

CULTURA E DIRITTI

1
2015

CULTURA E DIRITTI

PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista trimestrale • anno IV • numero 1 • gennaio-marzo 2015

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 Amoroso

Progetto grafico di copertina Sergio Mariani Marini, Tommaso Pucci

Numero chiuso in redazione il 30 marzo 2015

Hanno collaborato a questo numero: : Federico Bambi, Amelia Bernardo, Aldo Bulgarelli, Brunella Bruno, Carlo Calvieri, David Cerri, Paolo Doria, Michele Marchesiello, Elisabetta Ferrarini, Alarico Mariani Marini, Andrea Pisani Massamormile, Paolo Moro, Stefano Racheli, Lucia Tria, Raffaella Veniero

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 978-88-6741-550-2

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

Indice

Fuoricampo

- 9 La “buona scuola” per l’avvocato
Cultura e pensiero critico per educare al diritto
Alarico Mariani Marini

Formazione giuridica, formazione forense

- 15 Le fallacie giuridiche nella formazione del giurista
Amelia Bernardo
- 25 L’argomentazione forense come difesa della parte e persuasione del giudice
Paolo Moro

Argomentazione e linguaggio

- 39 Se sia bene applicare le regole della lingua di genere alla lingua del diritto
Federigo Bambi
- 45 La retorica forense come pilastro dell’argomentazione giuridica
Note sparse a margine dell’opera di Maurizio Manzin
Paolo Doria
- 57 Meditazioni in tema di motivazione
Stefano Racheli

Diritti umani e fondamentali

- 65 Migranti, avvocatura e diritti umani
La responsabilità dell’avvocato europeo
Aldo Bulgarelli
- 71 Il sonno della ragione
Per una politica europea dell’immigrazione
Lucia Tria

Etica professionale e deontologia

- 87 La negoziazione assistita da un avvocato nella separazione e nel divorzio:
profili deontologici
David Cerri

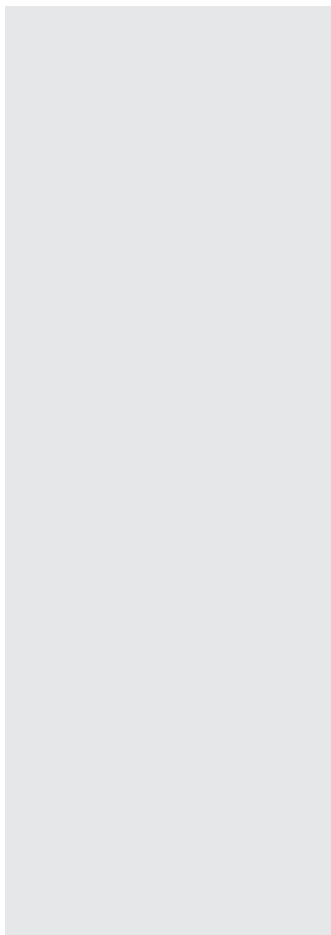
