo individuando le figure più significative.

²⁷ *Ex multis*, C.W. TINDALE, *Hearing is Believing*, in F.H. VAN EEMEREN - P. HOUTLOSSER (eds.), *Argumentation in Practice*, cit., pp. 35-36 e F.H. VAN EEMEREN - R. GROOTENDORST, *Argumentation, Communication, and Fallacies*, cit.

- fallacia *ad ignorantiam*: dal fatto che non ci sono prove della verità di una proposizione, si inferisce che la proposizione è falsa (non ci sono prove dell'esistenza dell'acqua su Marte e quindi si conclude nel senso che su Marte non vi è acqua);
- appello all'autorità: con questo argomento, si conclude che la proposizione è vera perché è creduta vera da una persona autorevole;
- fallacia *ad hominem*: la falsità della proposizione si ricava dal fatto che chi la afferma non è credibile; l'attacco, dunque, è personale e non diretto all'argomentazione; quando effettuato preventivamente rispetto all'argomentazione che la persona probabilmente proporrà, si configura il c.d. "avvelenamento del pozzo";
- fallacia *ad populum*: la proposizione è vera perché è creduta da tutti.

In un argomento deduttivo, l'appello a queste giustificazioni integra un'evidente fallacia.

Tuttavia, nel diritto, e nel diritto amministrativo in particolare, il discorso è più articolato, proprio perché gli argomenti deduttivi sono molto pochi.

In altri termini, ponendo mente al caso di una decisione discrezionale, è molto frequente che le fallacie sopra descritte costituiscano invece "sostegni" per la scelta finale, ove sussista un'adeguata motivazione.

Specifici istituti del diritto, poi "corrispondono" a queste situazioni, a dimostrazione che siffatti argomenti possono costituire buone ragioni per decidere legittimamente e, in qualche modo, possono essere ascritti a indici di un provvedimento e di una conclusione corretti (non manifestamente irragionevole).

L'argomento *ad ignorantiam*, ad esempio, seppur trasfigurato e assai arricchito, è alla base del principio di precauzione.

L'autorevolezza del "parlante", invece, corrisponde alla tradizione giuridica del richiamo ai precedenti²⁸, alla forza della legge²⁹ o alla dottrina più autorevole.

Gli esempi potrebbero facilmente continuare; tutti – per restare al provvedimento amministrativo – confermano l'importanza della motivazione, la quale deve esattamente valorizzare quegli argomenti come giustificazione della decisione e mostrare la consequenzialità della scelta in relazione alle premesse.

- Citiamo ora alcuni esempi di argomenti deduttivi non validi perché integrano fallacie formali: essi ridondano in illogicità e in difetto di istruttoria ove rilevate in un provvedimento amministrativo.
- Il primo è la negazione dell'antecedente; se A allora B; non A, allora non B. Nonostante l'apparente somiglianza con il *modus ponens* sopra citato (ove però l'antecedente veniva affermato), questo argomento non è corretto

²⁸ M.L. MATHIEU-IZORCHE, *Gli orientamenti della dottrina in tema di neutralizzazione e di valorizzazione delle divergenze in giurisprudenza*, in A. MARIANI MARINI (a cura di), *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, cit., pp. 55 ss.

²⁹ In argomento v. altresì A. NIETO, *Critica della ragion giuridica*, Franco Angeli, Milano 2012, pp. 166 ss.

in quanto è ben possibile che sia vera la premessa non A e la conclusione B (se vi è traffico si genera inquinamento atmosferico; non vi è traffico e quindi non vi è inquinamento; l'argomento è invalido perché l'inquinamento potrebbe essere causato da altre fonti).

- Il secondo è l'affermazione del conseguente: se A allora B; B e allora A; anche in questa ipotesi ben sarebbe possibile che l'inquinamento sia stato causato da una fonte diversa da quella veicolare.

Nei due casi, per svelarne la fallacia, una strategia diversa e forse più immediata, anche se meno elegante rispetto a quella che fa semplicemente leva sulla forma dell'argomento, consiste nel trovare il contro esempio e tradurlo in difetto di istruttoria, illogicità e vizio della motivazione.

Aggiungiamo le seguenti figure, le quali emergono molto frequentemente nelle discussioni comuni e, nel diritto amministrativo, generalmente confluiscono nelle carenze di istruttoria e di motivazione:

- fallacie c.d. “merceologiche” perché relative al rapporto tra “tutto” e “parte”: dalla premessa per cui qualche parte ha una proprietà, non si può dedurre che il tutto abbia la medesima proprietà, e viceversa (dal fatto che la città è inquinata non si può dedurre che ogni quartiere sia inquinato);
- generalizzazione impropria: qui il riferimento è agli elementi di un insieme; dalla circostanza che alcuni di essi hanno specifiche caratteristiche, si inferisce che tutti hanno quelle caratteristiche (il classico esempio è il seguente: alcune pecore sono nere, sicché tutte le pecore sono nere);
- analogia impropria: essa ricorre quando si valorizza una proprietà comune che non è tale; ciò, ad esempio, accade richiamando precedenti non pertinenti;
- fallacie attinenti alla causalità, nel senso che si inferiscono relazioni causali indebite: classico esempio è *post hoc, ergo propter hoc*; in questo caso – la circostanza che un evento segua un'azione non significa che esso sia stato causato dalla stessa – il vizio attiene soprattutto alla congruità e ragionevolezza della conclusione;
- la “china sdruciolevole”: essa ricorre quando si contesta una certa azione sottolineandone le conseguenze come se si trattasse di una catena di eventi tutti legati tra di loro, la cui connessione causale con l'azione, però, non viene provata. Gli argomenti *ad consequentiam*, cui appartiene quello della “china sdruciolevole”, acquisiscono una particolare fisionomia nel diritto, nel senso che non mancano voci, nel campo ermeneutico e nell'esperienza giudiziaria, che predicano la necessità di vagliare i risultati interpretativi alla luce degli effetti – non tanto nel contesto giuridico, quanto nell'ambiente “esterno” – che essi possono generare³⁰. In fondo, questo approccio è pure seguito dall'analisi economica del diritto. Anche nel diritto, come nella logica,

³⁰ In argomento, v. L. MENGONI, *L'interpretazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, pp. 1 ss.

il problema è di esattamente definire la catena causale e di individuare il punto di arresto degli effetti a valle³¹;

- fallacie di appropriatezza, con riferimento al contesto in cui l'argomento è sviluppato:
 - un primo caso ricorre – e, va detto, talora ciò accade nelle motivazioni dei provvedimenti – quando la conclusione non è la proposizione della cui validità si sta discutendo. Facciamo un esempio: il punto è la pericolosità di un'attività commissionata da un'amministrazione e si argomenta affermando che l'opera è assolutamente indispensabile per assicurare un certo obiettivo sociale ed economico; è evidente che la conclusione non è pertinente e rilevante in quel contesto, anche se appare a prima vista persuasiva. Più in generale, spesso le amministrazioni introducono un profilo come premessa del ragionamento – anche invocando una norma che, ad esempio, protegge un interesse pubblico, quale la salute – e poi nella conclusione non lo “valorizzano” o lo trasformano confusamente in un altro contenuto, ad esempio adottando un dispositivo che fa riferimento alla tutela di un altro interesse pubblico. Al riguardo, la metafora del fucile nei film western (se vedi un fucile all'inizio del film, quello prima o poi deve sparare) rende bene l'idea di un'argomentazione in cui ogni elemento inserito all'inizio dell'argomentazione/motivazione deve essere ripreso e considerato;
 - la seconda ipotesi è la petizione di principio: la conclusione è in realtà la premessa del ragionamento, che appare così circolare, in quanto si afferma ciò che si dovrebbe dimostrare, mentre non si chiariscono le ragioni e gli elementi che supportano la conclusione (la camomilla concilia il sonno perché ha qualità soporifere). La difficoltà consiste nel fatto che, di solito, la conclusione è una riformulazione più elaborata della premessa e non una mera riproposizione, sicché appare diversa. È assai importante, dunque, l'opera di “ripulitura” dell'argomento, qualificando la conclusione come premessa e riportandola al suo posto naturale.

Altre strategie di confutazione e peculiarità del diritto amministrativo

Già abbiamo individuato varie strategie per colpire l'argomentazione avversaria.

Indichiamo ora altre vie per “confutare” l'argomentazione o la proposizione avversa.

Una proposizione può essere contestata dimostrando che essa non è vera (e, cioè, che la sua condizione di verità non ricorre); esistono però altre strategie.

- Se una proposizione è equivalente rispetto a un'altra, essa può essere confutata dimostrando che la seconda è falsa: si sostiene che non vi è inquinamento acustico; ma ciò equivale a dire che non si sono superati i valori di attenzione

³¹ Nel senso che occorre rispettare sia il vincolo del diritto positivo, sia i diritti fondamentali, v. L. MENGONI, *L'interpretazione orientata alle conseguenze*, cit., p. 10.

o che il rumore non supera la normale tollerabilità; poiché, pur senza superare i limiti, il rumore non è tollerabile, la seconda proposizione è falsa, sicché la prima, in quanto equivalente, non può che essere a sua volta falsa. È evidente che chi confuta l'argomento deve riuscire a dimostrare l'effettiva equivalenza.

- Riduzione all'assurdo: si premette la proposizione da confutare e si dimostra che essa implica una contraddizione; oppure, per dimostrare la bontà di un'asserzione, si assume la negazione della premessa e si dimostra una contraddizione, il che porta a dire che la proposizione originaria è vera. Facciamo un esempio. Voglio confutare che la proprietà sia un diritto soggettivo; ammesso che sia un diritto, si deve anche ammettere che non dovrebbe coesistere alcun potere a fronte di quel diritto; tuttavia, l'ordinamento prevede molti poteri con riferimento alla proprietà; poiché non è possibile che la premessa sia vera e la conclusione falsa, deve ritenersi che la premessa sia falsa: la proprietà, in conclusione, non è un diritto. È evidente che la confutazione presuppone che siano inattaccabili tutti i passaggi sviluppati al suo interno; molti autori, ad esempio, non sarebbero disposti ad ammettere che il diritto soggettivo sia una situazione di immunità da tutti i poteri.
- Se si ha una congiunzione, si dimostra che uno dei congiunti è falso, mentre se ricorre disgiunzione si dimostra che entrambi sono falsi. L'amministrazione motiva richiamando due ragioni concorrenti e non autonome che giustificano la concessione di una sovvenzione: la confutazione comporta che si contesti la sussistenza di un requisito.
- Una proposizione particolare, che attribuisca certe caratteristiche a un elemento, può essere confutata dimostrando che la famiglia cui appartiene quell'elemento ha caratteristiche diverse: la proposizione che afferma che un'auto specifica inquina può essere confutata dimostrando che tutte le auto di quel tipo sono costruite in modo da non inquinare.
- Viceversa, per confutare una proposizione generale (tutti i corvi sono neri, per citare la famosa frase di Popper), è sufficiente trovare un contro esempio.
- Una proposizione che sia in contraddizione con un'altra può essere confutata dimostrando che quest'ultima è vera. Si pensi al caso in cui si discuta della natura di una sostanza ai fini dell'assoggettabilità al regime dei rifiuti: di fronte alla tesi che si tratti di un rifiuto, affermazione in contrasto con il fatto che ricorra un sottoprodotto, la parte potrebbe dimostrare che effettivamente la sostanza soddisfa i requisiti del sottoprodotto.

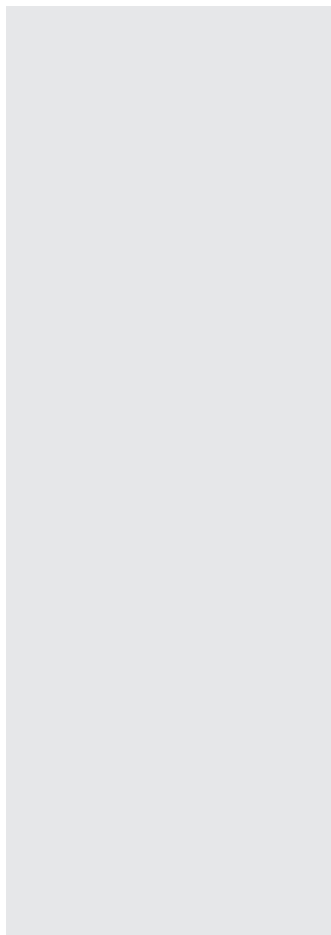
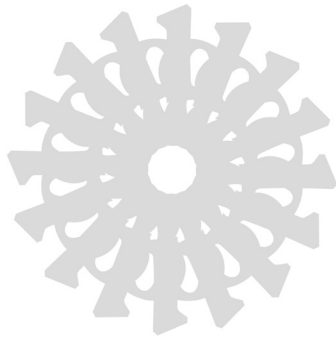
Il decalogo delle regole del cultore di diritto amministrativo

Riassumiamo qui di seguito il decalogo di regole che sarebbe opportuno tenere a mente nell'attività concreta dell'operatore del diritto. Il giurista le applica spesso in modo automatico e naturale: la conoscenza analitica di queste regole, però, di norma le rende più "potenti".

1. La realtà più prossima con cui si confronta abitualmente il giurista – ma non mancano ipotesi di argomentazione che investono profili di fatto – è costi-

- tuita dal linguaggio giuridico, che va “ripulito”, sistematizzato, risolvendo le antinomie e colmando le lacune. Grande attenzione deve essere riservato al materiale giurisprudenziale.
2. Lo studio dell'argomentazione nel diritto amministrativo implica e presuppone una conoscenza molto approfondita delle cause di invalidità degli atti amministrativi e delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere.
 3. L'argomentazione va ridotta al suo schema essenziale (la necessità di effettuare questa operazione, però, può essere un sintomo di scelta illegittima). Occorre poi individuare con attenzione la struttura dell'argomentazione; nei casi di silenzio e di atti generali, poi, essa va addirittura ricostruita.
 4. Con riferimento alle premesse, bisogna controllare:
 - a. se esse sono vere;
 - b. se risultano pertinenti;
 - c. se è stata “occultata” quella rilevante (in tale ultimo caso occorre renderla esplicita).
 5. Occorre saper identificare non solo gli errori formali e logici (*non sequitur*: essi ridondano in assenza del nesso logico di consequenzialità tra presupposti e conclusioni) dell'argomentazione, ma anche le più comuni fallacie (se le conosci, le eviti...):
 - a. fallacia dell'evidenza soppressa;
 - b. fallacia *ad ignorantiam*;
 - c. appello all'autorità;
 - d. fallacia *ad hominem*;
 - e. fallacia *ad populum*;
 - f. fallacie “merceologiche”;
 - g. generalizzazione impropria;
 - h. analogia impropria;
 - i. fallacie attinenti alla causalità: in particolare *post hoc, ergo propter hoc*;
 - j. la “china sdruciolevo”;;
 - k. fallacie di appropriatezza (in particolare: la petizione di principio).
 6. Occorre conoscere le strategie di confutazione: se una proposizione è equivalente rispetto a un'altra, essa può essere confutata dimostrando che la seconda è falsa.
 7. Occorre poi padroneggiare la riduzione all'assurdo.
 8. Bisogna saper confutare una congiunzione: si dimostra che uno dei congiunti è falso; se ricorre disgiunzione si dimostra che entrambi sono falsi.
 9. Ricordarsi che una proposizione particolare può essere confutata dimostrando che la famiglia cui appartiene quell'elemento ha caratteristiche diverse; viceversa, per confutare una proposizione generale è sufficiente trovare un contro esempio.
 10. Ricordarsi che una proposizione che sia in contraddizione con un'altra può essere confutata dimostrando che quest'ultima è vera.

DIRITTI UMANI E FONDAMENTALI



La tutela dei minori nei conflitti familiari negli ordinamenti stranieri: diritti ed esperienze a confronto

Grazia Cesaro, Marzia Ghigliazza, Silvia Veronesi

Premessa

Le continue evoluzioni normative ed i relativi dubbi interpretativi nell'ambito del diritto di famiglia e minorile, aree del diritto per natura destinate a subire cambiamenti con lo svilupparsi delle società, hanno spinto gli avvocati minorili ad allargare i propri orizzonti, confrontandosi con ciò che accade nei processi familiari anche all'estero.

Se da sempre i principi fondanti del diritto minorile, ed in particolare la definizione dei diritti fondamentali dei soggetti di minori di età, traggono origine prevalentemente da fonti normative internazionali (Convenzione di New York del 1989, Convenzione di Strasburgo del 1996), al contrario il concreto atteggiarsi del diritto di famiglia all'interno dei diversi Stati della Comunità internazionale è strettamente legato alle fonti normative interne, poiché rappresenta il prodotto delle diverse tradizioni culturali e sociali, oltre che dei vari orientamenti politici e religiosi nel tempo; il diritto di famiglia di ciascun Paese è dunque poco o per nulla comunicante con quello degli Stati allo stesso confinanti e nel complesso con un basso grado di uniformità ed armonizzazione anche all'interno delle stesse aree geografiche.

Accade sempre più frequentemente poi, nelle controversie familiari che presentano punti di contatto con ordinamenti giuridici stranieri, che i giudici nazionali applichino norme di diritto di famiglia di Paesi stranieri, che fino a quel momento erano per gli operatori del diritto sconosciute.

Al di là della concreta necessità di rendere conoscibili e fruibili le norme di diritto di famiglia e minorile straniere, ciò che più ha spinto l'Unione Nazionale Camere Minorili (UNCM) ad una ricerca oltre confine è stata la considerazione di quanto possa essere utile ed opportuno comprendere cosa accade concretamente all'estero nei casi di conflitto familiare, sulla base di un riscontro diretto fornito da magistrati ed avvocati stranieri esperti del settore cui è stato chiesto, oltre che di esporre la propria esperienza anche di esprimere il grado di soddisfazione circa il proprio ordinamento sotto il profilo della tutela degli interessi del minore¹.

¹ La ricerca è stata svolta dal Gruppo internazionale UNCM ed i risultati hanno costituito oggetto di approfondimento e di discussione nel corso del Convegno Nazionale dell'UNCM

Il questionario posto agli operatori specializzati

Il Settore Internazionale dell'Unione Nazionale Camere Minorili ha dunque elaborato un questionario inviato ad avvocati, esperti nell'ambito del diritto di famiglia e minorile ed in alcuni casi anche mediazione, di diversi Paesi europei ed extra europei, al fine di rilevare le norme e le prassi, con specifico riferimento ai procedimenti familiari, invalse in ordinamenti giuridici diversi da quello italiano, valutando la realizzazione dell'interesse del minore nei singoli Paesi presi in considerazione.

Scopo di questo lavoro di ricerca è stato dunque quello di fornire al professionista uno spunto di riflessione da una prospettiva comparatistica, ossia una panoramica del diritto minorile così come declinato nei diversi ordinamenti facenti parte dell'area del Consiglio di Europa.

Prima di illustrare sinteticamente l'esito della ricerca, una premessa è necessaria: lo strumento utilizzato, questionario a campione sottoposto ad avvocati esperti selezionati, sconta il margine della possibile discrezionalità della risposta o della non chiarezza della stessa; per questo è possibile che alcune delle risposte si scostino leggermente dal dato normativo. D'altra parte, lo strumento utilizzato ha avuto l'indubbio vantaggio di rilevare il dato esperienziale del professionista, con la conseguente ricchezza e concretezza che ne sono derivate.

Gli ordinamenti censiti nell'ambito della ricerca, appartenenti all'area del Consiglio d'Europa, sono 17, e precisamente: Belgio, Repubblica Ceca, Croazia, Germania, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Inghilterra e Galles, Lussemburgo, Principato di Monaco, Polonia, Spagna, Svizzera², Svezia³, Israele (uno dei pochi Paesi osservatori del CdE).

In generale, in tutti gli ordinamenti considerati si è attualmente affermata, ad esito di un processo più o meno lungo, l'idea che il soggetto minore debba essere al centro dei provvedimenti che lo riguardano, e che i suoi interessi siano da anteporre a quelli degli adulti, pur con significative differenze tra Stato e Stato.

tenutosi ad Ascoli Piceno il 28 settembre 2013, al quale ha partecipato anche il Dott. Joseph Moyersoen, Presidente *International Association of Youth and Family Judges and Magistrates* ed autore di *Il processo minorile fuori dall'Italia* in A. PE - A. RUGGIU (a cura di), *Il giusto processo e la protezione del minore*, Franco Angeli, Milano 2011, pp. 225-248, con approfondimenti per sette Paesi: Austria, Belgio, Germania, Portogallo, Regno Unito, Svizzera, Argentina.

² La Svizzera, il Canton Ticino, ha risposto solo sull'ascolto.

³ È interessante notare come solo sei Paesi di quelli elencati hanno ratificato la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo (Convenzione di Strasburgo 1996) e precisamente: Croazia, Finlandia, Germania, Grecia, Polonia, Repubblica Ceca, mentre gli ulteriori dieci Stati non l'hanno ratificata o l'hanno solo firmata.

L'ascolto del minore nei procedimenti di affidamento e collocamento

Se e quando si procede all'ascolto

Il questionario sottoposto ai giuristi europei prende l'avvio con il tema dell'ascolto del minore nell'ambito dei procedimenti relativi alle modalità di affidamento e di collocamento in cui è coinvolto: sul punto si distinguono dagli altri ordinamenti giuridici del panorama europeo la Svizzera e la Germania, dove l'ascolto del minore è sempre obbligatorio, senza una precisa indicazione della soglia minima di età e con la particolarità che, in Svizzera, il minore è sentito anche nei casi in cui già vi sia l'accordo dei genitori sulle condizioni di affidamento, collocamento e frequentazione tra genitori e figli minori.

Al contrario, in Svezia il minore non viene mai ascoltato, pur essendo previsto che lo stesso sia informato circa le questioni, oggetto della controversia, che lo riguardano mentre in Israele l'ascolto del minore è disposto in via eccezionale – essendo stato avviato recentemente un progetto pilota in alcuni Tribunali – così come pure è eccezionale in Croazia, Inghilterra e Galles e Polonia. In tutti gli altri Paesi esaminati si procede all'ascolto del minore in base alla sua età e alla sua capacità di discernimento.

Chi e come procede all'ascolto del minore

Nei Paesi oggetto dell'indagine l'audizione del minore è condotta dal giudice, oppure da un esperto o da un incaricato dei servizi sociali con le seguenti particolarità: il minore viene ascoltato esclusivamente da un assistente sociale o da un esperto nominato dal giudice in Croazia e nella Repubblica Ceca, in quest'ultimo caso se i minori sono di età inferiore ai dodici anni; in Francia l'audizione diretta da parte del giudice è preceduta dalla nomina per il minore di un avvocato iscritto all'albo dei difensori minorili e scelto dal Presidente del Consiglio dell'ordine, mentre nell'Inghilterra e Galles e in Finlandia il minore viene ascoltato tramite i servizi sociali (dal Cafcass quanto a Inghilterra e Galles) e, solo nel caso in cui sia indispensabile ai fini della decisione e non sia di nocumento al minore, direttamente dal giudice.

La rappresentanza processuale del minore

Diversità di discipline

Con riguardo al quesito se per il minore sia prevista una rappresentanza in giudizio, sebbene il difficile confine tra *family proceedings* e *care proceedings* non renda sempre possibile stabilire a quali dei due procedimenti gli esperti facciano riferimento, nella maggior parte dei Paesi "censiti" (con esclusione di Croazia, Principato di Monaco, Polonia, Spagna e Svezia – Paese, quest'ultimo, ove è in corso un dibattito sul punto), le risposte raccolte hanno indicato che, nei procedimenti in questione, è prevista una rappresentanza processuale del minore che può assumere forme diverse: in Belgio e in Danimarca essa non è

prevista in modo automatico, così come in Francia, in Grecia e Germania, ove è prevista la nomina di un curatore speciale nei casi di conflitto di interessi o, nell'ultimo Paese, in caso di elevata conflittualità tra le parti coinvolte. In Israele al minore, qualora la situazione richieda una rappresentanza separata dello stesso rispetto a quella dei genitori ed in ipotesi tassativamente previste *ex lege*, è consentito di scegliere un “*close friend*” per essere rappresentato in giudizio mentre in Finlandia e in Estonia al minore viene nominato un avvocato d'ufficio nei procedimenti attinenti il mantenimento.

La rappresentanza processuale del minore è prevista solo in casi eccezionali in Inghilterra e Galles, ove si preferisce coinvolgere il minore nel procedimento giudiziale meno possibile.

Il regime di affidamento e collocamento

Le forme di affidamento previste dai singoli ordinamenti

Con riguardo al regime di affidamento del minore previsto per legge in occasione del divorzio, della separazione o della cessazione della convivenza, prevalente a livello europeo è l'affidamento condiviso ad entrambi i genitori. È interessante notare che in alcuni Paesi come in Francia, Belgio, Grecia, Inghilterra e Galles, lo scioglimento del matrimonio o la cessazione della convivenza tra i genitori non incidono sull'esercizio, paritario, della potestà da parte dei genitori (al punto che utilizzare il termine “affidamento” potrebbe risultare improprio). In Francia, in caso di disaccordo tra i genitori, appare di molto interesse uno dei criteri di valutazione previsti per legge al fine di determinare il miglior regime di affido, e cioè quello di prediligere il genitore che facilita la relazione con l'altro. In Germania solo con la recente riforma legislativa (19 maggio 2013), il giudice, ad istanza di uno dei genitori, è tenuto a ritenere quale regime preferibile quello di affidamento condiviso, salvo che ciò sia in contrasto con il prevalente interesse del figlio minore, mentre in Repubblica Ceca, in Croazia, in Israele, in Spagna e in Polonia prevale l'affido ad uno solo dei genitori, in questi ultimi tre Stati salvo che i genitori optino concordemente per l'affido condiviso.

Nel Lussemburgo si assiste ancora ad una diversità di trattamento tra figli nati in costanza di matrimonio e figli nati al di fuori di esso; mentre, con riguardo ai primi, se i genitori concordano sul punto, il regime prescelto verrà omologato dal giudice, e in caso di conflitto, spetterà a quest'ultimo decidere nell'interesse preminente del minore, sia quanto all'affido, sia quanto all'esercizio della potestà sia quanto ai diritti di frequentazione e di visita, in caso di minori figli di genitori non coniugati, essi vengono per legge affidati in via esclusiva alla madre, salvo diversa decisione del giudice adito su iniziativa processuale del padre.

I diritti riconosciuti al genitore non convivente

In tutti i Paesi oggetto di indagine, è prassi diffusa che il giudice, ove lo ritenga opportuno, ricorra all'ausilio di esperti (solitamente psicologi o psichiatri in-

fantili o assistenti sociali), per l'assunzione di decisioni relative all'affidamento ed al collocamento dei figli minori.

In generale, ove sia disposto l'affidamento condiviso, il genitore non convivente conserva ovunque gli stessi diritti e le stesse responsabilità che competono al genitore con cui il minore convive. Al contrario, nel caso in cui venga disposto l'affidamento esclusivo ad un solo genitore, i diritti e le responsabilità attribuiti all'altro genitore variano significativamente da Paese a Paese; in alcuni Paesi il genitore non affidatario ha diritto ad essere soltanto informato dall'altro genitore delle decisioni più importanti assunte da quest'ultimo, che detiene ampia autonomia (ad esempio in Belgio, in Grecia e in Spagna), mentre in altri il genitore non affidatario ha diritto di assumere unitamente assieme all'altro le decisioni più importanti nell'interesse del figlio minore (Repubblica Ceca) o di essere consultato solo con riguardo al luogo di residenza del minore (Danimarca).

Sul punto non sono pervenute risposte relative a Croazia, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Inghilterra e Galles, Israele, Principato di Monaco, Polonia e Svezia.

Con riguardo poi al collocamento del minore, questo è disposto nella maggior parte dei casi presso uno solo dei genitori, anche se in taluni ordinamenti, in particolare dell'Europa centro-settentrionale (Belgio, Danimarca, Francia, Inghilterra e Galles, Svezia), stanno aumentando in modo rilevante i casi in cui è disposto il collocamento alternato dei figli minori tra i due genitori; in Belgio la residenza alternata del minore è prevista per legge e come regola generale fin dal 2006, mentre, ove sia disposto un regime diverso, il giudice deve obbligatoriamente motivare la ragione del superamento della previsione di legge.

La o Le autorità competenti: eventuali differenze tra i figli nati da genitori coniugati e non

L'autorità giudiziaria competente a conoscere delle questioni in materia di affidamento e collocamento dei figli minori è generalmente unica, con riguardo sia ai figli nati in costanza di matrimonio, sia ai figli di genitori non coniugati; fa eccezione il Lussemburgo, ove la sussistenza o meno del rapporto di coniugio implica la competenza di due distinte autorità giurisdizionali, mentre in Belgio il *Tribunal de la Jeunesse* è competente per tutte le questioni attinenti ai figli minori che non sorgono in concomitanza con il procedimento di divorzio (e quindi anche per quelle relative ai figli di genitori non coniugati o quelle sorte dopo il divorzio tra i genitori coniugati) mentre per le questioni dipendenti da un procedimento sullo *status* è competente il Tribunale di prima istanza.

Alla domanda sull'esistenza o meno di diversità di trattamento riguardo al regime di affidamento, collocamento e di frequentazione tra figli nati da genitori coniugati e figli nati da genitori non coniugati, la quasi totalità dei Paesi censiti ha risposto no.

La violazione del “diritto di visita”: conseguenze, sanzioni ed esecuzione in forma specifica

Nelle ipotesi di violazione del diritto di visita del genitore non convivente da parte del genitore con cui il minore convive, le conseguenze sono estremamente diverse da Stato a Stato; vi sono Paesi, come la Croazia, nei quali tale condotta non costituisce un illecito e resta priva di conseguenze significative, mentre nella maggior parte dei Paesi, all'opposto, la stessa condotta è sanzionata sia civilmente sia penalmente.

In particolare, in Belgio ed in Francia è anche possibile prevedere, già nel provvedimento relativo alla frequentazione, una multa per il caso di violazioni delle relative disposizioni. In Germania viene applicata la sanzione in forma di multa mediante una snella procedura *ad hoc*.

In molti degli ordinamenti considerati è prevista anche la possibilità, come *extrema ratio*, di attuazione coattiva delle disposizioni in materia di affidamento e di collocamento del minore, in ogni caso tenendo conto dell'interesse del minore stesso e rispettando ogni dovuta cautela per non pregiudicarne la serenità.

Così l'intervento della polizia e dei servizi sociali è previsto, ai fini dell'esecuzione in forma specifica dei provvedimenti attinenti i rapporti tra genitori e figli, in Belgio, in Repubblica Ceca, in Danimarca, in Finlandia, in Francia, in Lussemburgo e in Svezia. Si ricorre raramente all'esecuzione coattiva e solo in presenza di circostanze eccezionali, in Estonia, in Germania, in Grecia e in Spagna, mentre in Israele è previsto l'intervento dei soli servizi sociali e in Inghilterra e Galles si preferisce evitare l'esecuzione coattiva dei provvedimenti privilegiando strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.

Opposizione del minore alle modalità di visita stabilite

Rispetto poi alle conseguenze dell'opposizione del minore alle modalità di visita previste a favore del genitore non convivente perché condizionato dall'altro genitore, tutti i Paesi censiti hanno risposto che l'allontanamento del minore da un genitore o da entrambi viene disposto raramente e solo nei casi più gravi, mentre si tende prima a procedere con l'ascolto del minore, con la terapia in sostegno al nucleo familiare e alla genitorialità o con la prescrizione della mediazione familiare.

In alcuni ordinamenti è possibile che sia disposta la modifica del collocamento del minore (Spagna, Svezia, Lussemburgo, Estonia) mentre in Israele vi è la peculiarità che, se il minore si oppone ad ogni modalità di visita e di frequentazione del genitore non convivente, questi è legittimato a proporre ricorso al giudice per chiedere la riduzione dell'assegno di mantenimento del figlio a favore dell'altro genitore. Prima di assumere tale decisione, il giudice tenterà tuttavia di indirizzare il minore ed il genitore alla frequentazione di una terapia familiare.

La mediazione familiare come procedura alternativa

Con riguardo ai casi di conflittualità tra i genitori, in tutti i Paesi oggetto dell'indagine è prevista la possibilità di avvalersi di una procedura di "mediazione", esclusivamente su base volontaria, cui l'accesso è possibile in ogni fase del procedimento: una particolarità è rilevabile in Inghilterra e Galles, ove la partecipazione dei genitori ad una prima udienza in cui – alla presenza di un assistente sociale del CAFCASS e dei difensori o del giudice – le parti valutano l'opportunità di risolvere la controversia con la mediazione o con un metodo alternativo, è un vero e proprio obbligo delle parti, ossia una condizione di procedibilità della successiva procedura giudiziaria contenziosa.

Valutazioni finali degli intervistati circa i propri ordinamenti nazionali

Infine, ai giuristi che hanno partecipato alla ricerca è stato chiesto di esprimere una valutazione in merito al proprio ordinamento nazionale di riferimento, indicando se le procedure previste siano ritenute efficaci e in grado di tutelare gli interessi del minore in caso di conflitto della coppia genitoriale; i giudizi espressi sono i seguenti:

- *Belgio*: il sistema non funziona male, ma potrebbe essere migliorato prevedendo la possibilità per il minore di essere parte processuale con rappresentanza per il tramite di un avvocato minorile nei procedimenti civili; inoltre occorrerebbe rendere obbligatorio il procedimento di mediazione, o quanto meno prevedere l'obbligo di frequenza di una prima sessione per i genitori che si stanno separando e che hanno figli minori.
- *Repubblica Ceca*: purtroppo vi sono ancora genitori con cui nulla può essere fatto.
- *Croazia e Danimarca*: no.
- *Estonia*: i procedimenti riguardanti i diritti attinenti alla potestà sono normalmente efficaci, posto che il minore è garantito dall'avvocato nominato d'ufficio e dal diritto ad essere sentito; le cause riguardanti l'affidamento sono complicate perché i genitori spesso dimenticano l'interesse del minore durante il conflitto e la legislazione consente continue istanze alla Corte, perciò i procedimenti causano disagi al minore; il bambino è in difficoltà nel scegliere tra i due genitori e gli stessi genitori forzano i figli a prendere decisioni.
- *Finlandia*: sì.
- *Francia*: tutte le procedure sono in generale efficaci, ma il limite è costituito dall'età del minore perché le decisioni sono difficili da far rispettare nella fascia d'età 16-18 anni; le domande di audizione sono enormemente aumentate dopo il 2007, ma sono assai positive perché consentono al minore di esprimere il proprio punto di vista dandogli la possibilità e la sensazione di essere ascoltato anche se non è parte processuale; il giudice tende ad assecondare le opinioni del minore che sia prossimo alla maggiore

età anche perché in caso contrario sarebbe difficile superare l'opposizione del minore quasi maggiorenne.

- *Germania*: sì, ma la mediazione dovrebbe essere consigliata più frequentemente.
- *Grecia*: per quanto riguarda i procedimenti sì, ma vi è una diffusa mentalità per cui il minore deve rimanere sempre con la madre, che non tiene conto del fatto che anche i padri possono essere genitori capaci.
- *Inghilterra e Galles*: nel complesso sì, in considerazione degli sforzi intrapresi dalle Family Courts per tutelare e promuovere l'interesse dei minori e perché ogni situazione è considerata individualmente; tuttavia è necessario migliorare l'aspetto relativo alla eccessiva durata dei procedimenti, anche se sono in corso delle proposte di modifica legislativa a questo riguardo; le critiche maggiori sono di solito formulate dai padri; il gratuito patrocinio ha subito una riduzione dell'ambito di operatività e ciò danneggia molti genitori che non hanno molte disponibilità economiche, ma che non sono neppure idonei ad usufruire dell'assistenza gratuita.
- *Israele*: la maggior parte delle misure previste è efficace.
- *Lussemburgo*: sì, le Corti gestiscono la materia di interesse del minore molto velocemente, soprattutto in presenza di rischio di pregiudizio.
- *Principato di Monaco*: non a sufficienza; la mediazione familiare deve essere maggiormente proposta, e l'insieme dei professionisti del campo psico-giuridico deve essere formato all'ascolto della "parola del minore" nelle situazioni di separazione conflittuale.
- *Polonia*: abbiamo buone norme ma molti problemi relativi alla loro attuazione.
- *Spagna*: sì, ritengo che generalmente i giudici cerchino di fare del loro meglio, ma nella maggior parte dei casi sono sopraffatti dalla realtà delle cose perché i problemi endofamiliari non hanno natura essenzialmente giuridica, ma emozionale, e le emozioni sono difficili da affrontare con le norme di legge.
- *Svezia*: no, credo che il sistema potrebbe essere notevolmente migliorato sia con riferimento ai servizi sociali sia con riferimento ai procedimenti di fronte al giudice.

All'esito dell'indagine effettuata, se da un lato è possibile affermare l'insuperabilità e la estendibilità all'ordinamento italiano di alcune considerazioni svolte dagli esperti stranieri, ed attinenti alla delicata materia in sé, come la difficoltà di affrontare con il diritto problemi riguardanti la sfera emozionale e la constatazione che, rispetto ad alcuni genitori, "nulla si può fare", dall'altro in alcuni punti la legislazione straniera può essere un buono spunto per riforme limitate agli istituti e agli aspetti meno efficienti del nostro diritto sostanziale e processuale. Così, indubbiamente in Italia potrebbe essere maggiormente incentivato il ricorso alla mediazione, come metodo di risoluzione delle controversie familiari, e ciò, non imponendone il percorso ma, ad esempio, mediante

la partecipazione obbligatoria ad una udienza o ad un incontro stragiudiziale in cui le parti prendano contezza del metodo e che preceda il giudizio di merito, come accade in Inghilterra. Altro punto utile, questo finalizzato ad ottenere la spontanea esecuzione di un provvedimento riguardante il collocamento dei figli minori e la frequentazione tra essi ed i genitori, potrebbe essere quello della previsione, già nel provvedimento giudiziale, delle conseguenze, anche di natura sanzionatoria, della violazione del diritto di visita dell'altro genitore, come accade in Belgio ed in Francia.

Dignità nella detenzione e sovraffollamento penitenziario

Note a margine del “decreto carceri”

Federica Resta

Parlando del carcere in un recente intervento¹, il Presidente della Consulta, Gaetano Silvestri, ha ricordato come la dignità sia un diritto non sacrificabile in nome di nessun altro interesse. Perché questo nesso, carcere-dignità? Perché il carcere, soprattutto nelle condizioni di sovraffollamento attuali, è l'emblema della dignità offesa, violata proprio da quello Stato che avrebbe, invece, il compito di riaffermare i principi fondativi della società.

Ed è la violazione della dignità l'elemento comune agli interventi dei più alti organi istituzionali interni e sovranazionali che, nel giro di meno di un anno, hanno posto il carcere, finalmente, al centro del dibattito politico, altrimenti colpevolmente disattento a questo tema (con la sola eccezione dei Radicali). Il Presidente Napolitano, nel suo messaggio alle Camere dell'8 ottobre scorso, nel qualificare come un “imperativo morale” – oltre che giuridico e politico – la «stringente necessità di cambiare profondamente la condizione delle carceri in Italia», ha sottolineato come quest'obiettivo attenga alla tutela di «quei livelli di civiltà e dignità che il nostro paese non può lasciar compromettere da ingiustificabili distorsioni e omissioni della politica».

La Cedu ha qualificato come violazione della dignità quel “trattamento inumano e degradante” consistente nella detenzione (in attesa di giudizio o meno) in carceri sovraffollate come le nostre, intimando all'Italia, con la sentenza-pilota dell'8 gennaio 2013, in re Torreggiani, l'adozione di misure ordinamentali idonee a risolvere quello che è un problema strutturale, dovuto a un'ipertrofia del penale e a una considerazione del carcere come prima, anziché ultima *ratio*. E sempre la dignità è stato il principio più frequentemente richiamato dalla Cedu nella giurisprudenza sulla custodia cautelare obbligatoria o sul 41-bis, nella quale la Corte ha chiarito come il carcere, in attesa di giudizio o meno – pur limitando, ovviamente, la libertà – non possa violare quel “diritto ad avere diritti” con cui Hannah Arendt identificava la dignità.

Anche la Corte Costituzionale, il 9 ottobre scorso, con la sent. 279/2013, ha rivolto al legislatore un monito ad adottare tutte le misure necessarie a garantire che la detenzione avvenga in condizioni rispettose, in primo luogo, della

¹ Si tratta del Convegno *Carceri, immigrazione e diritti umani nello spazio costituzionale europeo*, tenutosi il 15 ottobre 2013 presso l'Università di Roma Tre.

dignità e del senso di umanità cui le pene non devono “essere contrarie” (27 Cost.). Del resto, la Corte Suprema americana ha ordinato alla California, nel 2012, di liberare 46.000 detenuti per rientrare in una percentuale di sovraffollamento pari a un terzo circa della capienza regolamentare; noi siamo oltre il 150%, ovviamente. La Corte Costituzionale tedesca, nello stesso anno, ribadendo il principio della superiorità della dignità umana rispetto alle esigenze di esecuzione della pena, ha legittimato le liste di “attesa penitenziaria” o il numero chiuso: il condannato non entra in carcere finché non si sia liberato un posto che possa dignitosamente ospitarlo.

Dignità, dignità dei detenuti, è la parola che più spesso è stata invocata nel dibattito parlamentare sul decreto Cancellieri (n. 78/2013), uno dei più importanti, negli ultimi anni, in materia penitenziaria, perché ha tentato di ridurre in misura significativa l'area del carcere (a titolo di pena o di misura cautelare), soprattutto eliminando parte di quelle preclusioni alla libertà fondate su astratte presunzioni di pericolosità per “tipi di autore” (il recidivo, il migrante, il “delinquente per tendenza”, ecc.).

Ed altrettanto centrale è stato il tema della dignità nella detenzione nella discussione sul decreto-carceri (n. 146/2013, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 10 del 2014) emanato anch'esso dal Ministro Cancellieri. Centrale perché il primo e più grande problema che solleva il sovraffollamento penitenziario è la violazione della dignità dei detenuti, che non solo ne impedisce qualsiasi attività finalizzata al reinserimento sociale (unica funzione legittimante la pena, *ex art.* 27 Cost.), ma addirittura li costringe a vivere in condizioni, appunto, inumane e degradanti, tali da rendere la pena una vera e propria tortura, secondo la Cedu.

Sin dal titolo, *Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*, il decreto sottolinea come le misure deflative previste – lungi dal configurare una sorta di amnistia o indulto mascherati² – coniughino invece la tutela della dignità dei detenuti con esigenze di sicurezza e difesa sociale. Particolarmente significativa, in tal senso, è ad esempio la c.d. liberazione anticipata speciale, che – in via provvisoria: fino al 24 dicembre 2015 – porta da 45 a 75 giorni per ogni semestre di detenzione lo sconto di pena, ad eccezione dei detenuti per reati ostativi di cui all'art. 4-bis della l. 354/1975 (*infra*: ord. pen.). Il bilanciamento tra finalità deflative dell'istituto ed esigenze di sicurezza è, in questo caso, realizzato affidando alla magistratura di sorveglianza l'accertamento in ordine alla meritevolezza del beneficio, in ragione della condotta tenuta in carcere e dell'adesione al percorso trattamentale. Resta peraltro ferma la previsione –

² Come invece sostenuto dalle opposizioni, in particolare dagli esponenti della Lega Nord, gli interventi dei quali, in sede di conversione del decreto, si sono incentrati essenzialmente sull'accusa di aver disposto un provvedimento di clemenza in violazione delle procedure e della specifica maggioranza richiesta a tal fine dall'art. 74 Cost.

sancita dall'art. 54 ord. pen. per la liberazione anticipata in generale – della revoca beneficio nel caso di commissione di delitti non colposi durante il periodo dell'esecuzione, successivo alla concessione del beneficio stesso.

Ancora, mirano a contemperare adeguatamente sicurezza collettiva ed esigenze deflative della popolazione penitenziaria misure quali l'estensione dell'ambito applicativo dell'affidamento ai servizi sociali anche rispetto a pene residue di quattro anni, così da favorire non solo la riduzione della popolazione penitenziaria ma anche quel reinserimento sociale necessario per evitare la recidiva e rendere la pena una misura utile alla società oltre che al condannato. Del resto, anche in questo caso è escluso ogni automatismo o meccanismo presuntivo, in quanto il beneficio può essere concesso solo a seguito di valutazione della condotta penitenziaria tenuta dal soggetto e in base a prognosi negativa di recidiva, sul presupposto dell'utilità della misura alla rieducazione del reo (art. 47, cpv., ord. pen.).

Nella medesima prospettiva di bilanciamento tra difesa sociale e deflazione della popolazione penitenziaria si muove anche la prevista "stabilizzazione" dell'esecuzione domiciliare per fine pena (prevista dalla l. 199/2010 e ampliata a residui di pena di 18 mesi dal d.l. 211/2011), che presuppone una valutazione di non pericolosità del detenuto da parte della magistratura di sorveglianza e la revoca del beneficio nel caso di condotta incompatibile con la sua prosecuzione, ferma restando l'esclusione della possibilità di fruire della misura per i detenuti per reati espressivi di particolare pericolosità sociale (in particolare per i delitti ostativi di cui all'art. 4-bis ord. pen.).

Anche la previsione dell'applicazione del braccialetto elettronico quale ordinaria modalità di esecuzione degli arresti e della detenzione domiciliari mira a contemperare con esigenze di difesa sociale l'estensione dell'ambito applicativo degli arresti domiciliari, disposta dapprima con il "decreto Severino" (d.l. 211/2011 e, quindi, con il d.l. 78/2013, per effetto della riduzione dei casi di applicazione della custodia cautelare in carcere).

Il bilanciamento tra sicurezza collettiva e dignità nella detenzione – di cui le norme citate sono espressione – rappresentano, dunque, la caratteristica fondamentale del decreto, che introduce alcune misure importanti al fine di ridurre, almeno in parte, il sovraffollamento penitenziario, in vista del termine (28 maggio 2014) stabilito dalla Cedu con la sentenza Torreggiani.

Non meno importanti sono, poi, le norme volte a garantire l'effettività dei diritti nei luoghi di detenzione, rendendo più incisiva la tutela giurisdizionale rispetto al diritto di reclamo e affidando alla magistratura di sorveglianza funzioni di garanzia anche nei casi di inerzia dell'amministrazione penitenziaria (e si tratta di ipotesi tutt'altro che infrequenti, come dimostra anche un caso recentemente deciso dalla Corte Costituzionale con 135/2013). Sotto questo profilo, altrettanto importante è l'istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persone sottoposte a misure limitative della libertà personale, con cognizione estesa non soltanto alle carceri, ma anche ai centri d'identificazione ed

espulsione, alle camere di sicurezza, agli ospedali psichiatrici giudiziari, agli istituti penali e alle comunità di accoglienza per minorenni. Il Garante dovrà quindi assicurare che l'esecuzione di misure limitative della libertà personale – nelle forme, con le procedure e nei luoghi più vari – avvenga nel rispetto della legge, del diritto internazionale e, soprattutto, della dignità.

Importanti – anche in termini di “civiltà giuridica” – sono poi le misure volte a consentire l'identificazione degli stranieri detenuti direttamente in carcere, così da sottrarli a quella “pena aggiuntiva” e del tutto ingiustificata consistente nel trattenimento nei centri d'identificazione ed espulsione (oggi fino a 18 mesi) per mere esigenze di identificazione.

Opportuna e attesa è la rimodulazione della disciplina degli illeciti minori connessi agli stupefacenti (c.d. spaccio lieve), dopo il d.l. 272/2005 (c.d. Fini-Giovanardi), puniti con sanzioni così elevate da alimentare, essi soltanto, un flusso rilevantissimo di ingressi in carcere. Tuttavia, proprio la declaratoria di incostituzionalità della Fini-Giovanardi nel suo complesso – sopravvenuta nelle more della conversione del decreto, il 12 febbraio 2014 – e quindi anche della parificazione tra droghe leggere e pesanti prevista nel 2005, avrebbe forse consigliato (pur con il rischio della terza lettura del decreto) un intervento limitato di modifica al testo unico sugli stupefacenti, tale da modulare diversamente il trattamento sanzionatorio anche dello spaccio lieve in relazione al tipo di sostanza.

Pur non delineando una riforma organica del sistema penale e penitenziario – che sarebbe certamente necessaria, ma che richiede un *iter* parlamentare più complesso e non può passare quindi per la decretazione d'urgenza – il provvedimento agisce su alcuni dei principali fattori del sovraffollamento dovuti a una politica penale espansiva tanto quanto recessiva sul fronte dell'inclusione sociale, del *welfare* e dell'accoglienza degli stranieri. Con il risultato, quindi, di criminalizzare la marginalità sociale e di rendere il carcere una misura socialmente selettiva, come dimostra la composizione della popolazione penitenziaria, fatta in prevalenza da stranieri e soggetti socialmente ed economicamente vulnerabili. Per il sovraffollamento e il degrado che ne caratterizza le condizioni, il carcere non solo si dimostra del tutto incapace di promuovere – come dovrebbe secondo Costituzione – il reinserimento sociale, ma addirittura rischia di favorire la recidiva, come ha dimostrato più volte Luigi Manconi. In tale contesto, una radicale revisione delle politiche penali e penitenziarie è allora – come ha scritto il Capo dello Stato – non solo un dovere giuridico e politico ma, addirittura, un imperativo morale cui la politica deve assolvere con assoluta priorità e con la consapevolezza che su questo campo si gioca la partita più importante per una democrazia liberale e rispettosa dei diritti e della dignità umana³.

³ S. GOZI - F. RESTA, *Carceri, una rivoluzione copernicana*, in *L'Unità*, 3 gennaio 2014, p. 11.

Io no^{*}

David Cerri

Quando Rabbi Israele di Razin fidanzò suo figlio Abramo Giacobbe, il futuro Rabbi di Sadagora, a una figlia di Rabbi Aronne di Karlin, un nipote del grande Rabbi Aronne, e si redasse l'atto di fidanzamento, egli disse: "È nostro costume in questa circostanza recitare la genealogia del padre della sposa. Il grande Rabbi Aronne è stato la verità del mondo. Suo figlio, Rabbi Asher, il nonno della sposa, è stato sempre alla ricerca della verità. E lo stesso padre della sposa, se sapesse che sotto una tavola del pavimento si trova un briciolo di verità, strapperebbe la tavola con le sue dita¹.

Velina del Ministero della Cultura popolare

29 agosto 1938

Pregasi v.e. a voler disporre che, proseguendosi campagna razzista, sia evitato assolutamente strillonaggio giornali con espressione esagerata ed eccessiva che lascino supporre la esistenza di una politica di persecuzione contro gli ebrei.

Ministro Alfieri²

Pochi giorni dopo la "velina" di fine agosto il Re ed Imperatore sottoscriveva a San Rossore il r.d. n. 1390 per la difesa della razza nella scuola fascista, primo dei provvedimenti con i quali il fascismo chiariva, a chi non avesse ancora capito, come la dottrina della razza non fosse una deriva ideologica di qualche suo singolo esponente.

Quella che si voleva sottacere all'opinione pubblica – sulla cui adesione evidentemente il regime non riponeva grande affidamento – era l'ipocrisia con la quale si tendeva a distinguere il razzismo italiano da quello dall'alleato nazista; "spirituale" ("garbato"?) il primo, quanto materiale e biologico il secondo. Forse non è male ricordare, visto che la madre degli imbecilli è sempre incinta, come una patina culturale ad una simile posizione sia stata fornita da intellettuali ai quali, incredibilmente, ancora oggi da qualche parte si dà un credito sia pur modestissimo, quando l'unica risposta decente – e pietosa anche verso la memoria di quegli stessi soggetti – dovrebbe essere un rigoroso silenzio. Uno per tutti è Julius Evola, i cui scritti, a rileggerli ora, rischiano di suscitare il

^{*} Rielaborazione dell'intervento svolto all'incontro organizzato in occasione della Giornata della memoria dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Firenze e dalla Fondazione per la formazione forense fiorentina *Il diritto di essere liberi. L'impegno e la voce della migliore Avvocatura (1938-1945)*, Firenze, 27 gennaio 2014.

¹ M. BUBER, *I racconti dei chassidim*, Garzanti, Milano 1979, p. 247 (Aronne di Karlin).

² Arch. Stato Arezzo, Prefettura, b. 20, f. "Direttive stampa".

sorriso per quella che ci appare una intrinseca demenzialità (laddove l'uso del termine vuol rimandare all'accezione che gli si è data per contrassegnare un filone dell'intrattenimento, soprattutto cinematografico: non a caso Evola ebbe rapporti col surrealismo e collaborò con la *Scuola di mistica fascista*...).

Al di là, comunque, di valutazioni filosofiche che non ci competono, quel che conta per questi cattivi maestri è affermare un sillogismo più volte illustrato, in particolare a proposito dei Protocolli dei Savi Anziani di Sion. Evola scrisse una illuminante introduzione all'edizione italiana, nella quale si legge che «quand'anche (cioè: dato e non concesso) i Protocolli non fossero "autentici" nel senso più ristretto, è come se essi lo fossero, per due ragioni capitali e decisive: 1) perché i fatti ne dimostrano la verità; 2) perché la loro corrispondenza con le idee-madre dell'ebraismo tradizionale e moderno è incontestabile»³.

Illuminante perché se all'accorto Evola non sfugge l'implausibilità dell'attribuzione storica del documento, il rimedio che propone è sconcertante: essi "devono essere autentici in senso sostanziale", perché la rappresentazione dell'"altro" – qui dell'ebreo – deve prevalere sulla verità, che degrada ad un accidente storico, frutto della contingenza.

Come è stato possibile che simili assurdità – che dovrebbero in un consenso civile "normale" provocare soltanto la medesima risposta di Totò al tenente Kessler ne *I due Marescialli*⁴ – assurgessero a dottrine di Stato, e trascinassero con sé masse di popoli?

Una probabile risposta è che questi popoli hanno semplicemente "obbedito"; la massa non si è ricostituita come insieme di individui responsabili, ma è rimasta tale, tutti assolvendosi l'un l'altro da ogni obbligo morale che per avventura impedisse di perseguire il tornaconto individuale (magari solo apparente).

Joachim Fest, il grande storico del nazismo, ha narrato in un libro autobiografico – il cui titolo è giusto "Io no" – in quale modo il padre, funzionario prussiano, avesse risposto alla madre che lo pregava di aderire al partito di Hitler, di fronte ad una carriera spezzata. La donna gli aveva ricordato che la "piccola gente" si era sempre difesa col mentire di fronte ai potenti; ma Johannes Fest, preside di una scuola cattolica licenziato a 42 anni per "attività antistatali", le rispose: «Noi non siamo piccola gente! Non su questo argomento!»⁵.

Il richiamo evangelico al «anche se tutti, io no» ci riporta al bivio apertosi di fronte a molti in quegli anni terribili. Non a tutti: "solo" a molti, perché tanti non avevano alcuna possibilità di scelta, come i colleghi che furono cacciati dagli albi solo perché di "razza ebraica".

Sono gli "altri" che potevano scegliere: scegliere se tacere; se approfittare; se aiutare nell'ombra: se ribellarsi.

³ G. PREZIOSI (a cura di), *I "Protocolli" dei "Savi Anziani" di Sion*, La Vita Italiana, Roma 1937, con una introduzione di Evola da cui sono tratte le frasi citate.

⁴ Vale a dire una sonora, stupenda pernacchia napoletana.

⁵ J. FEST, *Io no. Memorie d'infanzia e gioventù*, Garzanti, Milano 2007.

Senza pretesa alcuna di offrire queste brevi riflessioni come se fossero frutto di un'indagine storica adeguata – ciò che non sono – possiamo solo “immaginare” che la scelta della aperta ribellione sia stata la più rara, non potendosi forse pretendere da nessuno un atteggiamento eroico. Questa è una strada che, più avanti, sarà percorsa dai molti avvocati e giuristi che si unirono alle formazioni partigiane, ma che all'apparire delle leggi razziali potrà esser sembrata estrema e comunque destinata all'insuccesso⁶.

La maggior parte avrà deciso di tacere, e non solo per convenienza personale, ma anche per un senso di legalità che è oggi forse ingeneroso qualificare come “malinteso”; specialmente tra i giuristi, l'eredità positivista, l'accresciuto ruolo dello Stato – consolidato in senso dapprima autoritario e poi espressamente totalitario – avranno senza dubbio congiurato nel suggerire una risposta alla legge nel senso di una formale obbedienza.

Sicuramente altri, sperabilmente una parte non rilevante ma non al punto da non essere notata, avranno invece abbracciato esplicitamente la causa del razzismo di Stato, solo per la sua funzione di limitazione della concorrenza, ed approfittato quindi delle leggi razziali per ampliare la propria clientela e comunque per motivi di ambizione personale.

Molti, sicuramente, hanno invece fornito ai colleghi espulsi dagli albi la copertura del proprio studio per continuare un'attività silenziosa, ridotta, ma pur sempre utile non solo a mantenere sé stessi ed i propri cari, ma anche a conservare la dignità della professione, riconosciuta in quei casi solo dai colleghi ospitanti, e proprio per questo tanto più apprezzata (perché i colleghi di un professionista ne sanno apprezzare le qualità anche meglio dei clienti).

Firenze, 9 marzo 1939

Mi si dice che il trafiletto “un avvocato che non approva” riprodotto da “Il Popolo d'Italia” dell'8 febbraio u.s. è stato largamente letto e commentato ed ha dato lo spunto a rilievi non favorevoli al Regime per quanto riguarda la difesa che viene così negata implicitamente agli ebrei. A proposito è argomento, fra i professionisti, di non pochi argomenti che si cerchi di fare oggetto di persecuzione molti loro colleghi, i quali per dovere professionale, hanno occasione di occuparsi di clienti ebrei. La forma e le argomentazioni con le quali si cerca di colpire detti professionisti danno nuova materia per commentare e criticare la campagna razzista che si manifesta con la lotta contro gli ebrei. Quando si ritorna a discutere sulla opportunità e sulle necessità o meno di questa campagna razzistica in Italia, dove gli ebrei

⁶ Per citare solo alcuni avvocati tra i tanti, Adriano Bianchi, partigiano in Val d'Ossola; Raimondo Ricci, ligure e deportato a Mauthausen; Ottorino Rizzi, poi sindaco di Cremona; Renzo Biondo, osovano-garibaldino veneto; Ettore Serafino, in Val Chisone; Sandro Canestrini, trentino; Eugenio Bruni, bergamasco; e chi può dimenticare “Duccio” Galimberti, Medaglia d'oro al valor militare e medaglia d'oro della Resistenza, o Giovanni Gelati, il livornese “podestà antifascista”, che seppe saggiamente gestire in condizioni disperate il comune di Coreglia Antelminelli, nominato Giusto tra le Nazioni?

(si dice) non avevano dato finora motivi da fare pensare ad una questione ebraica. Si ritorna pertanto ad insinuare che la questione sia stata suscitata artificialmente e non senza un secondo fine da persone che avevano da dare sfogo a loro odi personali, camuffando poi con pretesti specifici ed argomenti stiracchiati la necessità di provvedimenti contro gli ebrei, necessità che la quasi totalità del popolo non comprende e non riconosce.

Un fiduciario fascista⁷

Si può quindi manifestare comprensione per le posizioni più timide, per non dir pavidie? Io si può senz'altro, però come la mettiamo con quelli che dissero "Io no"?

Basterebbe uno di questi a stracciare il velo di ipocrisia.

Basta un solo Piero Martinetti, unico filosofo italiano, con gli altri undici professori universitari – su 1225! – che rifiutarono il giuramento di fedeltà al fascismo che il ministro dell'educazione nazionale Balbino Giuliano impose nel 1931⁸, a far letteralmente scomparire nel nulla della storia i colleghi "obbedienti".

Sono addolorato di non poter rispondere con un atto di obbedienza. Per prestare il giuramento richiesto dovrei tenere in nessun conto o la lealtà del giuramento o le mie convinzioni morali più profonde: due cose per me egualmente sacre. Ho prestato il giuramento richiesto quattro anni or sono, perché esso vincolava solo la mia condotta di funzionario: non posso prestare quello che oggi mi si chiede, perché esso vincolerebbe e lederebbe la mia coscienza. Ho sempre diretta la mia attività filosofica secondo le esigenze della mia coscienza, e non ho mai preso in considerazione, neppure per un momento, la possibilità di subordinare queste esigenze a direttive di qualsivoglia altro genere. Così ho sempre insegnato che la sola luce, la sola direzione ed anche il solo conforto che l'uomo può avere nella vita è la propria coscienza; e che il subordinarla a qualsiasi altra considerazione, per quanto elevata essa sia, è un sacrilegio. Ora col giuramento che mi è richiesto io verrei a smentire queste mie convinzioni ed a smentire con esse tutta la mia vita; l'Eccellenza Vostra riconoscerà che questo non è possibile⁹.

Piero Martinetti

Basta un solo Dietrich Bonhoeffer – teologo protestante, oppositore di Hitler ed impiccato nel campo di Flossenbürg negli ultimi giorni della guerra – a ricordarci che «L'uomo del dovere alla fine dovrà compiere il proprio dovere anche nei confronti del diavolo»; e che «chi sceglie l'ausilio della virtù

⁷ Dalle relazioni di un fiduciario fascista, Arch. Centr. Stato, Min. Interno, Direz. Gen. Pubbl. Sicurezza, Polizia politica, 1927-1944, b. 219, f. 1.

⁸ G. BOATTI, *Preferirei di no. Le storie dei dodici professori che si opposero a Mussolini*, Einaudi, Torino 2001.

⁹ P. MARTINETTI, *Lettera al Ministro Giuliano* (1931), in G. BOATTI, *Preferirei di no. Le storie dei dodici professori che si opposero a Mussolini*, cit.

privata” “deve chiudere occhi e bocca davanti all’ingiustizia che lo circonda. Solo mentendo a se stesso può evitare di contaminarsi agendo in modo responsabile»¹⁰.

Ci sono sempre buoni motivi per non fare qualcosa; la questione è solo se farla nonostante ciò. Se uno volesse fare solo quelle cose che hanno “tutti” i motivi a favore, non arriverebbe mai all’azione, ovvero quest’ultima non sarebbe più necessaria, perché altri gli avranno sottratto la possibilità di farla. Ma ogni vera azione è tale che nessun altro, ma solo tu stesso puoi farla¹¹.

Dietrich Bonhoeffer

Basta una sola Hannah Arendt per concludere che «la domanda rivolta a coloro che parteciparono e obbedirono agli ordini non dovrebbe mai essere “perché avete obbedito?” bensì “perché avete dato il vostro appoggio?”... «enorme sarebbe stato il vantaggio se avessimo eliminato un termine pernicioso come “obbedienza” dal nostro vocabolario del pensiero morale e politico»¹².

Coloro che non presero parte alla vita pubblica sotto la dittatura sono anche coloro che si sono rifiutati di appoggiarla in quanto evitarono quelle sedi di “responsabilità” dove un appoggio del genere viene richiesto facendo appello all’obbedienza. E basta che ci soffermiamo anche solo per un attimo ad immaginare cosa sarebbe accaduto di questo tipo di regime se un numero sufficiente di persone avesse agito in questo modo “irresponsabile” e rifiutato l’appoggio, anche senza fare resistenza attiva o una rivolta, per capire quale arma efficace potrebbe essere questa¹³.

Hannah Arendt

Basta un solo Don Milani per affermare che occorre «Avere il coraggio di dire ai giovani che essi sono tutti sovrani, per cui l’obbedienza non è ormai più una virtù, ma la più subdola delle tentazioni, che non credano di potersene far scudo né davanti agli uomini né davanti a Dio, che bisogna che si sentano ognuno l’unico responsabile di tutto»¹⁴.

A Norimberga e a Gerusalemme son stati condannati uomini che avevano obbedito. L’umanità intera consente che essi non dovevano obbedire, perché c’è una legge che gli uomini non hanno forse ancora ben scritta nei loro codici, ma che è scritta

¹⁰ D. BONHOEFFER, *Dieci anni dopo* (1942), in *Resistenza e Resa*, San Paolo, Cinisello Balsamo 1988, p. 61.

¹¹ D. BONHOEFFER, Lettera ad Eberhard Bethge, 8 giugno 1944, in *Resistenza*, cit., p. 398.

¹² H. ARENDT, *La responsabilità personale sotto la dittatura* (1964), in A. CHIAPPANO - F. MINAZZI (a cura di), *Pagine di storia della Shoah*, Kaos, Milano 2004, p. 221.

¹³ H. ARENDT, *La responsabilità personale*, cit., p. 220.

¹⁴ DON L. MILANI, *Lettera ai cappellani Militari Toscani* (1965): si legge in http://www.liberal-liber.it/mediateca/libri/m/milani/l_obbedienza_non_e_piu_una_virtu/html/milani_d.htm.

nel loro cuore. Una gran parte dell'umanità la chiama legge di Dio, l'altra parte la chiama legge della Coscienza. Quelli che non credono né nell'una né nell'altra non sono che un'infima minoranza malata. Sono i cultori dell'obbedienza cieca¹⁵.

Don Milani

Bastava, in realtà, rispondere come Bartleby, lo scrivano di Melville: «preferirei di no».

Possiamo concludere con le parole di Bruno Forte, arcivescovo di Chieti e Vasto ed editorialista de *IlSole*, che agli inizi dell'anno, annotando il cinquantésimo anniversario della pubblicazione di *La banalità del male* della Arendt¹⁶ commenta – fatte le dovute distinzioni tra le vicende di allora e quelle contemporanee, tra il “male assoluto” ed i «mali del nostro presente» – che «non c'è dubbio che molti di essi derivino dalla mentalità del “così fan tutti”, giustificata dai cattivi maestri della scena pubblica, in particolare di quella politica», ed articola la critica su tre fronti, la perdita diffusa del senso del dovere¹⁷, la disaffezione nei confronti del bene comune, ed infine (mutiamo l'ordine a fini espositivi) il «rimando alle altrui responsabilità per scaricare le proprie».

Sotto quest'ultimo profilo, che ci è qui particolarmente interessato, il richiamo che Forte fa a «comportamenti o stili di vita immorali di protagonisti dello spettacolo o dello sport», ed alle «auto giustificazioni o addirittura alla semplice negazione della responsabilità giuridica o morale che figure di rilievo della politica danno di propri comportamenti scorretti, perfino quando essi siano stati accertati e condannati a più livelli di azione giudiziaria» non avrebbe bisogno di ulteriori chiose (soprattutto per il secondo esempio); ma è opportuno sottolineare come l'antisemitismo, con tutto quel che ne consegue, costituisce tuttora un problema reale ed attuale anche nella civilissima (?) Europa. Due vaste ed approfondite indagini – quella, più ampia, dell'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa sugli *hate crimes*¹⁸, e quella dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali giusto sulle esperienze e la percezione dell'antisemitismo¹⁹ – ci hanno infatti recentissimamente ricordato che quando parliamo di queste vicende non possiamo ancora farlo da storici, ma dobbiamo farlo da cittadini.

E noi, poi, dobbiamo farlo da avvocati e giuristi.

¹⁵ DON L. MILANI, *Lettera ai giudici* (1965), *ibid.*

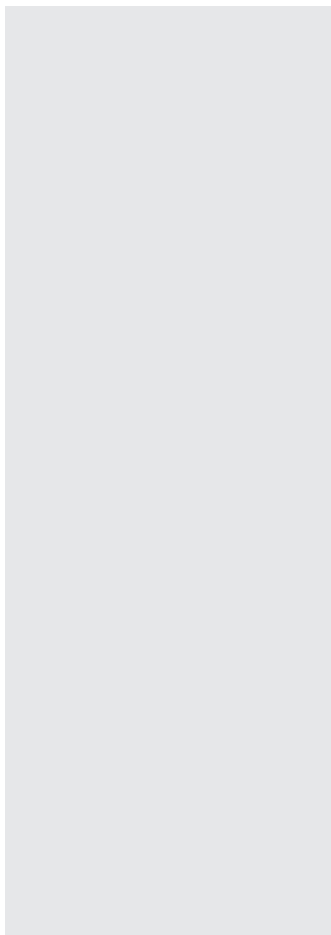
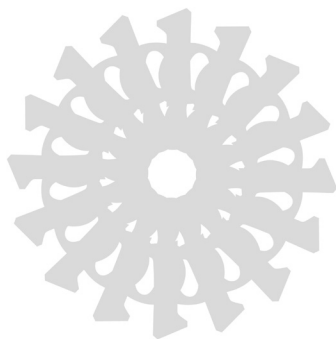
¹⁶ *IlSole24Ore*, 5 gennaio 2014, p. 1 e p. 8.

¹⁷ Riflessione attualissima: cfr. T. GRECO, *Il ritorno dei doveri*, in *Cultura e diritti*, 2012, 91 ss.; U. VINCENTI, *Prima il dovere. Una ragionevole critica dei diritti umani*, Jovene, Napoli 2011.

¹⁸ OSCE-ODIHR, *Hate Crimes in the Osce Region: Incidents and Responses - Annual Report for 2012*, Varsavia, novembre 2013, in <http://tandis.odhr.pl/hcr2012/>.

¹⁹ FRA, *Discrimination and Hate Crime Against Jews in EU Member States: Experiences and Perceptions of Anti-Semitism*, novembre 2013, in <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/discrimination-and-hate-crime-against-jews-eu-member-states-experiences-and>.

APPROFONDIMENTI



La necessaria riscoperta del momento consensuale nell'ambito patrimoniale della famiglia: due casi emblematici

Riccardo Mazzariol

“Privatizzazione del diritto di famiglia”, “Contrattualizzazione del matrimonio”, “Autoregolamentazione dei rapporti familiari” rappresentano espressioni ricorrenti che costituiscono il paradigma di quel lessico “familiare” ben noto ai giuristi che negli ultimi vent’anni si sono occupati dei rapporti patrimoniali tra i coniugi.

Ciò che tali locuzioni sottendono riguarda il controverso legame tra l'autonomia privata e l'istituto matrimoniale¹ che innerva la questione cruciale dei limiti che incontra il potere delle parti di determinare liberamente il contenuto di un negozio giuridico “familiare” al fine di soddisfare interessi propri. L'indagine sui confini della libertà individuale si fa certamente più ardua laddove ci si muova all'interno di quella «società naturale fondata sul matrimonio». Si avverte, infatti, l'esigenza di individuare in tale ambito un ulteriore e diverso limite rispetto a quelli tradizionali dell'autonomia privata. Quella costante dialettica tra la libertà dei paciscenti di autoregolamentare i propri interessi e il controllo statale sulla meritevolezza degli stessi si arricchisce di un secondo elemento di sindacato dell'agire dei contraenti: l'interesse della famiglia. Il problema centrale appare quello di determinare e garantire un punto di equilibrio tra le esigenze individuali e i bisogni comuni, con particolare riguardo a quelli della prole minorenni, alla luce dei principi generali del nostro ordinamento.

In limine all'analisi, si avverte preliminarmente l'esigenza di sgomberare il campo da un possibile equivoco di fondo: l'autonomia privata non deve essere intesa, come non infrequentemente avviene, al pari di mero arbitrio ossia quale sovranità del singolo di compiere ciò che più desidera. Si tratta di una concezione fuorviante e impropria poiché il privato, in ambito negoziale, non è mai “sovrano” in quanto l'autonomia non può che manifestarsi in forme bilaterali². Solo tramite l'accordo può esplicarsi il potere dei singoli di darsi liberamente delle regole e di gestire il proprio patrimonio con il limite del rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume. È dunque

¹ Il primo, sotto ogni profilo, a occuparsi di questo tema è stato F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. e giur.*, 1945, pp. 3 ss. (poi raccolto nei *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli 1961, pp. 381 ss.).

² P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 230.

sul presupposto di una prospettiva necessariamente bilaterale che deve essere condotta l'indagine volta a verificare il quesito di partenza.

In questa linea logica, nel solco delle norme costituzionali la riforma del diritto di famiglia del 1975 abbandona nella sostanza la previgente concezione pubblicistica e verticistica della famiglia a favore dell'attribuzione di una inedita rilevanza all'interesse di ogni suo membro di realizzare – all'interno della stessa e nel rispetto dei vincoli solidaristici che essa impone – la propria personalità³.

Alla luce di queste osservazioni, deve essere valutato lo spazio concedibile agli sposi di plasmare le situazioni giuridiche familiari di tipo patrimoniale sulla base di manifestazioni di volontà negoziale a contenuto diverso da quello tipicamente disciplinato dalla legge al fine di soddisfare interessi propri. Le ipotesi di incidenza dell'autonomia privata in questo campo sono molteplici e non è qui il caso di ripercorrerle compiutamente. Stanti gli angusti ambiti del presente scritto, si deve e si vuole qui limitare il discorso a due peculiari vicende che risultano sintomatiche della forte resistenza che la giurisprudenza sta dimostrando nel riconoscere importanza al momento individuale-consensuale in ambito familiare.

A questo riguardo, viene primariamente in rilievo la figura del c.d. rifiuto del coacquisto attraverso la quale i coniugi mirano ad impedire l'ingresso nel patrimonio comune di un cespite acquistato da uno solo di essi al di fuori dei casi contemplati dall'art. 179 c.c. in conformità con il principio cardine del nostro ordinamento – espresso dal brocardo *nemo invitus locupletari potest* – in base al quale nessuno può essere costretto contro la propria volontà a subire un incremento della propria sfera giuridica patrimoniale. Si tratta di una ipotesi che ha trovato una sostanziale ostilità di parte della dottrina e della quasi unanime giurisprudenza⁴, sul presupposto della sua contrarietà allo spirito solidaristico

³ Secondo A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 613, l'istituto familiare realizza un «regime consensuale permanente in cui l'accordo dei coniugi condiziona sia la costituzione che la conservazione del rapporto consortile». Cfr. sul punto anche G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definirne gli aspetti economici*, in *Famiglia*, 2001, pp. 250 ss. In precedenza, opposta era l'impostazione assunta da parte della dottrina, secondo la quale la famiglia era «un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto» (COSÌ A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, VIII, Jovene, Napoli 1949, p. 57).

⁴ Per un'esposizione particolareggiata delle molteplici opinioni dottrinali e giurisprudenziali esposte in materia, sia consentito rinviare a R. MAZZARIOL, *Comunione legale tra coniugi e rifiuto del coacquisto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, pp. 487 ss. e, in particolare, agli Autori citati nelle nt. 30 e 45; ID., *L'intervento del coniuge non acquirente all'atto di acquisto di un bene personale: natura ed effetti. La presa di posizione delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, pp. 249 ss. A favore della legittimità nel nostro ordinamento della figura del rifiuto del coacquisto, l'unico precedente della giurisprudenza di legittimità è rappresentato da Cass., 2 giugno 1989, n. 2688, in *Nuova giur. civ. comm.*, I/1999, p. 22. In sen-

proprio del regime legale e alla regola del *favor communio* che ispirerebbe la materia.

Al di là della dettagliata analisi delle singole norme richiamate dagli interpreti a sostegno dell'ammissibilità o meno di questa fattispecie, si avverte l'esigenza di cogliere l'antecedente logico-concettuale che accomuna le varie opinioni: tutti gli argomenti posti a supporto delle differenti tesi partono necessariamente dall'analisi del fondamento della comunione legale e del valore ad essa attribuito.

In relazione a questo profilo, emerge con evidenza che il sistema comunitario degli acquisti non è il regime essenziale della famiglia in ragione della sua totale derogabilità: i coniugi, al tempo delle nozze o anche in un momento successivo, possono liberamente optare per la separazione dei beni. Ne discende che il carattere dispositivo dei dettami sulla comunione legale impedisce di assegnare a questo istituto qualsiasi valenza di matrice pubblicistica: uno spunto decisivo in questa direzione si nutre proprio della considerazione che solo alle norme imperative può conferirsi un valore superindividuale. Perdono dunque di pregio tutte quelle ricostruzioni del regime legale volte a scorgervi una forma di tutela del coniuge c.d. "debole" o un presidio dell'uguaglianza e dell'unità dei membri della famiglia: la parità giuridica tra coniugi non sempre è accompagnata da una parità che si esplica anche patrimonialmente *ex art. 177 c.c.*

Quell'uguaglianza morale e giuridica che l'art. 29 della nostra Carta fondamentale impone tra gli sposi sembra essere realizzata attraverso il (diverso) regime patrimoniale primario della famiglia: il dovere di contribuzione e l'obbligo di mantenimento dei figli sono difatti assistiti dall'inderogabilità sancita dall'art. 160 c.c. proprio perché attuativi di finalità pubblicistiche. L'indagine sulla *ratio* della comunione legale consente allora di affermare, senza timore di smentite, che il regime non è ispirato alla tutela di interessi superindividuali (per il cui presidio è posto il solo dovere di contribuzione di cui agli artt. 143 ss. cod. civ.) e che i principî generali dell'autonomia privata e della libertà del volere possono operare anche all'interno di tale sistema.

Alla luce dei dati sin qui discussi, la soluzione offerta dalla Cassazione – che assegna alla comunione legale una finalità pubblicistica – appare fondata su una visione dell'istituto falsata da un'impostazione di matrice ideologica. D'altra parte, la problematica del rifiuto del coacquisto pone in discussione e innerva valori generali, quali l'autonomia dei privati o il controllo pubblico sulla persona nella formazione sociale primigenia, che in ultima analisi sono espressione dell'idea personale dell'interprete non solo circa il senso della famiglia e del matrimonio ma, più in generale, riguardo al ruolo dell'individuo

so contrario si sono invece espresse: Cass., 19 febbraio 2000, n. 1917, in *Foro it.*, I/2000, p. 2247; Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954, in *Riv. notar.*, 2003, p. 411; Cass., 24 settembre 2004, n. 19250, in *Famiglia*, 2005, p. 580 e, da ultimo, Cass., sez. un., 28 ottobre 2009, n. 22755, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 249.

e della sua libertà nella società, il quale rappresenta l'elemento primario di esegesi delle norme e di formazione dei concetti atti a permettere un'analisi sistematica dell'intera materia dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Su questo versante, se si ritiene il privato (*rectius*, il coniuge) capace di gestire in autonomia i rapporti patrimoniali afferenti alla propria sfera giuridica, se lo si reputa dotato di una sfera insopprimibile di libertà, se si considera il cittadino non alla stregua di un incapace ma soggetto consapevole di autonome scelte individuali anche in ambito (patrimoniale) familiare, non può che discendere l'idea che le disposizioni sulla comunione dei beni non devono essere intese come un laccio posto all'esplicazione della sua autonomia negoziale.

In seno a questo dibattito, la fattispecie poc'anzi accennata non esaurisce i casi esemplificativi della compressione che la giurisprudenza ha imposto alla libertà del volere dei coniugi. Sotto questo profilo, grande rilevanza occupano nel nostro ordinamento anche gli accordi preventivi di divorzio con i quali gli sposi intendono regolare, concordemente, gli effetti patrimoniali della futura crisi matrimoniale.

Come è noto, il legislatore, al momento dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio, impone agli ormai *ex* coniugi un dovere di solidarietà, continuando a farli partecipare – per il tramite della corresponsione di un assegno pecuniario – alla “ricchezza” che hanno contribuito a creare durante la convivenza⁵. Ormai da diversi anni la Suprema Corte nega ai *nubendi* la possibilità di stabilire, pattiziamente e anticipatamente rispetto al tempo delle nozze, l'*an* e il *quantum* dell'assegno divorzile⁶. Numerose sono le argomentazioni addotte dai giudici di legittimità per non ammettere nel nostro ordinamento quelli che chiameremo, per semplicità definitoria, i *prenuptial agreements* o accordi prematrimoniali: esse variano dalla nullità

⁵ E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, pp. 317-318. L'assegno divorzile non ha dunque la funzione di sopperire ad un vero stato di bisogno, bensì di far conservare all'*ex* coniuge un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio. In questi termini si è espressa Cass., 17 marzo 1989, n. 1322, in *Foro it.*, I/1989, p. 2512.

⁶ La giurisprudenza italiana – dopo una prima fase, a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, in cui aveva ammesso rinunzie a carattere preventivo dell'assegno di divorzio (seppur sottoponendole alla clausola *rebus sic stantibus*) – con il *leading case* di Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Foro it.*, I/1981, p. 184, compie un sostanziale *revirement* attraverso la dichiarazione di nullità degli accordi preventivi tra i coniugi sul regime economico del divorzio. Parimenti, anche in dottrina (in particolare in quella meno recente), si assiste a prese di posizione nella medesima direzione talvolta particolarmente forti: «la legge [...] non dà man forte a un accordo privato disgregatore della famiglia. La legge tutela insomma più che può l'integrità del vincolo coniugale, e deprecia l'anomalia dolorosa di una separazione. Cosicché una preventiva disciplina contrattuale tra coniugati o magari nello stesso contratto di matrimonio, di una possibile futura separazione sarebbe nulla, perché immorale» (così L. BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Giuffrè, Milano 1941, p. 153).

degli stessi per contrarietà all'ordine pubblico alla loro invalidità per illiceità della causa.

A suffragio di questa impostazione, fondamentale importanza riveste, in primo luogo, l'interpretazione particolarmente ampia attribuita all'art. 160 c.c., a mente del quale «gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio». Dietro lo schermo apparentemente omnicomprensivo offerto da questa disposizione, la Cassazione ha annoverato anche l'obbligo al mantenimento, il quale viene considerato una prosecuzione di quello indisponibile di contribuzione esistente *manente vinculo*, in ossequio ai doveri solidaristici che il matrimonio impone.

Con progressione argomentativa, si è poi sostenuto che gli accordi preventivi avrebbero l'effetto di condizionare indebitamente il futuro comportamento processuale degli sposi, non tanto con riguardo agli aspetti economici concordati, quanto soprattutto in relazione alla dichiarazione di divorzio in sé considerata⁷: i coniugi separati, con la stipula di una convenzione prematrimoniale, verrebbero fatalmente sospinti a rinunciare di contestare in giudizio l'istanza di divorzio proposta dal consorte, autolimitando indebitamente la propria libertà di difesa. Si finirebbe così per fare oggetto di commercio uno *status* (quello di coniuge) che non è liberamente negoziabile dagli sposi in quanto, per definizione, personale e indisponibile⁸.

In realtà, ad un attento osservatore della materia, questi argomenti suscitano notevoli perplessità e non sembrano avere un concreto fondamento.

L'interprete smaliziato è consapevole che quanto più una norma (come quella di cui all'art. 160 c.c.) appare ad una prima lettura estremamente generica, tanto più alta deve essere l'attenzione nel descriverne il campo di applicazione. Questo sforzo ulteriore di analisi, alla luce del principio della libertà negoziale, induce a restringere la portata potenzialmente illimitata del divieto imposto dall'art. 160 cod. civ., rilevandone la riferibilità alla mera fase fisiologica del rapporto coniugale⁹. In altri termini, ciò che questa disposizione intende preservare è il solo obbligo di contribuzione, sancito dal citato art. 143 c.c., dal quale si distingue nettamente quello al mantenimento del coniuge separato o divorziato. Si consi-

⁷ Cfr. ad esempio Cass., 5 dicembre 1981, n. 6461, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Matrimonio*, n. 150; Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Giur. it.*, I/1985, p. 1456.

⁸ Cfr., ad esempio, Cass., 11 agosto 1992, n. 9494, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Matrimonio*, n. 180; Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *cit.*, n. 187. Gli accordi preventivi di divorzio avrebbero allora il limitato effetto di fornire al giudice dei parametri sussidiari (mai decisivi, né vincolanti) di determinazione dell'assegno. Cfr. Cass., 21 maggio 1983, n. 3520, in *Foro it.*, I/1984, p. 229; Cass., 28 ottobre 1986, n. 6312, in *Foro it.*, I/1987, p. 467.

⁹ G. OBERTO, "Prenuptial agreements in contemplation of divorce" e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in *Riv. dir. civ.*, 1999, pp. 171 ss.; Id., *I contratti della crisi coniugale*, Giuffrè, Milano 1999, I, pp. 452 ss.; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Cedam, Padova 1997, pp. 285 ss.

deri, infatti, che quegli impegni inderogabili a cui l'art. 160 c.c. offre protezione non possono riferirsi al momento patologico del matrimonio proprio perché lo *status* di coniuge separato o divorziato giustifica l'inosservanza di parte di quegli obblighi (si pensi, ad esempio, a quelli di coabitazione e collaborazione). A ciò si aggiunga che, in ragione della risolubilità del vincolo matrimoniale, non avrebbe ragion d'essere l'estensione della disposizione in questione a garanzia di doveri ormai cessati in capo a soggetti non più coniugi.

Né varrebbe obiettare che la normativa sul divorzio, così come novellata dalla legge n. 74 del 1987, ha configurato l'assegno divorzile con una natura eminentemente assistenziale, condizionandone l'attribuzione alla specifica circostanza della mancanza di mezzi adeguati o della impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive; di guisa che quel limite di indisponibilità a cui soggiacerebbero tutti gli emolumenti correlati alle esigenze della vita (pensione, alimenti, retribuzione, etc.) esisterebbe anche con riferimento all'assegno divorzile¹⁰.

In realtà, questo enunciato non tiene in debito conto della differenza concettuale esistente tra il diritto agli alimenti e quello al mantenimento: sia i presupposti che i criteri di applicazione dei due istituti sono diversi¹¹. Pertanto, l'espressa indisponibilità che la legge attribuisce al diritto agli alimenti non è estendibile *tout court* a quello al mantenimento per il quale continueranno ad operare i principi generali della libertà contrattuale e della libera disponibilità del proprio patrimonio.

Da ultimo, si consideri un'ulteriore dirimente considerazione a conforto della tesi della piena disponibilità dell'assegno divorzile: quest'ultimo, nei rapporti tra coniugi senza prole, non può mai essere determinato d'ufficio dal giudice e non può prescindere dalla domanda di parte. In altri termini, anche di fronte ad un coniuge economicamente "debole" che, per le più svariate ragioni, non reclaims il mantenimento ovvero si accontenti di un assegno di importo inferiore rispetto a quello a cui avrebbe diritto, il tribunale non può che rispettare tale suo volere. Non si vede allora perché una simile volontà del coniuge separato non possa essere manifestata in un tempo cronologicamente antecedente alla richiesta di scioglimento del vincolo ed essere egualmente rispettata.

Posti questi punti fermi, l'interpretazione fatta propria dalla Corte di Cassazione non può dunque convincere del tutto: i patti riguardanti diritti patrimoniali nascenti con la cessazione del vincolo sono liberamente disponibili dagli sposi e l'art. 160 cod. civ. si riferisce alle sole convenzioni con cui gli stessi intendono regolare il c.d. regime patrimoniale primario della famiglia in contrasto con quanto dispongono gli artt. 143 ss. del codice civile.

¹⁰ Così Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Matrimonio*, n. 179.

¹¹ La distinzione è peraltro ben presente alla Corte di Cassazione, la quale in numerose sentenze ha negato la riconduzione dell'assegno di divorzio allo schema dell'obbligo alimentare. Cfr. ad esempio Cass., 26 aprile 1974, n. 1194, in *Foro it.*, 1/1974, p. 1335; Cass., 20 aprile 1995, n. 4456, in *Fam. e dir.*, 1995, p. 213.

Le medesime fondate perplessità suscita anche la seconda obiezione mossa dalla giurisprudenza agli accordi preventivi di divorzio. La paventata limitazione alla libertà di difendersi dall'altrui istanza di divorzio non può farsi discendere dalla stipula di un c.d. *prenuptial agreement* posto che lo scioglimento dall'impegno matrimoniale costituisce un diritto potestativo del singolo coniuge. Mai si è assistito, sia nella giurisprudenza di legittimità che in quella di merito, ad un rigetto della richiesta di pronunciare il divorzio avanzata da uno degli sposi: la volontà di proporla rappresenta il sintomo più evidente di quella impossibilità di mantenere la comunione spirituale e materiale che la legge considera condizione indefettibile per sciogliere il rapporto di coniugio. Risulta dunque singolare che la Cassazione si preoccupi di difendere una condizione processuale degli sposi – ossia l'asserita libertà di respingere l'altrui istanza divorzile – che, in realtà, non esiste: l'opposizione alla cessazione del vincolo è una causa persa in partenza¹². Pertanto, se è vero che sarebbe nulla qualsiasi convenzione con cui un coniuge si obbligasse a chiedere la separazione e il divorzio, a rinunciare a tali domande o a non far valere eventuali cause di invalidità del matrimonio¹³, è altrettanto certo che con la stipula di un c.d. *prenuptial agreement* i privati non intendono regolare i diritti e gli obblighi derivanti dallo *status* di coniugi, bensì unicamente i loro rapporti patrimoniali¹⁴.

Sulla base dei dati sin qui considerati, a voler ora alzare lo sguardo verso il quadro d'insieme che le diverse argomentazioni giuridiche hanno concorso a tratteggiare e a prescindere dalla disamina delle puntuali ragioni tecniche addotte in relazione ai temi analizzati, evidente è la concezione di fondo che ha ispirato e tuttora orienta la Suprema Corte. Alla base delle decisioni assunte vi è l'idea che il matrimonio (e discorso analogo vale per la comunione legale) rappresenti un istituto diretto a perseguire finalità pubblicistiche: la famiglia viene intesa quale momento speculare al modello statuale a cui si nega la permeabilità del volere dei privati in ragione della natura superindividuale degli

¹² E. RUSSO, *Il divorzio "all'americana"; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, in *Foro it.*, I/2001, p. 1323.

¹³ M. COMPORI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, p. 110.

¹⁴ Escluso, per quanto sinora si è detto, che possa in assoluto negarsi ai *nubendi* la libertà di regolare pattiziamente i loro futuri rapporti patrimoniali nascenti dallo scioglimento del matrimonio, esistono però dei limiti entro cui questa autonomia può manifestarsi. L'eventuale esistenza di figli minori e di uno stato di bisogno del coniuge richiedente impongono al magistrato, da un lato, di verificare la rispondenza dell'accordo preventivo agli interessi della prole e, dall'altro, di valutare la congruità dell'assegno concordato a soddisfare i bisogni dell'altro coniuge. Questo *minimum* di tutela si giustifica, nei limiti sopra descritti, in ragione dell'esistenza di superiori interessi meritevoli di protezione che consentono al giudice di intervenire coattivamente e di sindacare la volontà delle parti.

interessi in gioco¹⁵. Gli echi ideologico-concettuali del modello di famiglia pre-costituzionale a cui era informato il codice civile del 1942 sono palesi: la comunità familiare viene concepita come un'istituzione latrice di valori trascendenti quelli dei suoi partecipanti e idonei a giustificare il sacrificio degli interessi dei singoli. La libertà del volere degli sposi, la loro decisione di autodeterminarsi non possono che cedere di fronte ad una concezione «istituzionale»¹⁶ della famiglia in cui il diritto chiamato a regolare il vincolo matrimoniale è assimilato a quello pubblico. Non a caso, prima del 1970, il legame coniugale permaneva *usque ad mortem* e la separazione era percepita come un evento eccezionale da scongiurare il più possibile.

A ben vedere, il retropensiero della inscindibilità del vincolo è tuttora presente nelle decisioni della giurisprudenza, la quale continua a concepire il divorzio alla stregua di un istituto “gentilmente” ottriatto dai giudici: ritenere – come si è fatto cenno sopra – che il dovere di contribuzione permanga anche dopo la pronuncia di scioglimento del vincolo (sottoforma di un assegno indisponibile) è un riflesso condizionato di quella “mistica dell'indissolubilità”¹⁷ del rapporto matrimoniale venuta meno solo nel 1970.

La stessa teoria della “solidarietà postconiugale” è espressione di questa visione: affermare che, per nessuna ragione, con il divorzio dovrebbe essere «abbandonato alla sua sorte il coniuge che sull'impegno assunto col matrimonio ha fondato la propria famiglia e la propria vita»¹⁸ costituisce la propaggine di una visione pubblicista dell'istituto matrimoniale.

In realtà, il richiamo al principio di solidarietà tra due soggetti che sposi più non sono deve essere inteso correttamente. È certamente vero che, ai fini descrittivi dell'istituto del mantenimento, si possa sostenere che quest'ultimo trovi fondamento su un vincolo solidaristico nascente dal matrimonio. Tuttavia, questa proposizione non giustifica l'interprete ad attribuire all'assegno divorzile il carattere dell'indisponibilità: un conto è imporre un obbligo di solidarietà contro la volontà dell'obbligato; altro è, invece, pretendere che tale dovere trovi applicazione contro il volere dell'avente diritto¹⁹.

Tantomeno, il principio di solidarietà può essere invocato ai fini protettivi della donna all'interno del matrimonio. Al giorno d'oggi appare ormai superata e anacronistica quella concezione della famiglia che vuole la presenza al suo

¹⁵ Fondamentale, in questa prospettiva, è l'influenza esercitata dall'opera di S. CICH, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Forni, Bologna 1978 (rist.); cfr. sul punto anche M. SESTA, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cich e il diritto di famiglia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Il Mulino, Bologna 1975, pp. 417 ss.

¹⁶ G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., pp. 103 ss.

¹⁷ G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 458.

¹⁸ COSÌ M. BIANCA, *Art. 5 l. 898/1970*, in *Comm. dir. it. fam.*, a cura di G. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI, VI, 1, Cedam, Padova 1993, pp. 344 ss.

¹⁹ G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 455.

interno di un coniuge, aprioristicamente, “debole” individuato nella moglie. Questa rappresentazione del modello coniugale costituisce il retaggio della coesistenza, protrattasi per un lustro, di due normative tra loro potenzialmente antitetiche: quella sul divorzio (datata 1970) e quella sui rapporti tra coniugi previgente alla riforma del diritto di famiglia del 1975. In quella fase, si sentì la necessità di dare protezione alla donna considerata per legge, all'interno del matrimonio, subordinata al «capo della famiglia» e che, sovente senza un reddito proprio, avrebbe potuto subire la separazione dal marito in una situazione di forte disagio economico. Tuttavia, quasi quarant'anni sono passati da allora: con la riforma dei rapporti tra gli sposi in una logica egualitaria e con il miglioramento delle condizioni sociali della donna, ben consapevole ora dei propri diritti, nessuno può oggi fondatamente sostenere che, nella famiglia, il marito e la moglie non siano in condizioni di parità.

Il fondamento di una concezione restrittiva dell'operare della libertà negoziale nel campo familiare va allora rinvenuto *aliunde*, ossia nella matrice ideologica delle scelte di fondo dell'interprete circa il ruolo dell'individuo nella società: non a caso, in un'ottica comparatistica europea, l'unico ordinamento a contemplare espressamente il divieto per i coniugi di stipulare accordi preventivi sul divorzio era quello della *ex Deutsche Demokratische Republik*²⁰.

In un sistema liberale, quale si fregia di essere quello italiano, lo studioso privo di preconcetti dogmatici dovrebbe rifuggire le analisi ermeneutiche basate su una rappresentazione paternalistica dei rapporti tra i singoli e lo Stato: quest'ultimo non è in grado di discernere in modo migliore quale sia l'interesse autentico dei consociati e di guidarli perciò in una direzione ottimale²¹. La pretesa superiorità conoscitiva dello Stato appare indimostrata soprattutto con riguardo ai profili patrimoniali interprivatistici ed è fondata sull'idea che la pluralità di ordini (*rectius*, di regolamenti intersoggettivi di interessi non conformi ad un modello statale precostituito) sia sinonimo di irrazionalità e conflittualità²². Chiaro è il fondamento di una simile concezione etico-politica che va dunque rifiutata: le norme statali devono intervenire il meno possibile nei rapporti tra privati posto che gli stessi devono essere intesi quali soggetti pienamente capaci di darsi delle regole di ordine patrimoniale idonee a soddisfare i propri bisogni anche all'interno della famiglia da loro costituita²³.

²⁰ Il riferimento è tratto da G. OBERTO, *ult. op. cit.*, pp. 556-557.

²¹ E. DI ROBILANT, *La rilevanza degli ordini dinamici nella società complessa*, in E. COLOMBATTO - A. MINGARDI (a cura di), *Il coraggio della verità, Saggi in onore di Sergio Ricossa*, Soveria Mannelli, Rubbettino 2002, pp. 223-224. Per un approfondimento sul punto si rimanda anche a G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, pp. 133 ss.

²² E. DI ROBILANT, *ult. op. loc. cit.*

²³ Solo in presenza di una situazione di bisogno o di una prole minorenne o non autosufficiente può giustificarsi un controllo statale sul contenuto dei negozi giuridici familiari.

Nessuna paventata “mercantilizzazione” del diritto familiare²⁴ può farsi discendere dall’opzione interpretativa qui accolta: la difesa del vincolo coniugale e dei fondamentali valori affettivi che da esso discendono deve essere affidata e perseguita, unicamente, dai singoli coniugi e non può essere demandata ad un terzo estraneo (il giudice).

Quella che va ripudiata è l’idea della subordinazione dell’individuo alla collettività. La questione è di metodo: occorre capire se debba essere lo Stato (e la magistratura) a decidere che cosa debbano e possano stipulare i privati in ambito patrimoniale familiare ovvero se possano essere loro stessi, in quanto individui responsabili, a deciderlo in modo autonomo. Sotto questo profilo, non va dimenticato che, dal punto di vista dei diritti individuali, uno dei pilastri di una società liberale è rappresentato anche dalla libertà di ciascuno di fare delle cattive scelte.

Solo se si abbraccia quest’ultima concezione si può tentare di frenare il fenomeno che negli ultimi decenni ha segnato il ritorno del paternalismo giuridico²⁵. Sempre più numerose sono, infatti, le occasioni in cui il legislatore si atteggiava a “padre” dei destinatari delle norme sulla base del retro-pensiero che non siano in grado di comprendere appieno gli effetti delle proprie azioni e di perseguire nel modo migliore i propri bisogni. Si assiste così alla violazione dell’insindacabile libertà di ciascuno di giudicare del proprio interesse attraverso l’imposizione di una serie di regole inderogabili e di controlli giudiziali che vietano o prescrivono una determinata azione o un dato contenuto contrattuale sul presupposto (indimostrato) della loro contrarietà all’interesse di chi si appresta a compierla o stabilirlo.

Si è naturalmente consci che il confine tra la libertà di ciascuno di darsi delle regole proprie e la necessaria salvaguardia dell’interesse altrui nel campo familiare è di difficile individuazione; tuttavia, occorre evitare il rischio che il “pubblico” invada tutto e intervenga su tutto. E quando si dice “pubblico” si intende lo Stato con tutti i suoi apparati e i suoi organi burocratici, magistratura compresa²⁶.

La riscoperta del privato e del suo ruolo anche in ambito patrimoniale familiare appare dunque un obiettivo quanto mai attuale, oltre che necessario, soprattutto in una prospettiva di una oramai ineluttabile riforma dei rapporti patrimoniali tra coniugi.

²⁴ Questo è il rischio temuto da M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 18.

²⁵ Cfr. su tutti la definizione data da R. DWORKIN, *Paternalism*, in R. SARTORIUS (a cura di), *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis 1983, p. 20.

²⁶ Cfr. L. PELLICANI, *La riscoperta dell’autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, p. 29.

La gestione delle crisi da sovraindebitamento

Paola Moreschini

La legge n. 3/2012 e la sua storia

Di sovraindebitamento si è iniziato a parlare in Italia a seguito dell'approvazione della legge sull'usura (legge n. 108/96), che ha istituito, oltre al fondo di garanzia per le vittime dell'usura, anche un *Fondo per la prevenzione dell'usura*, finalizzato a fornire ai soggetti non imprenditori un prestito garantito volto sostanzialmente a ripianare i loro debiti.

Dopo una proposta di legge elaborata dall'Adiconsum, e presentata nel 2006 dall'Onorevole D'Agrò, il primo testo su cui il Parlamento ha lavorato è stato presentato dal Senatore Centaro e conteneva alcune proposte di modifica della legge sull'usura e l'introduzione di un procedimento per la composizione delle situazioni da sovraindebitamento. Il disegno di legge Centaro, ampiamente modificato attraverso il lavoro delle commissioni parlamentari, è divenuto la legge 27 gennaio 2012 n. 3 *Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*.

Le disposizioni sul sovraindebitamento hanno, pertanto, la loro origine in Italia nel contrasto e nella prevenzione del fenomeno criminale dell'usura ma hanno, nello stesso tempo, una loro specificità che deriva dal raffronto con analoghi istituti presenti in altri ordinamenti giuridici. La previsione di procedure per la risoluzione delle crisi da sovraindebitamento esiste, infatti, in tutti gli ordinamenti dei paesi membri dell'UE, sebbene con notevoli differenze.

Risolvere le crisi da sovraindebitamento, senza gravi pregiudizi per i diritti dei creditori, è necessario, innanzitutto, per iniziare a trovare delle risposte ad un problema che determina l'esclusione sociale di un numero potenzialmente crescente di famiglie, oltre a ridurre i consumi ed a generare un impoverimento complessivo della società. Nello stesso tempo si tratta di una esigenza imposta dagli obblighi stabiliti dall'Unione Europea, per offrire ai consumatori di tutti i Paesi parità di condizioni, grazie al riconoscimento reciproco delle procedure vigenti nei vari Stati, garantendo in questo modo delle certezze anche ai creditori. Il Comitato economico e sociale ha da tempo posto attenzione al tema del sovraindebitamento ed ha emanato alcuni pareri in materia sollecitando la Commissione Europea ad elaborare proposte di armonizzazione e di cooperazione e favorendo l'introduzione di misure di prevenzione (parere CES 2006/C 88/01). Inoltre, per scongiurare il fenomeno del c.d. forum shopping, è stato emanato il Regolamento CE n. 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza transfrontaliere, in base al quale nei confronti di qualunque debitore, persona fisica o giuridica, commerciante o non commerciante, potranno essere aperte più procedure concorsuali.

Il concetto di sovraindebitamento

Con il termine sovraindebitamento sociologi ed economisti definiscono la situazione di difficoltà non temporanea ad adempiere regolarmente le obbligazioni assunte, facendo ricorso ai redditi correnti e alle integrazioni eventualmente possibili derivanti dalla liquidazione del patrimonio. Quindi è qualcosa di più e di diverso da un normale e fisiologico accesso al credito.

La situazione del sovraindebitamento in Italia non assume ancora i toni e i numeri allarmanti che ha da tempo in altri Paesi d'Europa e negli Stati Uniti poiché sussistono diverse condizioni che fanno sì che il fenomeno sia attenuato: una tradizionale alta propensione al risparmio, una misurata prudenza nell'acquisto di beni mobili e immobili, una rete di relazioni familiari e sociali che assecondano forme non tradizionali di prestito, una certa oculatezza degli enti nell'erogare il credito.

Il sovraindebitamento si riferisce ad una somma di diverse obbligazioni: non solo mutui e credito al consumo, ma anche debiti verso il fisco, verso i fornitori di utenze private, affitto, consumi ordinari, sanità privata e altri tipi di debiti vari.

I numeri che abbiamo a disposizione, sono soprattutto quelli che fanno capo ad agenzie ufficiali (Banche, Finanziarie, Agenzie delle entrate...), ma che danno conto solo di una parte del problema, sia pure consistente.

La legge n. 3 del 2012 ha introdotto nel nostro ordinamento la definizione di sovraindebitamento, che consiste nel «perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni».

È evidente che quello di sovraindebitamento è un concetto che differisce dallo stato d'insolvenza di cui parla l'art. 5 della Legge fallimentare, che «si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni».

In sostanza la legge n. 3/2012 è volta a disciplinare l'insolvenza del debitore che non può fallire, perché non rientra nell'ambito di applicazione del r.d. n. 267/1942, con le modifiche apportate nel 2006 mediante la fissazione delle soglie di fallibilità. Pertanto, i soggetti ai quali si applica la disciplina sul sovraindebitamento sono molti ed eterogenei: imprenditori esclusi dal fallimento in ragione delle soglie dimensionali (imprenditori agricoli; soci di società di persone; piccoli imprenditori), ma anche professionisti, famiglie e consumatori, a condizione che non abbiano fatto ricorso alla procedura nei tre anni precedenti la domanda.

Le procedure per risolvere le crisi da sovraindebitamento

L'Italia è stata l'ultimo tra tutti i Paesi europei ad introdurre una normativa sul sovraindebitamento.

Il nostro legislatore con la legge 3/2012 ha scelto di utilizzare, per i procedimenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento, il modello degli ac-

cordi di ristrutturazione dei debiti contenuto nella legge fallimentare che, con la riforma del 2006, aveva mostrato grande favore verso il concordato e gli accordi.

Il procedimento per la soluzione della crisi di sovraindebitamento è modellato sulla norma dell'art. 182 *bis* della Legge Fallimentare sui piani di ristrutturazione dei debiti e si fonda sull'autonomia contrattuale delle parti, giudizialmente assistita attraverso l'ausilio degli organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

L'iniziativa viene presa dal debitore, che può proporre ai creditori un accordo, il cui contenuto è liberamente determinato, non solo attraverso dilazioni, rateizzazioni, eliminazione di interessi e spese, ma anche con la cessione di beni o di crediti futuri, e la possibilità di conferimento da parte di terzi di redditi o beni, salvo i tributi che possono essere solo dilazionati. La proposta di accordo deve essere depositata presso il Tribunale competente territorialmente in base alla residenza del debitore, ed è corredata dagli elenchi dei creditori, dei debiti e dei beni, dalle dichiarazioni dei redditi, dal prospetto delle spese correnti riferite al nucleo familiare, e da una relazione sulla fattibilità del piano. Il Tribunale, valutata l'ammissibilità della proposta, fissa l'udienza di comparizione dei creditori, ne dispone la pubblicità, vietando l'inizio o la prosecuzione di azioni esecutive individuali fino al momento del provvedimento di omologazione dell'accordo. L'accordo è raggiunto se il piano viene approvato da creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti ed il Tribunale, entro il termine di sei mesi dalla presentazione della proposta, omologa l'accordo. L'approvazione non determina novazione e non pregiudica i diritti verso coobbligati e fideiussori. Inoltre, l'accordo può essere annullato su istanza di ogni creditore se è stato dolosamente aumentato o diminuito il passivo o sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo, ed è risolvibile per inadempimento entro due anni dal termine fissato per l'ultimo adempimento previsto.

A differenza dalla procedura prevista per gli accordi di ristrutturazione, nella gestione della crisi da sovraindebitamento il Tribunale ha un ruolo attivo, perché il giudice è chiamato a esaminare nel merito la fattibilità del piano asseverato dall'organismo, anche se non può sostituirsi alla valutazione di convenienza, che spetta esclusivamente ai creditori.

Una ulteriore fase del percorso delle norme sul sovraindebitamento ha corrisposto al tentativo di rendere maggiormente efficaci le norme attraverso alcune modifiche alla l. 3/2012 che sono state inserite nel decreto legge del 18 ottobre 2012 n. 179, convertito dalla legge n. 221 del 17 dicembre 2012, ed hanno innovato notevolmente il testo precedente.

Si è voluto procedere dando maggiori possibilità di riuscita all'accordo, con un abbassamento del tetto per il raggiungimento dell'accordo, dal 70% al 60% dei crediti, prevedendo che non è necessario che i creditori privilegiati siano pagati per intero e, soprattutto, la vincolatività dell'accordo anche per i creditori estranei o dissenzienti, che in base al precedente testo della norma dovevano essere pagati per intero.

Le modifiche hanno comportato, inoltre, una differenziazione della posizione del consumatore rispetto all'imprenditore, introducendo la procedura semplificata del piano del consumatore, che passa direttamente al vaglio del giudice per l'omologazione senza bisogno dell'approvazione dei creditori, a condizione che il debitore non abbia colposamente determinato il sovraindebitamento.

Sulla definizione di consumatore si è fatto riferimento alla definizione dell'art. 3 del codice del consumo: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta.

Inoltre, si è voluto introdurre, in alternativa alla procedura di composizione della crisi, la procedura di liquidazione dei beni che viene aperta dal giudice con la nomina di un liquidatore al quale sono affidate le stesse attività che svolge il curatore nella procedura del fallimento. Sarebbe stato forse opportuna la non alternatività tra il procedimento concordatario e quello liquidatorio per garantire che il cd. "fallimento personale" fosse l'ultima possibilità dopo aver esperito senza successo la via concordataria.

Infine, è stato introdotto il beneficio dell'esdebitazione per il debitore meritevole dopo l'attuazione dell'accordo o la liquidazione dei beni. Con esclusione dei debiti fiscali, obblighi di mantenimento, debiti da risarcimento danni o sanzioni penali e amministrative.

Si tratta di un istituto già presente nel nostro ordinamento (art. 142 f), che corrisponde al principio della "*fresh start*" di tradizione di Common law, del quale poteva avvalersi finora solo la persona fisica che voleva ottenere dal giudice la liberazione dai debiti residui dopo la chiusura del fallimento.

Le novità per il nostro ordinamento, legate all'introduzione della l. 3/2012 sono significative.

Innanzitutto, un parziale superamento del principio della soggezione di tutti i beni del debitore, presenti e futuri, alle azioni dei creditori (art. 2740 c.c.). Ma non si tratta della negazione di un principio di diritto ma del bilanciamento di interessi contrapposti: la tutela dei creditori, da un lato, e le esigenze solidaristiche e di equità sociale, dall'altro.

In secondo luogo è avvenuto il superamento di possibili forme di discriminazione tra debitori. La distinzione tra il debitore-imprenditore sopra e sotto la soglia della fallibilità, e quella tra debitore civile e debitore commerciale. E di riflesso anche della distinzione tra creditori, quelli soggetti e quelli non soggetti alla *par condicio creditorum*.

E se nelle procedure della legge fallimentare l'interesse pubblico perseguito attraverso la fissazione di rigidi paletti procedurali è quello alla tutela del mercato ed al mantenimento delle imprese capaci, nelle procedure di cui alla l. 3/2012 l'interesse pubblico è quello della prevenzione del rischio usura, della povertà e dell'esclusione sociale.

È stata, infine, introdotta una opportuna distinzione tra piccolo imprenditore e consumatore garantendo al primo due tipi di procedure: l'accordo di

composizione della crisi e la liquidazione del patrimonio, ed al consumatore anche una ulteriore procedura definita “piano del consumatore”.

Sempre nell’ottica del riequilibrio dei diritti e dei doveri va ricordato come queste nuove disposizioni introducono un principio di debito responsabile, che va letto ed interpretato in parallelo con il principio del credito responsabile, sancito attraverso la modifica del TUB operata dal d.lgs. 141/2010 che ha inserito, all’art. 124-*bis*, l’obbligo per l’intermediario finanziario della verifica del merito creditizio del cliente.

Gli organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento

I compiti che dovranno assolvere gli organismi, come consulenti dei debitori ed ausiliari del giudice, sono molto rilevanti, e gravi sono le responsabilità che scaturiscono dall’esercizio dei servizi che la legge affida agli organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

L’organismo ha il compito di aiutare il sovraindebitato nella predisposizione della proposta di accordo, deve attestare la fattibilità del piano oppure fare una relazione particolareggiata nel caso della liquidazione dei beni, deve raccogliere la documentazione necessaria, anche mediante l’accesso alle banche dati pubbliche, come l’anagrafe tributaria, nel rispetto delle norme sulla privacy, e deve curare numerosi adempimenti: la pubblicità della proposta, le comunicazioni ai creditori, la raccolta delle adesioni dei creditori alla proposta di piano, una relazione sui consensi, l’eventuale nomina di un liquidatore, la relazione sull’accordo da trasmettere al giudice, il controllo sull’esecuzione dell’accordo e la risoluzione dei problemi che dovessero insorgere durante la fase esecutiva dell’accordo.

Si dovrà porre evidentemente un problema di collegamento, e di corretto rapporto tra prevenzione e gestione delle crisi da sovraindebitamento.

La gestione delle procedure e attività di prevenzione, consulenza e assistenza alle famiglie, devono essere di competenza degli stessi soggetti, o di soggetti che operano in stretto collegamento. Il legislatore ha ritenuto che gli organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento debbano essere pubblici o di rilevanza pubblicistica, prevedendo che debbano essere costituiti dagli enti pubblici, dai Segretariati dei Comuni, dalle Camere di conciliazione delle CCIAA e dagli ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti e dei notai. Si attende, il regolamento ministeriale che indicherà i criteri di iscrizione nel Registro ministeriale che la legge 3/2012 ha istituito.

Conclusioni

La normativa in materia di sovraindebitamento è sicuramente insufficiente per poter produrre risultati efficaci. E la semplice introduzione del cd. “fallimento personale”, attraverso la procedura di liquidazione dei beni, non rende la nuova normativa più adeguata per i creditori e più utilizzabile dal consumatore-

famiglia, che ha bisogno di assistenza e consulenza per uscire dalla situazione di sovraindebitamento con dignità e con la prospettiva di non rientrarci.

Si presenta forte l'esigenza di misure ordinarie e strutturate, che non siano solo tampone di emergenze particolari, ma che abbiano il chiaro obiettivo di creare strutture e osservatori capaci di analizzare la portata esatta del fenomeno e seguirlo nei suoi sviluppi e di formare le competenze e le professionalità dei soggetti che hanno diretto contatto con le famiglie a rischio di sovraindebitamento. E in assenza di concreti piani di intervento da parte delle istituzioni e degli enti territoriali i professionisti, ed in particolare gli avvocati ed i commercialisti che si riconoscono nell'etica della solidarietà sociale, non possono non sentire sollecitata la propria responsabilità.

Il processo amministrativo: le impugnazioni

Il doppio grado di giudizio, i principi generali
e i mezzi di impugnazione

Parte seconda

Mario Sanino

I termini

Il codice con l'articolo 92 unifica la disciplina dei termini per la proposizione delle impugnazioni, fatta eccezione per i riti abbreviati¹.

I primi due commi della disposizione dettano una disciplina unitaria del termine breve di impugnazione risolvendo i vari dubbi interpretativi sorti in passato con riferimento alla revocazione e all'opposizione di terzo; il terzo comma contiene la previsione generale del cosiddetto termine lungo, attualmente ridotto a sei mesi in ossequio alla modifica dell'art. 327 c.p.c. ad opera della l. 18 giugno 2009 n. 69.

Per quanto riguarda i termini, è stabilito per la proposizione delle impugnazioni un termine breve di sessanta giorni – in luogo di quello di trenta giorni previsto dal codice di procedura civile – per appello, revocazione e opposizione di terzo revocatoria.

¹ A questo punto della trattazione vale la pena fare una breve ma necessaria considerazione sulla nozione del "termine" e sulle accezioni ad essa riferite. Tradizionalmente la disciplina generale sui termini è stata impostata su due ordini di distinzione di cui l'uno riguarda l'origine e l'altro attiene, invece, alle tradizionali ripartizioni dei termini. Con riferimento all'origine, si è soliti compiere una distinzione tra termini legali e giudiziali, dove legali sono quelli stabiliti dalla legge e giudiziali quelli stabiliti dal giudice. I termini possono poi essere suddivisi in perentori e ordinatori: sono perentori quelli entro i quali deve compiersi un determinato atto, la cui inosservanza produce la decadenza da un diritto o la preclusione a compiere un atto processuale. Essi non possono essere abbreviati o prorogati, nemmeno sull'accordo delle parti (cfr. in giurisprudenza sul punto Cons. St., Sez. V, 17 novembre 2009, n. 7166; Cons. St., 24 settembre 2009, n. 5733; Tar Piemonte, Torino, Sez. I, 26 marzo 2010, n. 1609; Cons. Giust. Sic., 05 febbraio 2010, n. 149, tutte in www.giustizia-amministrativa.it); sono, invece, ordinatori i termini che hanno lo scopo di regolare le attività processuali secondo le necessità del normale andamento del processo. L'inosservanza dei descritti termini non produce la decadenza dalla facoltà di compiere l'atto in ritardo né l'inefficacia dell'atto compiuto dopo la scadenza del termine (cfr. in giurisprudenza sul punto *ex multis* Cons. St., Sez. IV, 1 marzo 2010, n. 1178 in www.giustizia-amministrativa.it). Una terza categoria di termini è rappresentata in ultimo da quelli dilatori. In questo caso si fa riferimento a quei termini che devono trascorrere prima che possa compiersi un determinato atto. In dottrina sul punto, per ulteriori approfondimenti si rinvia a F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Manuale di Diritto processuale amministrativo*, Dike, Roma 2011.

Il termine breve decorre dalla notificazione della sentenza.

La notificazione della sentenza fa decorrere il termine di impugnativa anche nei confronti della parte che l'ha effettuata, la quale dimostra di averne avuto conoscenza legale.

La proposizione dell'appello contro una sentenza non notificata, equivalendo alla conoscenza legale della sentenza stessa da parte dell'appellante, fa decorrere il termine breve per l'eventuale ulteriore impugnazione.

L'art. 92, analogamente a quanto previsto per il processo civile, pone la distinzione tra impugnazione ordinaria e straordinaria per l'identificazione del momento dal quale far decorrere il termine di impugnazione.

Nel caso di appello, revocazione ordinaria (art. 395, commi 4 e 5 c.p.c.) e ricorso in Cassazione, infatti, il termine decorre dalla notificazione della sentenza; nel caso di revocazione straordinaria (art. 395, commi 1, 2, 3 e 6 c.p.c.) e opposizione di terzo (art. 108 comma 2), il termine di sessanta giorni decorre dal giorno in cui è stato scoperto il dolo o la falsità o la collusione o è stato recuperato il documento o è passata in giudicato la sentenza che accerta il dolo del giudice che ha adottato la decisione (art. 395 c.p.c.).

L'art. 92 ha altresì disposto sul termine di impugnativa di sessanta giorni per l'opposizione di terzo, la cui disciplina di dettaglio è stata elaborata dalla giurisprudenza, in quanto detto istituto è stato introdotto dalla sentenza additiva della Corte Costituzionale del 17 maggio 1995 n. 177.

In difetto della notificazione della sentenza, per l'appello, la revocazione di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395 c.p.c. e il ricorso in Cassazione è attualmente previsto, come già evidenziato (v. *supra*), in ossequio all'art. 327 c.p.c., un termine lungo di 6 mesi, decorrenti dalla pubblicazione (e non dalla comunicazione) della sentenza.

Ai sensi dell'articolo 328, co. 3, c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo per effetto del rinvio esterno recato dall'articolo 39 del codice, laddove nei sei mesi dalla data di pubblicazione della sentenza si verifica alcuno degli eventi interruttivi di cui all'art. 299 c.p.c., il termine lungo per appellare è prorogato di sei mesi dal giorno dell'evento, per tutte le parti.

La norma risulta però di difficile applicazione, posto che per l'articolo 92, co. 3, del codice il termine di sei mesi dalla pubblicazione della sentenza determina la decadenza dal diritto ad impugnare. Sicché la circostanza qui tipizzata può operare solo in relazione alle sentenze per le quali – grazie alla inglobazione del periodo di sospensione *ex art. 54 co. 2 cod.* – abbiano un termine lungo di impugnazione di sei mesi oltre i 45 feriali.

Problematiche concernenti il termine per la proposizione della impugnazione

In difetto della notificazione della sentenza, per l'appello, la revocazione di cui ai numeri 4 e 5 dell'art. 395 c.p.c. e il ricorso in Cassazione è attualmente previsto, in ossequio all'art. 327 c.p.c., un termine lungo di 6 mesi, decorrenti

dalla pubblicazione (e non dalla comunicazione) della sentenza². Il termine lungo stabilito in 6 mesi dal comma 3 dell'art. 92, recepisce, come si è detto, quanto previsto nel rito civile dall'art. 327 c.p.c., nel testo modificato dall'art. 46, comma 17, l. 18 giugno 2009, n. 69 (che ha ridotto a sei mesi il termine di un anno previsto nel testo originario), secondo cui indipendentemente dalla notificazione, l'appello, il ricorso per cassazione e la revocazione per i motivi indicati nei numeri 4 e 5 dell'articolo 395 non possono proporsi decorsi sei mesi dalla pubblicazione della sentenza³.

Come noto, anteriormente alla riforma del 2009 del processo civile il termine per l'impugnazione era di un anno dalla pubblicazione della sentenza ai sensi dell'art. 327 c.p.c.; tale termine è stato applicato in via analogica e in virtù dell'evoluzione giurisprudenziale⁴ alle impugnazioni delle sentenze amministrative.

Detta disciplina, in data 4 luglio 2009 con l'entrata in vigore della l. 18 giugno 2009 n. 69 sulla riforma del processo civile è stata modificata e il termine "lungo" per l'impugnazione è stato stabilito in 6 mesi (art. 327 c.p.c.).

La nuova disciplina, ai sensi dell'art. 58, comma 1, l. n. 69 del 2009, si applica ai giudizi civili instaurati dopo l'entrata in vigore (4 luglio 2009) della legge.

Tale norma è stata ritenuta applicabile anche al processo amministrativo, ancor prima che il codice con l'art. 92 la recepisce formalmente.

² In generale sui termini processuali e sull'attuazione nel processo amministrativo dei principi fissati con il codice di procedura civile per approfondimenti e studio della disciplina vigente si rinvia a Cons. St., Sez. V, 31 maggio 2011, n. 3252, in www.giustizia-amministrativa.it. Il Supremo Consesso amministrativo con la sentenza richiamata si sofferma sui seguenti temi: individuazione dei criteri di computo dei termini del processo amministrativo; principi e rapporti con il codice di procedura civile; rinvio al codice di procedura civile; *ratio* e fondamento della norma contenuta nell'art. 39, co. 1, del c.p.a.; deposito tardivo delle memorie.

³ Per giurisprudenza consolidata il termine lungo per l'appello non può essere mai superato. Tale regola vale anche nel caso in cui la parte vittoriosa abbia notificato la sentenza in prossimità della scadenza del semestre. Tale notifica, infatti, non produrrà l'effetto di prorogare il termine lungo, con la conseguenza che l'appello al Consiglio di Stato proposto dopo lo spirare del termine lungo è inammissibile per tardività (in giurisprudenza sul punto si v. *ex multis* Cons. St., Ad. Plen., n. 20 del 1979 in www.giustizia-amministrativa.it).

⁴ Con la sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 1979, n. 17, in *Giust. civ.*, II/1979, p. 290, si stabilì che per l'appello avverso le sentenze dei Tar il termine lungo dovesse essere di un anno, decorrente dalla pubblicazione della sentenza, mutuato dal processo civile. Si ritenne, infatti, che nel processo amministrativo trovava applicazione il termine annuale di decadenza stabilito dall'art. 327 c.p.c., con la proroga di 45 giorni per il periodo feriale. In particolare, si ritenne applicabile l'art. 327 c.p.c. in considerazione della sua piena compatibilità con il sistema della giustizia amministrativa. Infatti, la disciplina del giudizio amministrativo, ispirata alla più rapida e veloce definizione dello stesso, si concilia con la *ratio* dell'art. 327 c.p.c., volta a circoscrivere nel tempo la facoltà d'impugnazione delle sentenze, indipendentemente dalla loro notificazione, per garantirne l'immutabilità e dare così certezza e stabilità ai rapporti giuridici definiti in via contenziosa.

Per ulteriori approfondimenti sul punto si rinvia a R. DE NICTOLIS, *I termini nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Al termine semestrale devono ritenersi estensibili le conclusioni cui era pervenuta la giurisprudenza del giudice amministrativo in ordine al computo di detto termine, anche nel periodo di sospensione feriale di cui all'art. 1, l. 7 ottobre 1969, n. 742 (oggi art. 54, comma 2) che quindi va calcolato in aggiunta.

Ai sensi del successivo art. 95, entro il predetto termine di sessanta giorni (o di sei mesi) la notifica del ricorso deve essere fatta a pena di inammissibilità ad almeno una delle parti interessate a contraddire, salvo, se più sono i controinteressati, l'estensione del contraddittorio su ordine del giudice e nel termine (perentorio) dallo stesso assegnato, pena l'improcedibilità del ricorso ex art. 35 (pronunce di rito), comma 1, lett. c) (v. anche art. 95).

La disposizione di cui al comma 3 non trova applicazione se la parte, che non si era costituita in giudizio, dimostri di non aver avuto conoscenza del processo a causa della nullità del ricorso o della sua notificazione.

Tale previsione inserisce nel codice amministrativo una disposizione analoga all'art. 327 comma 2 del codice di rito, proprio tenendo conto della giurisprudenza amministrativa che, aveva, del resto da tempo affermato l'applicabilità al processo amministrativo della disposizione dell'art. 327, comma 2, c.p.c.

Applicando i principi elaborati dalla Suprema Corte in ordine all'art. 327 c.p.c., deve ritenersi che la parte che invoca l'applicazione dell'art. 92, comma 4, debba provare non solo l'esistenza della nullità ma anche la mancata conoscenza del processo, per la quale, tuttavia, la Suprema Corte ammette presunzioni semplici⁵.

⁵ Sul punto in giurisprudenza si v. *ex multis* Corte di Cassazione Civile, Sez. lavoro, 16 aprile 2008, n. 9989 in *Leggi d'Italia*, secondo cui il primo comma dell'art. 327 c.p.c. (che fissa il termine dell'anno – oggi 6 mesi – dalla pubblicazione della sentenza per la proposizione dei mezzi di impugnazione ordinari indipendentemente dalla notificazione), analogicamente applicabile anche al di fuori delle situazioni di contumacia e nei giudizi che iniziano con ricorso, non trova applicazione quando il contumace dimostri di non avere avuto conoscenza del processo per nullità della notificazione della citazione, incombendo sulla parte, in detta ipotesi, solamente l'onere di fornire la prova della nullità e dovendosi, per contro, escludere la necessità di dimostrare la non conoscenza del processo a causa della nullità della notificazione stessa, poiché tale vizio, salvo prova contraria, è tale da impedire alla parte di acquisire la notizia dell'esistenza del giudizio e dà luogo ad una presunzione di non conoscenza; ne consegue, pertanto, che, in tal caso, spetta a chi eccepisce la tardività l'onere di provare che la controparte abbia avuto, nonostante la nullità, detta conoscenza di fatto. Sempre la Suprema Corte di Cassazione sul punto con la sentenza n. 10038 del 25 maggio 2004 pronunciata dalla Sezione Lavoro (in *Leggi d'Italia*), fornisce ulteriori elementi da tenere in debita considerazione ai fini della declaratoria ammissibilità/inammissibilità dell'appello proposto oltre i termini prescritti dalla legge. In particolare, la Suprema Corte afferma che in tema di decadenza del convenuto contumace dal diritto di impugnazione, per decorrenza del termine annuale (oggi 6 mesi) stabilito dall'art. 327 c.p.c., qualora in esito all'indagine istituzionalmente riservata al giudice di merito, il cui apprezzamento non è suscettibile di esame in sede di legittimità, se non per vizio di motivazione, venga accertato in base alle circostanze del caso concreto (anche d'ufficio, in considerazione della natura pubblicistica

L'appello avverso le ordinanze

L'ultimo comma dell'art. 92 sancisce l'appellabilità delle ordinanze cautelari che «in modo esplicito o implicito» hanno deciso anche sulla competenza (art. 62)⁶. L'appello deve essere proposto nel termine di trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza o di sessanta giorni dalla sua pubblicazione ex art. 62, comma 1.

Invece la sentenza che in modo implicito o esplicito pronuncia sulla competenza è appellabile nei termini ordinari di sessanta giorni o sei mesi.

In buona sostanza, in sede di approvazione definitiva, all'art. 92 è stato aggiunto un apposito capoverso diretto a sancire l'appellabilità delle ordinanze cautelari che «in modo esplicito o implicito» abbiano deciso anche sulla competenza.

In tal modo, il legislatore delegato ha inteso prendere una chiara posizione in ordine ai problematici rapporti tra tutela cautelare e questioni di competenza.

Con tali modifiche, il legislatore delegato ha implicitamente codificato il principio, opposto a quello già propugnato dalla giurisprudenza anteriore alla l. n. 205 del 2000, secondo cui il Tar incompetente non può accordare la tutela cautelare, ma deve investire della questione di competenza il Consiglio di Stato, sempre che non ritenga di emettere direttamente, ai sensi dell'art. 16, comma

della decadenza medesima) che, nonostante la nullità della citazione o della sua notificazione, il convenuto abbia avuto comunque conoscenza del processo, l'inutile decorso del termine annuale comporta l'inammissibilità dell'impugnazione. Conforme Corte di Cassazione, Sez. III, 29 maggio 2003, n. 8622 in *Leggi d'Italia*, laddove si precisa che il convenuto rimasto contumace, anche a seguito di vizi che eventualmente possono comportare la nullità della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio, decade dal diritto di impugnazione per l'inutile decorso del termine annuale (oggi 6 mesi) di cui al primo comma dell'art. 327 c.p.c., con conseguente passaggio in giudicato della sentenza, qualora si accerti che, nonostante la nullità della notificazione, egli abbia avuto comunque conoscenza del processo, ed il termine sia decorso con inizio non già dalla data di pubblicazione della sentenza, bensì dal giorno della detta conoscenza. Nel caso di specie la Suprema Corte di Cassazione ha analizzato un caso riguardante un'azione di risarcimento danni da incidente stradale pronunciata nei confronti del convenuto contumace che ne aveva avuto conoscenza nel momento in cui la società assicuratrice aveva proposto nei suoi confronti azione di rivalsa.

⁶ Per ulteriori approfondimenti sul tema della competenza in generale si rinvia a A. POLICE, *La competenza*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino 2003; R. DE NICTOLIS, *La competenza per territorio, materia e grado del giudice amministrativo. Il regolamento di competenza*, in F. CARINGELLA - R. DE NICTOLIS - R. GIOVAGNOLI - V. POLI (a cura di), *Manuale di giustizia amministrativa*, Dike, Roma 2008; A. POLICE, *Il regolamento di competenza*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano 2005; M. MADDALENA, *Funzione di filtro del t.a.r. nel regolamento di competenza e irrilevanza dei vizi della deliberazione sommaria nella trasmissione degli atti al consiglio di stato*, in *Corr. merito*, 2005, P. 1; N. CORSARO, *Processo amministrativo: rapporti tra regolamento di competenza e tutela cautelare*, in *Foro amm. CdS*, 2004, p. 2307; L. CARBONE - L. LO MEÒ, *Regolamento di competenza e ricorsi per il risarcimento in forma specifica o per equivalente*, in *Corr. giur.*, 12/2004, P. 1570; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, Torino 2003, pp. 782 ss.

2, un'ordinanza con cui rileva d'ufficio la propria incompetenza indicato il Tar competente.

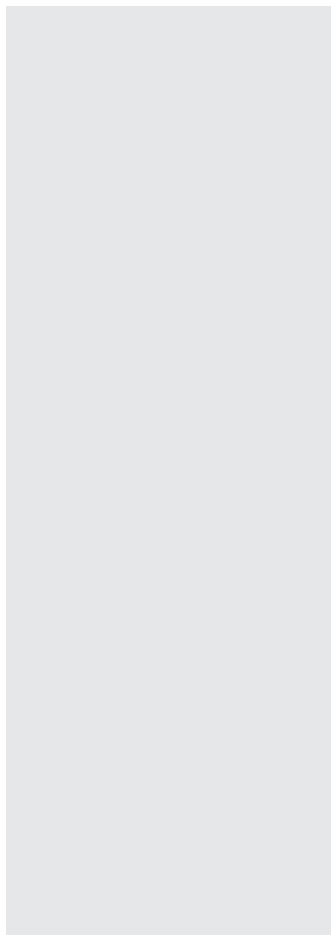
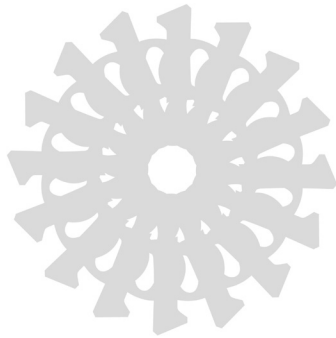
Ai sensi dell'articolo 92 del codice del processo amministrativo può essere impugnata la pronuncia esplicita o implicita sulla competenza prodotta in sede cautelare, in virtù del fatto che è precluso al giudice di provvedere sulle istanze cautelari ove non possa contestualmente affermare la propria competenza per il merito.

Nel tentativo di tracciare una linea di demarcazione tra la pronuncia esplicita e la pronuncia implicita sulla competenza si può dire che nella prima ipotesi (pronuncia esplicita) il Giudice adito afferma ai fini decisori ovvero interlocutori la propria o l'altrui competenza a conoscere la questione per cui si controverte, argomentando in maniera puntuale sulla questione; nella seconda ipotesi, invece, il tema della competenza non è trattato in modo chiaro e rigoroso e, pertanto, occorre esaminare il contenuto della pronuncia con il fine di comprendere se le conclusioni alle quali il Giudice adito è giunto hanno avuto o meno come presupposto una decisione sulla competenza.

Il tema dell'individuazione in una pronuncia del contenuto implicitamente decisorio sulla competenza è stato affrontato negli anni dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione in virtù di una ben chiara esigenza: non protrarre nel tempo i dubbi su di un tema come quello sulla competenza trattandosi di questione preliminare alla trattazione del merito. Sul punto si segnala l'importante posizione assunta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che con la sentenza n. 2715 dell'8 febbraio 2010 hanno precisato che nel caso in cui il giudice di primo grado si sia pronunciato sul merito della controversia, affermando, anche implicitamente, la propria giurisdizione e le parti abbiano prestato acquiescenza, non contestando la relativa sentenza sotto tale profilo, non è consentito al giudice di appello rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione, trattandosi di questione ormai coperta dal giudicato implicito.

Per una tesi diversa, sposata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel 2005 (prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo) con la sentenza n. 6 del 15 settembre, se il giudice di primo grado non abbia espressamente statuito sulla giurisdizione, è consentito all'organo giurisdizionale di appello – anche in difetto di specifico gravame sul punto – di ritornare *ex officio* sulla questione di giurisdizione (implicitamente) risolta in prime cure, valutando se può o meno ritenersi sussistente la giurisdizione riconosciuta dal Tar.

CULTURA E PROFESSIONE



La 'ndrangheta fra dire e non dire

Ivana Azzalini

«Quando non parli mai, non sbagli mai»¹, «Quelli son cristiani, quando non parlano sono cristiani»². Attraverso riflessioni e conversazioni degli appartenenti alla 'ndrangheta, Nicola Gratteri e Antonio Nicaso in *Dire e non dire. I dieci comandamenti della 'ndrangheta nelle parole degli affiliati*, raccontano la mafia calabrese, che si esprime soprattutto attraverso parole velate e silenzi, un silenzio che per i mafiosi è metafora di dignità e forza: «Quando parli, ti raccomando, parla piano e conciso senza gesticolare e farti prendere dall'euforia. Ti dico questo perché chi usa questi atteggiamenti è simbolo di serietà e posatezza»³. Oltre a documentare abilmente come è strutturata questa particolare organizzazione di tipo mafioso, quali sono le sue dinamiche, gli interessi economici e le modalità in cui investe i capitali, gli autori rivolgono l'attenzione a quello che gli affiliati dicono e non dicono, a ciò che questa forma di comunicazione sottintende o presuppone. «Conosci don Peppino Montalbano? Lo conosco, lo servo e lo indosso fino all'ultimo sangue»⁴: secondo un collaboratore di giustizia sarebbero queste, domanda e risposta, le formule che verificano e attestano l'appartenenza alla 'ndrangheta. Ed è sempre attraverso parole, esplicite o implicite, e attraverso riti e cerimoniali che emergono le capacità relazionali degli 'ndranghetisti: «Le relazioni sociali costituiscono la spina dorsale del potere mafioso, senza di esse la 'ndrangheta sarebbe come il caffè senza la caffeina»⁵, «a tavola tutto si divide e tutto si discute»⁶, «al termine di una mangiata a base di spaghetti al sugo di 'nduja, viene eletto per alzata di mano il nuovo mastro generale della Lombardia»⁷.

Il contesto socioculturale – in cui questa organizzazione è nata e in cui prospera – la mentalità criminale e gli eventi linguistici, che in essi si realizzano, sono aspetti intimamente legati tra di loro. Da profondi conoscitori della giurisdizione e della cultura del territorio, gli autori – consapevoli di intraprendere un percorso assai difficile – affrontano la mafia da una prospettiva “interna”, attenta e genuina. E se, da un lato, appare evidente l'impegno per la lotta alla

¹ N. GRATTERI - A. NICASO, *Dire e non dire. I dieci comandamenti della 'ndrangheta nelle parole degli affiliati*, Mondadori, Milano 2012, p. 37.

² N. GRATTERI - A. NICASO, *op. cit.*, p. 165.

³ N. GRATTERI - A. NICASO, *op. cit.*, p. 181.

⁴ N. GRATTERI - A. NICASO, *op. cit.*, p. 162.

⁵ N. GRATTERI - A. NICASO, *op. cit.*, p. 70.

⁶ N. GRATTERI - A. NICASO, *op. cit.*, p. 89.

⁷ N. GRATTERI - A. NICASO, *op. cit.*, p. 92.

'ndrangheta, dall'altro si intravede un sentimento di passione per la terra di appartenenza e, allo stesso tempo, di indignazione per la mancanza di una adeguata coscienza di reazione civile: «Il futuro dipende dal dovere civile della denuncia e dall'obbligo sociale della conoscenza»⁸.

Numerosissimi sono gli esempi che testimoniano il fatto che una valutazione in astratto di determinate espressioni – in dialetto e in lingua – non servirebbe a coglierne la reale portata semantica che, in tali contesti, diventa essenziale. Indagare una realtà tanto complessa, con una lingua oscura e implicita – specchio della cultura, ma anche creatrice essa stessa di nuovi concetti criminali – comporta non solo elevate capacità investigative, ma anche conoscenza dei contesti, competenza linguistica e comunicativa, comprensione del significato socialmente condiviso delle parole o, addirittura, dei silenzi.

A tale proposito, si impongono alcune riflessioni che riguardano la dimensione pragmatica del linguaggio: l'influenza delle parole sul contesto e l'influenza del contesto sulle parole. Le parole hanno il potere di descrivere la realtà, ma anche di modificarla tramite atti linguistici che spesso hanno la forza di vere e proprie azioni. Ne è un esempio, nel testo, la minaccia: «Ti strappo i coglioni e te li metto in bocca. Tra un'ora devi essere qua, un'ora, che vengo a casa e ti faccio a pezzi. Tra un'ora devi essere qua con i soldi in mano»⁹. Il parlare ha certe caratteristiche che lo accomunano a un'azione concreta: con la minaccia, che qui non è rozza metafora, si esprime l'intenzione di agire e produrre un cambiamento nella realtà. Chi viene minacciato si sentirà leso come se avesse subito un'aggressione fisica e chi minaccia cercherà di tener fede a ciò che ha detto, potendo di fatto cambiare la realtà. Il contesto, a sua volta, deve avere dei riferimenti affinché una frase acquisti significato, cioè il contenuto di un'espressione deve trovare nel contesto delle condizioni di verità e delle conoscenze condivise. Non è un caso che gli stessi uomini d'onore tendano a volte a marcare espressioni e modi di fare proprio per rientrare in quei *cliché* e modelli di riferimento che la letteratura, il cinema, i luoghi comuni hanno creato, esasperandoli, con l'intento di rappresentare le caratteristiche del mondo mafioso e nei quali, peraltro, il criminale si vuole identificare.

Di particolare rilevanza è anche la comprensione puntuale del significato delle parole (dialettali e di lingua), che può variare in base a molteplici fattori e che può sfuggire per la mancata condivisione di repertorio linguistico, cultura, mentalità, conoscenze, esperienze. Un esempio interessante è dato dal verbo siciliano “annacarsi”, di non facile comprensione per chi siciliano non è e allo stesso tempo insidioso a causa dei diversi significati che ha assunto nella sua stessa cultura. “Annacare” – derivato dal lat. *naca* “culla” – è attestato con il significato etimologico di “cullare” anche nei dialetti calabresi, lucani, pugliesi

⁸ N. GRATTERI - A. NICASO, *op. cit.*, p. 5.

⁹ N. GRATTERI - A. NICASO, *op. cit.*, p. 185.

e salentini, ma nel siciliano si presenta anche nella forma riflessiva “annacarsi” con il significato di “dondolarsi, muoversi in modo ondulatorio, camminare ancheggiando” e viene spesso usato per descrivere l’atteggiamento dei mafiosi che ostentano sicurezza, che si compiacciono di se stessi, che si danno un tono. Una valenza metaforica, quindi, volta a descrivere sia l’atteggiamento vanitoso di chi sente di contare nella società sia l’atteggiamento di politici e burocrati, che danno l’idea di muoversi spostandosi il minimo. Paradossalmente, il verbo può significare anche il contrario: in alcune zone della Sicilia, infatti, con “annacarsi” si intende “sbrigarsi”, “affrettarsi”. Come sottolinea già Andrea Camilleri nel suo libro *Il gioco della mosca* (Sellerio, Palermo 1995), questo stesso verbo – assunto a simbolo di sicilianità anche nel romanzo *L’arte di annacarsi* di Roberto Alajmo (Laterza, Roma-Bari 2012) – si specializza semanticamente se riferito a una donna: «È universale convinzione che una donna che *si annaca* tutta nel camminare, pubblicamente proclama la sua scarsa serietà»¹⁰ o, ancora, se usato transitivamente: «Io domandai un favore al sindaco e lui mi *annacò* per un anno senza concludere: mi illuse, mi cullò nella speranza, in definitiva, mi prese in giro», «In ogni caso di *annacamento*, la palma della vittoria spetta sempre a colui che ha saputo abbindolare l’altro»¹¹. Tornano ancora sulla variabilità semantica di *annacarsi* Tullio De Mauro e Andrea Camilleri nel loro recente e gustoso *La lingua batte dove il dente duole* (Laterza, Roma-Bari 2013, p. 12), in cui discutono dei complessi e variegati rapporti fra dialetto e lingua.

C’è da considerare poi un altro aspetto importante che si riflette sull’interazione linguistica ’ndranghetista: il rapporto tra vittima e carnefice all’interno delle organizzazioni mafiose. Se la società calabrese è già di per sé gerarchizzata, tra vittima ed estorsore, in ambito mafioso, la conversazione si svolge in un clima intimidatorio esasperato che altera il rapporto rendendolo fortemente asimmetrico. I mafiosi «sono convinti, e vogliono convincere, che la responsabilità sia della vittima e non di chi è costretto a premere il grilletto»¹² e dai dialoghi emerge la brutale violenza psicologica del carnefice nei confronti della vittima: «Ascoltami... te lo dico veramente con il cuore, vieni a chiudere i conti [...]. Vi faccio a fettine a te, a tuo padre, a tua madre, a tuo fratello. Sul serio... ti ammazzo come un cane»¹³. Come è noto, infatti, l’interlocutore-carnefice non rappresenta mai una singola persona – dalla quale potersi eventualmente difendere e alla quale potersi ribellare – bensì un’associazione intera. Pertanto, l’impossibilità di reazione da parte della vittima appare un male inesorabile: «Gli uomini che entrano nella ’ndrangheta parlano e camminano in modo diverso, si sentono più sicuri, più importanti, sanno di avere alle spalle un

¹⁰ N. GRATTERI - A. NICASO, *op. cit.*, p. 16.

¹¹ N. GRATTERI - A. NICASO, *op. cit.*, p. 16.

¹² N. GRATTERI - A. NICASO, *op. cit.*, p. 33.

¹³ N. GRATTERI - A. NICASO, *op. cit.*, p. 182.

gruppo, un'organizzazione, una famiglia»¹⁴, o ancora: «Una volta che uno entra in un'organizzazione criminale può essere pure un mingherlino, ma da quel giorno si sente un dio»¹⁵.

È ragionevole immaginare che condurre un'indagine sulla criminalità comune – ancorché organizzata – e su un'associazione mafiosa presupponga delle differenze. Non è certo competenza di chi si occupa di studiare la lingua confrontare i differenti strumenti normativi a disposizione degli inquirenti. C'è da chiedersi però quanto la pervasività della cultura del posto nella lingua dell'uomo d'onore renda più complicato distinguerlo, in misura maggiore per i non addetti ai lavori, dal cittadino comune. Qualsiasi criminale, infatti, pur mutuando espressioni e termini dalla lingua e cultura del posto, userà un repertorio che, seppur criptico, sarà funzionale al tipo di delitto che sta commettendo: ogni spacciatore – a prescindere dal luogo dove opera – sarà costretto a contrattare il prezzo o la modalità di consegna della droga. Sarà perlopiù questo che consentirà di identificare il parlante come criminale.

Per riscontrarne invece i caratteri della mafiosità – come il potere intimidatorio o il grado rivestito nell'organizzazione – si dovrà essere nelle condizioni di apprezzare nel linguaggio quelle sfumature che distinguono l'inquinata cultura della “onorata società” da quella del luogo. Se si considerano alcuni valori della cultura calabrese – come, ad esempio, la riservatezza, il concetto di onore e rispetto, l'importanza dei legami familiari, la profonda religiosità – ci si rende conto che molti di questi tratti vengono sfruttati dai mafiosi che, accentuandoli e distorcendoli, li utilizzano per i loro scopi: la riservatezza diventa più facilmente omertà, la religiosità superstizione, il rispetto sottomissione. Osservazioni esperte e illuminanti come quelle degli autori si rivelano, dunque, preziose per smascherare la realtà della 'ndrangheta: «I boss sono interessati alla religione [...]. Per loro i sacramenti sono funzionali al potere [...] hanno un'importanza strategica nel sistema di potere criminale»¹⁶. O come sosteneva Giovanni Falcone: «Conoscendo gli uomini d'onore ho imparato che le logiche mafiose [...] sono in realtà le logiche del potere e sempre funzionali a uno scopo»¹⁷. La 'ndrangheta, spietata e sanguinaria, disposta ad ogni mezzo per la conquista di denaro e potere, si nasconde anche dietro a parole, usanze, abitudini, credenze. E forse l'originalità degli autori sta proprio qui: “ascoltare” ciò che gli affiliati dicono e raccontano e “comprendere” la loro lingua e mentalità senza riportarle al già noto e familiare, poiché la cultura calabrese, seppur a volte «lontana dalla libertà, dalla giustizia e dalla ragione» (Leonardo Sciascia), poco ha da spartire con la realtà ostile di una cultura mafiosa.

¹⁴ N. GRATTERI - A. NICASO, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵ N. GRATTERI - A. NICASO, *op. cit.*, p. 19.

¹⁶ N. GRATTERI - A. NICASO, *op. cit.*, p. 31.

¹⁷ N. GRATTERI - A. NICASO, *op. cit.*, pp. 69-70.

Il valore dei diritti fondamentali

Economia, politica, diritti sociali

Gian Luca Ballabio

«I diritti sociali costano, ma costa molto di più la loro mancata soddisfazione». Questa verità, enunciata e sostenuta fermamente da Luigi Ferrajoli¹, può essere estesa a tutti i diritti umani e fondamentali. È ad essi, infatti, che ci dobbiamo aggrappare saldamente ed affidare fiduciosamente in un momento storico come quello attuale caratterizzato da una dilagante diffidenza verso le istituzioni e dal manifesto timore di ciò che ci riserva il futuro.

Purtroppo, però, constatiamo che nella nostra epoca le ragioni dell'economia si ripercuotono negativamente sulla difesa di tali diritti. È innegabile, infatti, che tra la necessità di tutela di un diritto fondamentale e le necessità della finanza, spesso a soccombere sia la prima.

Fra le cause, complesse e numerose, di questa situazione vi è certamente la crisi della politica. Politica che, come osserva Ferrajoli, «risiede [...] nel ribaltamento intervenuto nel rapporto tra politica ed economia, cioè tra poteri economici e poteri politici di governo: non più i primi subordinati ai secondi e da questi regolati, ma viceversa. Non sono più i governi e i parlamentari democraticamente eletti che regolano la vita economica in funzione degli interessi generali, ma sono i mercati che impongono agli Stati politiche antidemocratiche e antisociali, a vantaggio degli interessi privati alla massimizzazione dei profitti, alle speculazioni finanziarie e alla rapina dei beni comuni e vitali. Questo ribaltamento è dovuto principalmente all'asimmetria fra il carattere ancora prevalentemente statale della politica e del diritto e il carattere globale dell'economia e della finanza. [...] I poteri economici si muovono negli spazi globali, con la rapidità resa possibile dalle tecnologie informatiche, sottraendosi così al governo democratico delle politiche nazionali e ai limiti e ai controlli giuridici degli ordinamenti statali».

La politica non appare più «eteronoma e sopraordinata» all'economia, ma sembra aver sostituito «all'ordine del diritto l'ordine del mercato», abdicando così alla propria funzione di garante e promotrice dei diritti fondamentali. Basti pensare che, nonostante il *crack* finanziario che ha gettato la popolazione mondiale nel baratro di una crisi economica senza precedenti, non si è ancora provveduto ad imporre una «separazione tra banche di risparmio e banche d'affari, nonché del divieto, per le prime, di operazioni speculative».

¹ L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, Il Mulino, Bologna 2013 (N.B. Tutte le citazioni presenti nell'articolo, laddove non diversamente segnalato, sono estratte da questo testo).

Scissione che costituisce una delle riforme urgenti richieste dal c.d. “Rapporto Liikanen”², redatto nel 2012 da un “Gruppo di Alto Livello” guidato dal Presidente della Banca centrale finlandese, Erkki Liikanen, su incarico della Commissione europea.

Da tale studio è emerso l'esistenza di un «sistema bancario ombra, vale a dire un sistema di intermediazione creditizia costituito da entità e attività operanti al di fuori del normale sistema bancario e classificabili in due pilastri essenziali: le entità che si occupano di raccogliere finanziamenti con caratteristiche analoghe ai depositi, di realizzare la trasformazione delle scadenze e/o della liquidità, di consentire il trasferimento del rischio di credito e di usare, direttamente o indirettamente, la leva finanziaria; le attività che potrebbero rappresentare importanti fonti di finanziamento per le entità non bancarie, tra cui la cartolarizzazione, la concessione di titoli in prestito e le operazioni pronti contro termine»³. In parole più semplici, è necessario evitare che le banche utilizzino, per porre in essere operazioni rischiose “in proprio”, le somme depositate dai correntisti poiché in caso di esito negativo di tale speculazione finanziaria le banche restringono i “prestiti” richiesti dalle imprese e dai cittadini, con ripercussioni sulla c.d. “economia reale”.

La crisi del sistema economico è frutto, inoltre, di quelle politiche europee che impediscono «qualunque intervento degli Stati nell'economia dei loro paesi e vietano tutte le restrizioni ai movimenti di capitali, con conseguente libertà di fuga dei capitali all'estero per sottrarsi alle imposizioni fiscali e per accumularsi in forme occulte e incontrollabili. La vecchia Europa dello Stato sociale e interventista nell'economia è così diventata un sistema di economie ancor meno governato e dirigista degli Stati Uniti, che quanto meno dispongono di una Banca centrale con i poteri di tutte le banche centrali del mondo, una fiscalità e un bilancio federale e una comune politica economica».

Anche un altro illustre giurista, in uno dei suoi ultimi scritti⁴, osservava come oggi «la sovranità degli Stati sia una variabile dipendente dal mercato, o meglio, dalle agenzie transnazionali di *rating*, le quali valutano i titoli di debito emessi dagli Stati e ne condizionano la politica finanziaria». E tutti noi sappiamo con quali conseguenze.

Ferrajoli ritiene, inoltre, che stiamo assistendo ad un paradosso: «da un lato, la crescita della povertà, e quindi una restrizione della domanda di beni e servizi, con conseguente contrazione degli investimenti e riduzione dell'occupazio-

² *High-level Expert Group on Reforming the Structure of the EU Banking Sector*, in http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/high-level_expert_group/report_en.pdf.

³ Servizio affari internazionali, Ufficio dei rapporti con le istituzioni dell'unione europea, *Il nuovo pacchetto sull'unione bancaria ne quadro della regolamentazione dei servizi finanziari*, in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00737388.pdf>.

⁴ F. GALGANO, *Il diritto e le altre arti. Una sfida alla divisione fra le culture*, Compositori, Bologna 2009.

zione e nuovo aumento della povertà: dall'altro, la crescita della ricchezza, dirottata però, venendo meno la convenienza degli investimenti produttivi, verso la ben più lucrosa speculazione finanziaria». Non a caso, già nel 2011, l'allora Presidente della Commissione europea sottolineava come «negli ultimi tre anni gli Stati membri, anzi dovrei dire i contribuenti, hanno concesso al settore finanziario aiuti e garanzie per un importo di 4,6 trilioni di euro. Ora il settore finanziario deve sdebitarsi con la società [...] Qualcuno si chiederà perché. Perché? È una questione di equità. Se i nostri agricoltori, i nostri lavoratori e tutti i settori dell'economia, dall'industria all'agricoltura e ai servizi, versano un contributo alla società, anche il settore bancario deve farlo»⁵.

Sappiamo, però, che tale paradosso non potrà essere facilmente superato in un paese come il nostro dove si calcola che siano da «500.000 a un milione le persone che letteralmente vivono di politica. La maggior parte di costoro, come direbbe Weber, non vive *per* la politica, ma solo *di* politica». Ma, d'altronde, come osservava Fromm, «l'egoismo generato dal sistema induce i *leader* ad apprezzare più il successo personale che non la responsabilità sociale»⁶.

Per evitare che i conflitti di interesse, la corruzione e il «malaffare» nelle istituzioni possano avanzare illimitatamente condizionando le scelte relative alla tutela e alla promozione dei diritti fondamentali, alcune delle Costituzioni di c.d. «terza generazione» prevedono dei «vincoli di bilancio», ma non nel significato che ne dà la nostra Carta costituzionale.

La Costituzione brasiliana, infatti, prevede l'imposizione di quote della spesa pubblica da riservare alla soddisfazione del diritto alla salute e del diritto all'istruzione: il 18% del bilancio annuo dell'Unione e il 25% di quello degli Stati e dei municipi deve andare alle spese per l'istruzione, e quote analoghe alle spese per la salute. Grazie a questa straordinaria innovazione, la possibile lacuna delle leggi di attuazione di tali diritti è stata trasformata in un'antinomia, rilevabile e rimediabile in sede giudiziaria; ma, soprattutto, sono state enormemente rafforzate le garanzie primarie dei diritti sociali, vincolate ai minimi di spesa costituzionalmente stabiliti.

Non deve stupire che la scelta del legislatore brasiliano sia ricaduta proprio sul diritto alla salute e all'istruzione. Come ha osservato Amartya Sen lo «straordinario sviluppo economico (n.d.a. della Cina) negli ultimi decenni (n.d.a., è coinciso) con la promozione delle opportunità generata dall'istruzione dalla sanità, del tutto assenti nella Cina Imperiale».

Si è consapevoli che non tutti condivideranno la bontà dell'affermazione di Sen o l'efficacia della disposizione della Costituzione brasiliana, ma si è altrettanto convinti che «poiché la salute e l'istruzione sono stati formulati come

⁵ J.M. DURÃO BARROSO, *Rinnovo europeo - Discorso 2011 sullo stato dell'Unione Parlamento europeo Strasburgo, 28 settembre 2011*, in http://europa.eu/rapid/press-release_SPE-ECH-11-607_it.htm?locale=FR.

⁶ E. FROMM, *Avere o essere?*, Mondadori, Milano 1986.

diritti sociali [...] la loro soddisfazione non è più una concessione politica o peggio paternalistica o caritatevole, bensì un obbligo costituzionale della sfera pubblica; che su essi si basano l'uguaglianza e la dignità delle persone, e perciò il loro senso di appartenenza alla società civile; che la loro soddisfazione, oltre che obbligatoria, deve essere uguale e gratuita; che la loro titolarità, infine, equivale al mutamento dalla nozione stessa di ricchezza, individuale e collettiva, che non equivale più a una somma di beni e diritti patrimoniali ma anche, e forse soprattutto, alla somma dei nostri diritti e beni fondamentali».

Purtroppo, però, le nostre istituzioni, per ignoranza o volontà, non pongono in essere comportamenti adeguati alla garanzia e promozione di tali diritti dimenticando che «i diritti fondamentali si pongono a presidio della vita, che in nessuna manifestazione può essere attratta nel mondo delle merci»⁷.

In Italia, infatti, si verifica un «progressivo abbassamento dell'assistenza sanitaria, parallelamente al venire meno dei suoi caratteri uguali e universali: per la disuguaglianza della sua qualità tra i 21 sistemi regionali, e in particolare tra quelli delle regioni ricche e quelli delle regioni povere; per gli arbitri, gli sprechi e le svariate forme di corruzione generati dall'invasione dei partiti nella designazione dei dirigenti e nella gestione delle ASL; per i tagli alla sanità pubblica e l'introduzione dei tantissimi ticket, i quali, mentre comportano una riduzione pressoché irrilevante dei costi complessivi – meno del 2%, cioè circa 2 miliardi su un totale della spesa sanitaria di circa 109 miliardi di euro l'anno – si risolvono nella monetizzazione delle prestazioni sanitarie, in contrasto con il diritto universale alla salute e al danno dei soggetti più poveri, e nell'enorme peso sui pazienti delle connesse pratiche burocratiche».

Anche il sistema dell'istruzione non è da meno: «l'aggressione alla scuola pubblica e all'università, passate l'una e l'altra dai livelli relativamente alti di 30 o 40 anni fa allo sfascio attuale, documentato dalla crescita dell'analfabetismo, dall'aumento degli abbandoni scolastici, dalla diminuzione dei laureati, dal generale abbassamento intellettuale e culturale, dalla paralisi della ricerca e dalla fuga all'estero dei giovani di maggior talento».

La gravità della situazione emerge anche da tutti i più recenti studi sulla cultura degli italiani: essi sono agli ultimi posti delle classifiche per quanto riguarda la corretta comprensione di un testo scritto o la dedizione alla lettura dei libri. Si pensi che solo la metà degli italiani dichiara di leggere almeno un libro all'anno per motivi non strettamente scolastici o professionali⁸.

Le implicazioni di tali dati non possono essere sottovalutate poiché ad una minore «istruzione» corrisponde un decremento dello sviluppo delle capacità critiche dell'individuo, con conseguente impossibilità di comprendere i fenomeni complessi e le criticità che si verificano nella società.

⁷ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006, p. 38.

⁸ Produzione e lettura di libri in Italia, in <http://www.istat.it/it/archivio/62518>.

La cultura, soprattutto per gli avvocati, serve «a ‘preparare la propria anima’ per divenire validi professionisti»⁹. Professionisti in grado di tutelare i diritti fondamentali e assolvere i doveri e le responsabilità anche nei confronti della comunità umana, poiché «questo è il futuro e difenderlo è il compito etico, culturale e tecnico degli avvocati»¹⁰

La cultura consiste da sempre nella gestione delle scelte umane¹¹.

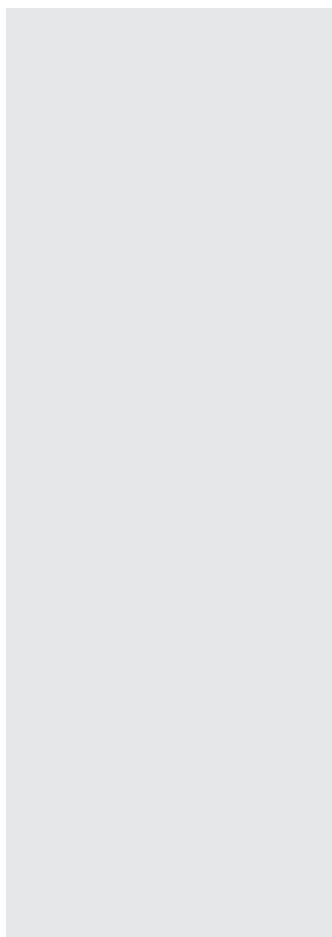
La cultura, quindi, ci impone di scegliere di tutelare i diritti fondamentali, il cui valore è quello di non avere valore.

⁹ S. RACHELI, *Il Progetto-libro della Scuola Superiore dell'Avvocatura*, in *Diritto e formazione*, 2/2011, Futurgest Edizioni, Rovereto (TN) 2011, p. 324.

¹⁰ A. MARIANI MARINI, *I diritti: se non li conosci li perdi. Un codice dei diritti fondamentali per gli avvocati*, in *Diritto e formazione*, 2/2011, Futurgest Edizioni, Rovereto (TN) 2011, p. 161.

¹¹ Z. BAUMAN, *Nascono sui confini le nuove identità*, in http://archiviostorico.corriere.it/2009/maggio/24/Nascono_sui_confini_nuove_identita_co_9_090524040.shtml.

L'AVVOCATURA DEI GIOVANI



No all'espulsione del genitore straniero se lede il diritto alla bigenitorialità

Lucia Politi

Il diritto alla bigenitorialità rappresenta quel interesse giuridico primario del minore a mantenere un rapporto stabile con entrambi i genitori.

In merito al disposto di cui all'art. 31 d.lgs. n. 286 del 1998, in giurisprudenza, si sono formati contrapposti orientamenti circa i suoi criteri di applicazione, creando un *vulnus* di certezza in ordine all'effettività di tutela del bambino straniero soggiornante in Italia¹.

L'oggetto di *querelle* si è concentrato sull'esegesi delle condizioni (*rectius*, gravi motivi) richieste dalla norma al fine di autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare (cittadino straniero) nel nostro territorio a tutela del minore, e la deroga alle altre disposizioni del summenzionato TU relative all'ingresso, al soggiorno ed all'allontanamento degli stranieri dal territorio dello Stato.

Chiosando sull'approccio ermeneutico per così dire "restrittivo" è ragionevole mettere in evidenza come tale orientamento giurisprudenziale sia maturato a seguito di un accoglimento strettamente "sanitario", e quindi altamente tecnico-scientifico, dei gravi motivi *de quo*.

Una recente sentenza della Corte di Cassazione, la n. 9535 del 12 giugno 2012, ha evidenziato, invece, la necessità di porre un'attenzione più penetrante a quegli elementi di giudizio aventi ad oggetto il contesto familiare in concreto; attenzione che manifesta la volontà di accogliere un'esegesi più a "maglie larghe" delle "condizioni" ex art. 31, comma 3., TU immigrazione².

Viene, infatti, evidenziato a chiare lettere nella sentenza in questione che: «in tema di permanenza in Italia di un familiare del minore per un periodo di tempo limitato ex art. 31 d.lgs. n. 286/98, il giudice minorile è per l'effetto tenuto ad accertare pregiudizialmente l'esercizio effettivo da parte dello straniero della funzione genitoriale e se la sua interruzione possa pregiudicare lo sviluppo psico-fisico del minore»³.

¹ *Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*. Nel prosieguo, TU sull'immigrazione, all'art. 31, comma 3, dispone: «Il Tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del presente testo unico».

² Vedi, Cass. civ., sez. I, sent. n. 9535 del 12 giugno 2012.

³ Ex multis: Trib. Min. dell'Aquila, 26 luglio 2000, in *Dir. fam. e persone*, 2001, p. 1493; Trib. Min. di Trieste, 21 giugno 2000; in *Dir. fam. e persone*, 3/2001, p. 139; Trib. Min. di Bologna,

Quindi, circostanze quali: “l’unità e la compattezza del nucleo familiare”, “l’esistenza di un forte senso di radicamento maturato dalla famiglia nei confronti del nostro Paese”, “la buona condotta e gli ottimi risultati scolastici dei figli minori”, sono elementi che dovrebbero indurre gli organi giudicanti a non sposare l’orientamento restrittivo, in considerazione soprattutto della maturata estraneità nei confronti del Paese d’origine da parte dei minori e della seria possibilità di un deterioramento grave delle loro condizioni di vita familiare, qualora il nucleo familiare fosse espulso dal nostro territorio.

Importante attenzione merita la necessità di un equilibrato bilanciamento tra gli interessi ed i valori – apparentemente contrastanti – scaturenti da casi come questi: il diritto alla vita familiare del minore e l’interesse pubblico generale legato all’esigenza di tutela delle frontiere (valore primario di pari rango costituzionale)⁴.

Parte di quella giurisprudenza maggiormente affezionata ad una lettura costituzionalmente orientata ha definito la visione restrittiva dell’art 31 TU immigrazione sicuramente incompatibile con la sistematica delle fonti costituzionali, comunitarie ed internazionali. Al contempo, però, ha evidenziato come il diritto del minore ad avere una sua vita familiare non risulta comunque incompatibile con una contestuale tutela delle frontiere, necessitando al riguardo un reciproco, ragionevole e proporzionato, bilanciamento, per salvaguardare tanto l’interesse pubblico alla sicurezza nazionale, quanto l’osservanza della disciplina dell’immigrazione⁵.

Più nel dettaglio, a livello costituzionale, i diritti del fanciullo sono individuabili nel combinato disposto degli artt. 29 e 30 della Cost., ad etichetta del nucleo familiare quale luogo primario di sviluppo e di crescita del minore, conferente una protezione a tutto campo⁶; a livello sovranazionale il Trattato di Lisbona all’art. 24 riconosce il diritto del minore alla protezione ed alle cure mediche necessarie al suo benessere, o, ancora, risultano molteplici le direttive CE che si occupano di tutelare il ricongiungimento familiare. In definitiva, per-

3 luglio 2000, in *Dir. imm. cittadinanza*, 1/2001, p. 164; Trib. Min. di Bologna, 8 marzo 2000, in *Dir. imm. cittadinanza*, 1/2001, p. 162; App. di Roma, 19 aprile 2004, in *Fam. e dir.*, 2004, pp. 492 ss.; App. di Perugia, 10 aprile 2002, in *Giur. di merito*, 2003, p. 1260; App. di Bari, 31 dicembre 2001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2002, p. 179.

⁴ Cfr. Cass. civ., 25 ottobre 2010, n. 21799.

⁵ La C. Cost. ha, ancor prima dell’emanazione del TU immigrazione, dichiarato più volte l’illegittimità del generale assoggettamento dei diritti del minore e della famiglia al rigoroso rispetto della normativa inerente l’immigrazione.

⁶ Analoga tutela viene fornita al minore concepito ma non ancora nato. Cfr. sent. C. Cost., 27 luglio 2000, n. 376 in cui si evidenzia «l’illegittimità costituzionale dell’art. 17, comma 2, lettera d) della legge 6 marzo 1998, n. 40 (“Disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”), ora sostituito dall’art. 19, comma 2, lett. d) del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, nella parte in cui non estende il divieto di espulsione al marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio».

ciò, questa vasta gamma di diritti astrattamente riconosciuti in capo al minore va adeguatamente controbilanciata dall'organo giudicante con la restante gamma di interessi apparentemente confliggenti di pari rango, privati e pubblici⁷.

Un punto fermo a livello europeo, a sostegno di quanti spingono verso un'interpretazione di tipo estensivo dei "gravi motivi", si riscontra nei precedenti dalla Corte EDU (*ex multis*, sentenza *Boultif*)⁸. Secondo la Corte di Strasburgo, tra i fattori da tenere in considerazione per una corretta valutazione del caso concreto, non possono essere trascurati: la situazione familiare del soggetto da espellere e il suo legame familiare; la presenza di minori nel nucleo familiare; la loro età e l'eventuale successiva nascita di figli nel Paese in cui si chiede di permanere; la gravità dei disagi e delle difficoltà che i figli sarebbero tenuti a sopportare qualora venissero espulsi. Inoltre, il rapporto genitoriale, non meramente biologico, dovrà essere accertato con diligenza al fine di appurare l'effettivo "valore" della figura genitoriale e, quindi, di evitare eventuali speculazioni sulle normali regole dell'immigrazione.

I precedenti giurisprudenziali sullo stesso tema

L'evoluzione giurisprudenziale avente ad oggetto il terzo comma dell'art. 31 del TU sull'immigrazione ha visto, quindi, contrapporsi gli orientamenti dei giudici di merito e quelli dei giudici di legittimità offrendo, a discapito della certezza del diritto, difformi interpretazioni – restrittive ed estensive – della norma⁹.

Con riferimento ad una prima fase evolutiva, i Tribunali per i minorenni e le Corti d'appello accordavano una lettura ampia alla locuzione «gravi motivi connessi allo sviluppo psico-fisico del minore», non limitandone il significato ai meri danni in senso sanitario, ma includendo anche quelli derivanti dalla scolarizza-

⁷ L'esigenza di bilanciamento degli interessi in gioco d'altronde deriva direttamente dall'Unione Europea che, nel dettare le norme e le procedure comuni da applicare all'interno degli Stati Membri ai fini del rimpatrio dei cittadini provenienti da Paesi Terzi e presenti in modo irregolare sul territorio, con la Direttiva n. 2008/115/CE non considera «esclusivo e sempre gerarchicamente superiore l'interesse del minore», ma raccomanda ai Paesi di tenere l'interesse superiore del bambino sempre in debita considerazione. Ancora, la Corte europea di Strasburgo nell'interpretare gli artt. 8 e 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo esclude il carattere assoluto dei diritti del minore ammettendo da parte dei Paesi Membri la possibilità di sacrificarli per far fronte ad esigenze di ordine pubblico e di prevenzione della criminalità.

⁸ Decisione del 2 agosto 2001, *Boultif c. Svizzera*.

⁹ In merito all'orientamento restrittivo si vedano *ex multis*: Cass. civ., sent. 2 luglio 2001, n. 1164, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2002, p. 418; Cass. civ., sent. 19 marzo 2002, n. 3991, in *Arch. civ.*, 2003, p. 98; Cass. civ., sent. 14 giugno 2002, n. 8510, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 479; Cass. civ., sent. 14 giugno 2002, n. 8511, in *Giur. it.*, 2003, p. 29; Cass. civ., sent. 21 giugno 2002, n. 9088, in *Foro it.*, 1/2003 p. 1214; Cass. civ., sent. 14 novembre 2003, n. 17194, in *Foro it.*, 1/2004, p. 2826; Cass. civ., sent. 11 gennaio 2006, n. 396, in *Mass. giur. it.*, 2006, nonce, Cass. civ., sent. 19 febbraio 2008, n. 4197, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8/2008, p. 998.

zione dei figli¹⁰. La Corte Suprema di Cassazione, al contrario, si dimostrava poco incline a concedere al genitore già presente illegalmente sul nostro territorio di restare o – se non presente – di giungervi, chiedendo invece la sussistenza di situazioni di emergenza di natura eccezionale e contingente, non riconducibili a situazioni normali e stabilmente ricorrenti nella crescita del minore¹¹.

Il *revirement* della giurisprudenza di legittimità e della sua apertura verso forme più affini alle pronunce delle Corti di merito, e quindi alle loro interpretazioni estensive, può essere individuato nella sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 22216 del 16 ottobre del 2006¹².

Abbandonando già con la sent. n. 396/2006 la lettura esclusivamente sanitaria dell'art. 31 TU immigrazione – che prendeva in considerazione unicamente situazioni correlate a patologie fisiche e alla necessità di cure mediche aventi ad oggetto la sola salute fisica – con la summenzionata sentenza viene meno anche la necessità dell'esistenza pregressa della patologia in caso di autorizzazione alla permanenza del genitore. Le Sezioni Unite, infatti, pur confermando la necessità della sussistenza dei “gravi motivi” legati a “situazioni appunto eccezionali e contingenti” scindono la norma in due diverse varianti, a seconda che l'autorizzazione sia necessaria ai fini all'ingresso o ai fini della permanenza del genitore irregolare nel nostro territorio.

Nel primo caso l'organo giudicante dovrà verificare l'attualità della gravità dei motivi, nel secondo caso invece il giudice dovrà valutare la sussistenza dell'eventuale pregiudizio che potrà essere sia attuale, sia derivare dall'allontanamento improvviso del familiare, quindi, da una situazione futura. In quest'ultimo caso, l'interpretazione estensiva dell'art 31 TU immigrazione dovrà essere rivolta a tutti quei casi in cui venga dimostrato in giudizio il rischio per il minore di subire, a causa della separazione della figura genitoriale, un trauma, anche solo di natura psichica e indipendentemente dalle sue condizioni di salute, talmente rilevante da comprometterne irrimediabilmente la crescita.

La Cassazione nella sentenza n. 22216 del 2006 si è occupata in concreto di autorizzare la permanenza del genitore nel nostro Paese a causa non solo della minore età del bambino, ma anche e soprattutto per aver accertato la sussistenza del grave pregiudizio che quest'ultimo avrebbe subito dalla perdita improvvisa del genitore (tutelando perciò il c.d. diritto alla bigenitorialità).

¹⁰ In merito all'orientamento estensivo della giurisprudenza di merito si vedano *ex multis*: Trib. Min. dell'Aquila, 26 luglio 2000, in *Dir. fam. e persone*, 2001, p. 1493; App. Roma, 19 aprile 2001, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 492; cfr. dottrina, A. LIUZZI, *Espulsione dello straniero e pregiudizio per il minore*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 492; S. WINKLER, *Minore straniero soggiornante in Italia e interesse all'ingresso dei genitori: una tutela negata*, nota a Cass. 21 giugno 2002, n. 9088, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 25.

¹¹ Per un'interpretazione restrittiva della Cass. antecedente al 2006 si vedano le sentt. Cass. civ., sez. I, n. 8510, del 14 giugno 2002, e n. 17194, del 14 novembre 2003.

¹² Vedi, Cass., sez. un., sent., 16 ottobre 2006, n. 22216, in *Foro it.*, 1/2007, pp. 2713-2715.

Per diversi anni, la giurisprudenza di legittimità, malgrado la pronuncia delle Sezioni Unite, ha continuato a percorrere strade divergenti, ora seguendo l'orientamento estensivo, ora continuando sulla scia del precedente orientamento restrittivo.

Se quindi, da un lato, la Cassazione continuava a ribadire che non poteva «ragionevolmente dubitarsi che, per un minore, specie se in tenerissima età, subire l'allontanamento di un genitore, con conseguente impossibilità di avere rapporti con lui e di poterlo anche soltanto vedere, costituiva un sicuro danno tale da porre in serio pericolo uno sviluppo psicofisico¹³» e che la deroga alle disposizioni contenute nel d.lgs. 286/98 (TU sull'immigrazione) andava individuata «in una incisiva protezione del diritto del minore alla famiglia e a mantenere rapporti continuativi con entrambi i genitori¹⁴»; dall'altro lato, numerose pronunce negavano ancora la possibilità del genitore di permanere nel nostro territorio in mancanza di gravi motivi connessi a situazioni d'emergenza. Per esempio la Cassazione con sentenza n. 5856 del 2010¹⁵ riteneva ancora una volta la tutela del percorso educativo del minore e il diritto a crescere nella propria famiglia cedevoli dinanzi «al più generale interesse della tutela delle frontiere, che si esprime nelle esigenze di ordine pubblico che convalidano il decreto d'espulsione», sostenendo inoltre che non rientrassero nel novero delle situazioni d'urgenza quelle situazioni che possedevano il carattere di tendenziale stabilità, collegate perciò ad un'esigenza ordinaria del minore.

A dirimere i contrasti giurisprudenziali e esplicando così, ancora una volta, la sua funzione nomofilattica, interviene nuovamente la Corte Suprema di Cassazione a Sezioni Unite con sentenza n. 21799 del 25 ottobre 2010, ribadendo l'indirizzo esegetico estensivo intrapreso nel 2006.

La Suprema Corte precisa che l'autorizzazione nei confronti del genitore alla permanenza temporanea nel nostro Paese non dovrà essere rilasciata solo in situazioni di emergenza eccezionali e strettamente collegate alla salute fisica del minore, ma dovrà essere rilasciata anche in presenza di danni psicologici e fisici, obiettivamente gravi, che, tenuto conto della età del bambino, derivino o certamente deriveranno dall'allontanamento della figura genitoriale.

Il giudice, continuano le Sezioni Unite, è tenuto ad accertare in via pregiudiziale il rapporto genitoriale, non necessariamente biologico, che intercorre tra il minore e la figura genitoriale la cui improvvisa assenza provocherebbe un danno psico-fisico irreversibile. La locuzione «gravi motivi», che deroga alla normativa generale, diventa così un ampio contenitore di significati che vanno assegnati dall'organo giudicante volta per volta in base alle circostanze del caso concreto, sfuggendo così a limitanti e statiche aprioristiche accezioni.

¹³ Vedi, Cass. civ., 16 ottobre 2009, n. 22080.

¹⁴ Vedi, Cass. civ., 19 gennaio 2010, n. 823.

¹⁵ Vedi Cass. civ., 2 maggio 2007, n. 10135, e Cass. civ., 19 febbraio 2008, n. 4197.

Considerazioni sulla natura dell'art. 31 TU sull'immigrazione

Tirando le fila del discorso, una più matura e dettagliata lettura dell'art. 31 del TU sull'immigrazione è giunta a noi grazie all'operato – sin qui esaminato – dei giudici della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, che ha permesso di tracciare in maniera più nitida i confini di applicazione della normativa *de quo*.

È, quindi, di fondamentale importanza sottolineare ancora una volta l'apporto offerto dalla sentenza n. 21799/2010 dei giudici di legittimità, che ha chiarito la tipologia di funzione che l'art. 31 è chiamato in astratto ad esplicare: «una funzione di chiusura del sistema di tutela dei minori stranieri, fondata in via ordinaria sull'istituto del ricongiungimento familiare, che apporta una eccezione alla disciplina sull'ingresso e sul soggiorno dello straniero». «In tale logica», proseguono i giudici, «essa attua, completa ed esaurisce il bilanciamento necessario ed equilibrato tra il rispetto alla vita familiare del minore che i pubblici poteri sono tenuti a proteggere e promuovere e l'interesse pubblico generale alla sicurezza del territorio e del controllo delle frontiere, che richiede soprattutto il rispetto delle norme sull'immigrazione da parte dei soggetti ad essa sottoposti».

Il richiamo da parte delle Sezioni Unite alla legislazione generale sul ricongiungimento familiare impone di focalizzare brevemente l'attenzione sulla genesi storica e l'evoluzione di tale normativa, al fine di rendere più chiara la *ratio legis* su cui si fonda l'art 31 TU immigrazione.

A differenza di altri Paesi europei, in Italia già la l. 39/1990¹⁶ disciplinava il ricongiungimento familiare per gli stranieri legalmente presenti sul nostro territorio.

Solo tredici anni più tardi l'UE, con la direttiva 2003/86/CE, formulava dei criteri comuni che tutti gli Stati membri avrebbero dovuto adottare per garantire il ricongiungimento ai familiari dei cittadini provenienti da paesi terzi ma legalmente residenti sul suolo UE.

La direttiva europea, che cristallizza il diritto al ricongiungimento per i figli minorenni della coppia o di uno dei due coniugi, purché non coniugato, nonché dei figli adottivi, veniva così recepita dall'ordinamento italiano integrando le previsioni degli artt. 29 e 30 del TU immigrazione¹⁷ (continuando quindi a subordinare nei due articoli la possibilità del ricongiungimento del minore sempre alla condizione di legalità del permesso di soggiorno del genitore).

¹⁶ L. 28 febbraio 1990 n. 39 di conversione del d.l., 30 dicembre 1989, n. 416.

¹⁷ La dir. è stata attuata dall'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 5 dell'8 gennaio 2007, in G.U. n. 25 del 31 gennaio 2007, in vigore dal 15 febbraio 2007, modificando nuovamente la disciplina del ricongiungimento familiare già precedentemente ritoccata dalla l. 189/2002 che aveva apportato notevoli limitazioni alla possibilità di ottenere il diritto in questione. Ulteriori modifiche saranno poi apportate dal d.lgs. n. 160 del 2008 contenente «modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 5, recante attuazione della direttiva 2003/86 CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare» e dalla l. n. 94/2009 recante «disposizioni in materia di sicurezza pubblica», in G.U. n. 170/2009.

A tutta quella giurisprudenza di legittimità che – anteriormente al 2006 – ha adottato un'interpretazione restrittiva dell'art. 31 sul presupposto che il diritto del minore a crescere ed essere educato nella propria famiglia trovava comunque tutela nell'art. 19¹⁸ TU, concernente il diritto del minore a seguire il genitore espulso, e negli artt. 29 e 30 TU, disciplinanti invece l'istituto del ricongiungimento, è a questo punto possibile muovere diverse critiche.

La prima riguarda il ricongiungimento previsto dagli artt. 29 e 30 TU. Tale istituto riconosce come destinatario di tutela, tra gli altri, il minore, ma il diritto di cui egli è titolare è un diritto subordinato all'esistenza di una situazione giuridica di legalità relativa alla residenza del genitore. Il minore in sostanza è titolare di una situazione giuridica soggettiva condizionata sospensivamente, e quindi meramente potenziale. È perciò la situazione del genitore *a fortiori* ad influenzare negativamente o positivamente quella del figlio e non viceversa, come invece avviene nell'art. 31, comma 3, TU.

Il secondo profilo critico concerne invece le differenze che intercorrono tra l'art. 29 e l'art. 31 del TU, differenze che, appunto, non sembrano essere state prese in giusta guisa dalla giurisprudenza dell'epoca.

La previsione all'art. 29 TU ha per oggetto una situazione di legalità del genitore, l'art. 31 TU, al contrario, è un «istituto *extra ordinem* a favore dei minori» che, in situazioni di irregolarità della residenza del genitore, apporta una deroga alla normativa sull'immigrazione, incidendo positivamente sul ricongiungimento familiare.

L'evoluzione giurisprudenziale ha mostrato la refrattarietà della norma ad un inquadramento rigido e poco flessibile.

Ed infatti, la caratteristica dell'elasticità, che secondo le recenti orientamenti appare ravvisarsi addirittura *in re ipsa*, ha, nel corso degli anni, aiutato gli stessi giudici a dirimere le questioni giuridiche controverse che venivano loro presentate.

Con questa tecnica, ad esempio, viene risolta dalla stessa Corte di legittimità la problematica sulla possibile situazione di irregolarità del minore. Con la sentenza n. 11951 dell'8 agosto 2003, la Corte ha infatti statuito l'applicabilità dell'art. 31 nonostante l'eventuale *status* di «irregolare» in cui possa versare il minore. Questa irrilevanza di *status* trova fondamento nella circostanza che qualora la norma dovesse essere applicata ai soli minori regolari finirebbe per essere una sorta di duplicato dell'art. 29 comma 5 del TU immigrazione¹⁹. L'orientamento della giurisprudenza viene avallato anche dalla dottrina

¹⁸ L'art. 19 c. 2 lett. a, TU immigrazione prevede l'impossibilità di espulsione dello straniero minore di anni diciotto «salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi».

¹⁹ L'art. 29 c. 5 TU immigrazione così recita testualmente: «è consentito l'ingresso per ricongiungimento al figlio minore, già regolarmente soggiornante in Italia con l'altro genitore, del genitore naturale che dimostri il possesso dei requisiti di disponibilità di alloggio e di reddito».

che definisce la scelta interpretativa dei giudici «sicuramente da condividere, sia in base all'interpretazione letterale, sia in base a criteri d'interpretazione sistematica»²⁰.

Spostando, infine, l'attenzione sull'elemento della temporaneità richiesto dalla norma ai fini del rilascio dell'autorizzazione, fonte di innumerevoli perplessità per la vecchia giurisprudenza di legittimità, animata dal timore dei possibili abusi protraibili nei confronti della figura del minore, è da rilevarsi che oggi i giudici statuiscano che la temporaneità dell'autorizzazione non deve obbligatoriamente coincidere con quella riferibile alla situazione di grave disagio o di danno²¹ che eventualmente potrebbe subire il ragazzo ancora non maggiorenne e che invece si intende contrastare.

Nei casi in cui lo stesso sia affetto da una malattia durevole nel tempo o addirittura permanente, i giudici potranno acconsentire al suo soggiorno, rispettando dunque la prescrizione temporale, senza mai permettere che detto provvedimento diventi a tempo indeterminato.

In maniera analoga alcuni Tribunali per i Minorenni risolvono il problema dell'età concedendo²² occasionalmente il permesso di permanenza al genitore il cui figlio minorenni al momento dell'avanzamento della richiesta abbia, durante il protrarsi delle «gravi ragioni», raggiunto successivamente la maggiore età.

È necessario sottolineare che la caratteristica della temporaneità su cui si fonda la norma si dimostra uno dei capisaldi intorno al quale viene disegnata la figura del genitore. In particolare, accesi dibattiti sono sorti intorno alla problematica avente ad oggetto la possibilità del familiare autorizzato di svolgere un'attività lavorativa. L'art. 29 comma 6 del TU immigrazione consente, oggi, al genitore, a cui è stato rilasciato un permesso per l'assistenza del minore, di svolgere attività lavorativa regolare. Allo stesso, al fine di salvaguardare il carattere della temporaneità della norma, viene però negata la possibilità di ottenere una modifica del permesso di soggiorno, ancorata alla nuova situazione lavorativa²³.

Focalizzando l'attenzione sulla necessità di una interpretazione costituzionalmente orientata, appare inevitabile una breve riflessione sull'influenza che le due discipline – dell'immigrazione e del diritto di famiglia – hanno tra di

²⁰ L. LENTI, *Trattato di Diritto di famiglia*, vol. 6, Giuffrè, Milano 2012.

²¹ Vedi in tal senso, Trib. min. Torino, 17 febbraio 2009, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2/2009.

²² In tal senso, Trib. min. dell'Aquila, 7 dicembre 2006, in *Gli stranieri*, 1/2007.

²³ Così testualmente, art. 29, c. 6, TU immigrazione: «Al familiare autorizzato all'ingresso ovvero alla permanenza sul territorio nazionale ai sensi dell'art 31 comma 3, è rilasciato... un permesso per assistenza minore, rinnovabile di durata corrispondente a quella stabilità dal tribunale per i minorenni. Il permesso di soggiorno consente di svolgere attività lavorativa ma non può essere convertito in permesso per motivi di lavoro». A tal proposito, L. MIAZZI, *Possono lavorare o no i genitori dei bambini stranieri autorizzati alla permanenza per gravi motivi?*, in *Min. Giust.*, 4/2006, pp. 174 ss.

loro. La prima, materia di concorrenza tra l'UE e gli Stati membri, e la seconda, tradizionalmente di competenza esclusiva degli ordinamenti nazionali.

Le due macroaree hanno di fatto, soprattutto con il ricongiungimento familiare, interagito tra di loro, condizionandosi ora in modo positivo ora negativo²⁴.

Correlazioni interessanti, infatti, possono rinvenirsi proprio nell'art. 31 TU in cui i diritti del bambino mutano, divenendo da passivi, oggetto di tutela genitoriale, ad attivi, contrassegnati invece dal diritto del fanciullo a crescere all'interno del proprio nucleo familiare²⁵.

Conclusioni

La decisione adottata dai giudici di legittimità nella sentenza n. 9535 del 12 giugno 2012 segue quel filone giurisprudenziale che fin dagli esordi, all'indomani della promulgazione della l. 286/1998, era tipico della giurisprudenza di merito.

Una valutazione ancorata ad un attento bilanciamento degli interessi in gioco non poteva che risolversi, tenendo conto peraltro delle più recenti indicazioni delle Sezioni Unite, in modo favorevole per l'effettiva tutela giurisdizionale, e di riflesso sostanziale, del minore.

²⁴ Vedi L. MIAZZI, *La condizione giuridica dei bambini stranieri in Italia*, in *Min. Giust.*, 3/1999, p. 104, in cui viene sintetizzato al meglio la correlazione che intercorre tra le due discipline definendo la condizione giuridica del minore extracomunitario come «un interessante territorio in cui, come alla foce di un fiume l'acqua dolce e quella salata, si toccano, confondendosi e scontrandosi, due questioni oggi cruciali in Italia: quella dei minori e quella degli stranieri. A seconda dell'evoluzione del contesto culturale e sociale, che come la marea oscilla ora verso il mare ora verso il fiume, a volte l'acqua salata del problema degli stranieri indurisce la legislazione minorile e a volte l'acqua dolce del trattamento dei minori ammorbidisce quello dello straniero».

²⁵ Sul tema, L. LAERA - G. TARZIA, *Il diritto del bambino straniero che si trova in Italia ad avere con se i suoi genitori*, in *Min. Giust.*, 2/2003.

La mancata inclusione giuridica di minori stranieri al diritto di cittadinanza

Silvia Reda

Esistono tante zone grigie dell'Europa e dell'Italia in cui si consuma una contraddizione storica del nostro mondo e ci viene consegnato un interrogativo: come possono coesistere diritti fondamentali con norme che, ignorandoli, li negano?

Dai migranti clandestini internati nei CIE a quelli riconosciuti come rifugiati e poi abbandonati sulla strada, fino ai profughi siriani che approdano a Lampedusa: luoghi dove le persone sono messe a confronto con un'Italia e con un'Europa in cui vanno via via restringendosi gli spazi della cittadinanza.

Ritengo si debba guardare con particolare attenzione alle seconde generazioni e, al loro interno, ai minori stranieri che però stranieri non sono più. Si tratta di bambini e bambine, adolescenti e giovani nati in Italia o arrivati prima dell'inizio della scuola dell'obbligo che costituiscono le avanguardie dei futuri cittadini italiani, esponenti di una generazione di giovani cosmopoliti.

Ad oggi, in Italia sono ormai poco più di 500.000 e rappresentano il 23,9% dei 3.637.724 cittadini non comunitari, una percentuale in aumento rispetto all'anno precedente (21,5%)¹. È questo uno dei temi, controverso e ricco di forti implicazioni politiche e sociali, che interessa le seconde generazioni e che sollecita una riflessione sul riconoscimento giuridico e sociale come cittadini italiani dei figli degli immigrati.

Nell'affrontare il problema non si può prescindere dal considerare le trasformazioni demografiche, socio-economiche e culturali che hanno profondamente cambiato il nostro paese e gli effetti che da esse potrebbero derivare. Numerose esperienze nazionali hanno provato che con le seconde generazioni si compie un passo cruciale e per molti versi irreversibile nel percorso di adattamento reciproco tra immigrati e società ricevente. Il modo in cui le seconde generazioni entrano a far parte della società risulta fondamentale per quelle successive e retroagisce anche su quelle che le hanno precedute².

¹ Rapporto del 31 dicembre 2012 a cura del Gruppo di Lavoro per la Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza (Gruppo CRC), network attualmente composto da 85 soggetti del Terzo Settore, tra cui l'ASGI, che da tempo si occupano attivamente della promozione e tutela dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza ed è coordinato da Save the Children Italia.

² M. DEMARIE - S. MOLINA, *Le seconde generazioni. Spunti per il dibattito italiano*, in M. AMBROSINI - S. MOLINA (a cura di), *Seconde generazioni. Un'introduzione al futuro dell'immigrazione in Italia*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino 2004, pp. IX-XXIII (p. X).

La denominazione di “seconde generazioni” rivela una rappresentazione dei figli di migranti vissuti come stranieri, che ereditano passivamente la condizione migratoria e la storia dei propri genitori³, e nascondendo la condizione sociologicamente rilevante, che pur non avendo scelto la migrazione, i figli di stranieri si trovano a condividere con i propri genitori forme di discriminazione e, a volte, uno *status* sociale derivato dalla traiettoria migratoria di questi ultimi. Il tutto senza alcuna possibilità di definire autonomamente le proprie esigenze di cittadinanza.

In un panorama così variegato si avverte, dunque, l'esigenza di modificare la comune percezione del loro non essere italiani anche attraverso una modifica delle leggi che regolano l'acquisizione della cittadinanza. La legislazione italiana, infatti, ancora basando l'acquisizione della cittadinanza sullo *ius sanguinis* e non sullo *ius soli*, non considera cittadini italiani coloro che nascono e vivono la propria vita in Italia, ma hanno genitori stranieri⁴.

La scelta tra i criteri dello *ius sanguinis* e dello *ius soli* e la portata del dogma della volontarietà nell'acquisto della cittadinanza stanno focalizzando il dibattito politico e scientifico sul tema. I tentativi di riforma di oggi muovono da presupposti completamente diversi, nella prospettiva in cui l'attribuzione della cittadinanza dovrebbe tendere ad assorbire – anticipandolo o risolvendolo – il conflitto sociale che scaturisce dall'esclusione dei non-cittadini. Fra le possibili opzioni regolative volte a riconoscere la cittadinanza allo straniero già socialmente integrato, ovvero, a prescindere dalla verifica dell'integrazione, oppure a conclusione di un percorso di integrazione sociale basato su meccanismi discrezionali o automatici di attribuzione della cittadinanza e su criteri per l'acquisto della cittadinanza a carattere inclusivo (capacità reddituale, svolgimento di ciclo di studi, abitazione, permanenza, percorsi formativi), a prevalere in sede parlamentare è stata finora un'ottica non più “concessoria e quantitativa”, bensì “attiva e qualitativa”.

Nella Relazione di maggioranza che accompagna il testo unificato delle proposte modificative della legge n. 91 del 1992⁵ si assume che l'acquisizione della cittadinanza va concepita non più come esito della permanenza sul territorio

³ Cfr. A. MONCUSI FERRE, *Segundas generaciones. La inmigracion como condicion hereditaria?*. Tale autore, a p. 464, sostiene infatti, riprendendo Delgado (1998), che l'espressione seconde generazioni «socialmente risulta equivoca porque parece indicar que el viaje migratorio se hereda transgeneracionalmente (socialmente risulta equivoca perché pare indicare che il viaggio migratorio si eredita in modo trans generazionale)».

⁴ La legge vigente prevede, infatti, che a coloro che nascono in Italia non venga automaticamente concessa la cittadinanza italiana, ma che «Lo straniero nato in Italia, che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età, può dichiarare di voler eleggere la cittadinanza italiana entro un anno dalla suddetta data (art. 4, co. II). Tale dichiarazione di volontà deve essere resa dall'interessato, all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di residenza».

⁵ I Commissione permanente della Camera nella seduta dell'11 dicembre 2009.

italiano per un determinato numero di anni, ma quale riconoscimento di un'effettiva integrazione: «una cittadinanza basata dunque non su un fatto quantitativo, ma su un fatto qualitativo».

Così, le due proposte di legge di iniziativa popolare da un lato assegnano allo *ius soli*, cioè al diritto di essere cittadini del nostro Paese partendo dal luogo nel quale si nasce e non dalla discendenza di sangue, un ruolo di primario rilievo. La cittadinanza viene inoltre ad essere definita come diritto soggettivo e legittima aspirazione delle persone a partecipare a pieno titolo alla vita della comunità e della città, dopo un periodo di soggiorno legale sul territorio e in tempi ragionevoli. Dall'altro, attraverso il riconoscimento del diritto di voto amministrativo per chi risiede per un periodo congruo (5 anni), si elimina una ingiustizia che rischia di minare il principio del suffragio universale a livello territoriale, impedendo a milioni di persone di partecipare pienamente alla vita della comunità nella quale vivono.

Riprendendo le mosse dal testo fondamentale per la cittadinanza italiana, attualmente in vigore, la legge n. 91 del 5 febbraio 1992, il quadro normativo sulla cittadinanza è completato dai due regolamenti di esecuzione della legge, che stabiliscono le norme attuative dei suoi principi generali, i decreti del Presidente della Repubblica n. 572 del 12 ottobre 1993 e n. 362 del 18 aprile 1994.

La legge n. 91/1992 prevede in sintesi tre modalità per l'accesso alla cittadinanza per chi è di origine straniera: la cittadinanza per nascita, per naturalizzazione, per matrimonio. Ma la questione che qui ci occupa riguarda, in special modo, l'acquisizione della cittadinanza per nascita e naturalizzazione, essendo questi istituti giuridici applicabili ai minori di età.

E, invero, la volontà è quella di introdurre rilevanti differenze nei confronti della normativa attuale, sia per chi nasce in Italia da genitori stranieri, sia per i minori nati altrove e arrivati al seguito dei genitori.

Il percorso giuridico verso la cittadinanza viene concepito, dunque, come diritto soggettivo all'acquisizione della stessa: si tende a definire un rapporto più trasparente tra cittadini e Stato, riducendo al minimo la discrezionalità sulla decisione definitiva che è basata quasi esclusivamente su presupposti definiti e verificabili.

Nella parte in cui la legge n. 91/92 definisce l'acquisizione della cittadinanza per nascita, afferma che è cittadino per nascita chi è nato da cittadini italiani. Se i genitori stranieri sono diventati cittadini italiani, anche il figlio minore convivente è cittadino italiano. Per lo stesso principio dello *ius sanguinis*, se il minore è nato in Italia ma i genitori non sono cittadini italiani, il figlio non acquista la cittadinanza italiana, ma viene iscritto all'anagrafe come straniero. Può diventare cittadino italiano solamente dopo il compimento del 18° anno, ma deve richiederlo entro il termine di un anno e deve essere stato ininterrottamente residente sul suolo italiano.

La proposta di legge riguardante coloro che nascono sul territorio italiano, introduce il principio dello *ius soli*: sono cittadini italiani i nati in Italia che

abbiano almeno un genitore legalmente soggiornante da almeno un anno, il quale ne faccia richiesta. In secondo luogo la proposta di legge stabilisce che sono cittadini italiani coloro che nascono in Italia da genitori stranieri nati in Italia, a prescindere dalla condizione giuridica di questi ultimi: un principio che va a risolvere situazioni paradossali di bambini che pur essendo nati in Italia, da genitori stranieri a loro volta nati in Italia, non solo non hanno la cittadinanza italiana, ma spesso neanche un titolo di soggiorno, costretti a vivere in una condizione di limbo ingiustificabile, una sorta di apolidia familiare che non può essere tollerata in un paese civile.

Nella legge in commento, la naturalizzazione non distingue minori non nativi e adulti: non fa differenza tra i minori non nati in Italia, anche se vi trascorrono la loro infanzia e la loro formazione, e gli adulti. I minori non nati in Italia sono stranieri a tutti gli effetti, sono sul suolo italiano con permesso di soggiorno e a 18 anni per diventare cittadini italiani devono dimostrare dieci anni di residenza legale ininterrotta, con lavoro o studio regolari, come tutti gli altri stranieri. Sono i casi più ricorrenti, compresi molti nati in Italia che non hanno potuto per varie ragioni conservare il vantaggio della nascita e che si vedono equiparati ai tanti migranti stranieri regolari. La legge prevede, invece, la cittadinanza per chi, nato all'estero, può dimostrare la discendenza da cittadini italiani.

La decisione spetterebbe al Viminale e la cittadinanza verrebbe acquistata attraverso una procedura che prevede la domanda al Prefetto, proposta del Ministero dell'Interno e decreto del Presidente della Repubblica. La proposta di modifica verte sullo *ius soli* per minori non nativi e che frequentano una scuola.

Le proposte di legge trattate finora riconoscono un diritto per i tantissimi minori che crescono e vivono in Italia da italiani, un percorso che dà una certezza ai bambini e alle bambine di poter diventare cittadini una volta maggiorenni.

Inoltre, tale proposta di legge intende impegnare i sindaci, quali vertici delle istituzioni più vicine ai cittadini e in base al principio di territorialità, a presentare al Presidente della Repubblica l'istanza di cittadinanza. La domanda inoltre può essere presentata da uno straniero legalmente soggiornante da 5 anni (e non da 10 anni).

Quanto esposto consente di evidenziare la ambiguità e le contraddizioni che rischiano di condizionare le future scelte normative in materia di cittadinanza. Ambiguità si annidano, ad esempio, nella previsione per i minori dell'obbligo di frequentare con profitto scuole riconosciute dallo Stato italiano. Con questa disposizione i proponenti intendono incentivare i processi di scolarizzazione, e quindi di integrazione sociale, dei giovani nomadi e anche porre i minori stranieri in una posizione di parità rispetto ai minori che sono cittadini italiani, non essendo chiara ai proponenti «per quali ragioni a questi ultimi si impone l'obbligo di frequentare le scuole, mentre la stessa previsione non si vuole applicare ai minori che non sono ancora cittadini italiani». Ma si dimentica che

già il d.lgs. n. 76 del 2005 specifica, tra l'altro, che la fruizione dell'offerta di istruzione e di formazione costituisce per tutti, ivi compresi i minori stranieri presenti nel territorio dello Stato, oltre che un diritto soggettivo, anche un dovere sociale ai sensi dell'art. 4 della Costituzione, il cui adempimento è soggetto a controlli e a sanzioni (art. 1, commi 5 e 6). V'è però chi, nel dibattito politico, non condivide l'attribuzione della cittadinanza ai minori, in quanto essendo «tutti i diritti sociali ed economici garantiti sia ai cittadini, sia agli stranieri residenti nel nostro Paese ed essendo solo i diritti politici esclusivamente appartenenti a chi ha la cittadinanza italiana, non avere la cittadinanza italiana non incide su chi non ha raggiunto la maggiore età». Una opinione che si fonda su una malintesa e riduttiva concezione della cittadinanza legale e politica, equiparata alla semplice concessione di diritti elettorali.

Sul tema della cittadinanza si confrontano oggi due diverse posizioni, l'una legata alla difesa della cittadinanza legale, l'altra tendente a darne una lettura inclusiva. Si è cercato di mettere in luce come la cittadinanza tenda oggi a configurarsi quale forma giuridica di una relazione sostanziale tra la persona e la comunità, quale condizione sociale prima che giuridica, che determina l'integrazione e l'assunzione di responsabilità comuni, ribaltando in tal modo la tradizionale prospettiva concessoria.

Si deve infatti ritenere che nel nuovo contesto multiculturale la cittadinanza vada declinata non più in termini di mera difesa dell'identità e dell'appartenenza, ma quale momento di integrazione ed inclusione sociale. Questo obiettivo può essere perseguito promuovendo un processo continuo di integrazione, che consenta di sviluppare sia la dimensione personale dei diritti, sia la dimensione solidale e responsabile dei doveri. Il volto multietnico che la nostra società va assumendo richiede l'individuazione di istituti e strumenti che consentano al non-cittadino di essere integrato nel tessuto sociale anche in vista dell'acquisto formale della cittadinanza legale e di maturare, al contempo, una consapevolezza dei diritti e dei doveri che l'acquisto della cittadinanza legale comporta.

Conoscere i propri diritti è premessa per poterli esercitare. Tra questi strumenti un ruolo particolare è svolto dall'educazione alla cittadinanza. Sebbene l'educazione alla cittadinanza sia rivolta a tutte le persone, differenti sono i contenuti e i metodi nei quali può essere svolta in relazione all'età, alla condizione sociale e culturale, al godimento della cittadinanza legale. Infatti, se i giovani in età scolare sono chiamati a conoscere il patto fondativo della comunità e a sviluppare competenze civiche (educazione al rispetto della Costituzione), i migranti sono chiamati alla condivisione dei valori fondanti della comunità (educazione o formazione per la cittadinanza) e i cittadini adulti sono chiamati a sperimentare processi di accoglienza ed integrazione (formazione all'integrazione). Altro strumento dalle potenzialità inclusive è quello della partecipazione ai processi decisionali pubblici e alle molteplici forme di democrazia partecipativa e deliberativa. In particolare, per gli immigranti l'esperienza della partecipazione favorisce l'uguaglianza sostanziale tra le persone e la condivi-

sone dei valori e delle regole della comunità che accoglie il migrante, anche in vista dell'acquisto della cittadinanza politica. Inoltre, assumono un ruolo decisivo le pratiche sussidiarie di tutela dei beni comuni, ispirate dall'art. 118 ultimo comma della Costituzione, che possono offrire lo spazio per una partecipazione attiva alla vita pubblica.

In conclusione: il rapporto tra inclusione sociale ed acquisto della cittadinanza non è una questione solo di garanzia di diritti, ma di condivisione di valori e di accoglienza nella comunità. In questa prospettiva l'attribuzione *de iure* della cittadinanza sin dalla nascita si pone quale condizione imprescindibile per facilitare e sostenere l'integrazione e l'inclusione, anche e soprattutto nella prospettiva per la quale "i nuovi italiani" sono una risorsa per il nostro Paese che investe e si impegna per la loro crescita e la loro formazione scolastica e professionale⁶.

⁶ Proposta di legge: *Modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 91, in materia di acquisto della cittadinanza presentata il 21 marzo 2013.*

Notizie sugli autori

Ivana Azzalini

Componente del Laboratorio di Linguistica Giudiziaria - LaLiGi di Firenze.

Gian Luca Ballabio

Avvocato in Perugia.

Patrizia Bellucci

Già professore associato di Sociolinguistica e Direttore del Laboratorio di Linguistica Giudiziaria presso l'Università degli Studi di Firenze.

David Cerri

Avvocato in Pisa. Consigliere della Scuola Superiore dell'Avvocatura e professore a contratto presso l'Università degli Studi di Pisa.

Grazia Cesaro

Avvocato del Foro di Milano. Presidente della Camera Minorile di Milano e Responsabile del Settore Internazionale dell'Unione Nazionale Camere Minorili.

Vincenzo Comi

Avvocato in Roma.

Fabrizio Fracchia

Ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università "L. Bocconi" di Milano. Direttore della Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università degli Studi di Pavia e dell'Università "L. Bocconi" di Milano.

Marzia Ghigliazza

Avvocato in Milano. Componente del Gruppo Internazionale dell'Unione Nazionale Camere Minorili.

Alarico Mariani Marini

Avvocato in Perugia. Componente del Consiglio Nazionale Forense e Vice Presidente della Scuola Superiore dell'Avvocatura.

Riccardo Mazzariol

Assegnista di ricerca presso il dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto (DPCD) dell'Università degli Studi di Padova.

Paola Moreschini

Avvocato in Roma.

Lucia Politi

Dottore in giurisprudenza e diplomanda alla Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria.

Silvia Reda

Praticante avvocato del foro di Cosenza.

Federica Resta

Dottore di ricerca in Diritto penale. Funzionario presso il Garante per la protezione dei dati personali.

Mario Sanino

Avvocato in Roma.

Silvia Veronesi

Avvocato in Milano. Componente del Gruppo Internazionale dell'Unione Nazionale Camere Minorili.

Finito di stampare nel mese di maggio 2014
da Tipografia Monteserra S.n.c. - Vicopisano
per conto di Pisa University Press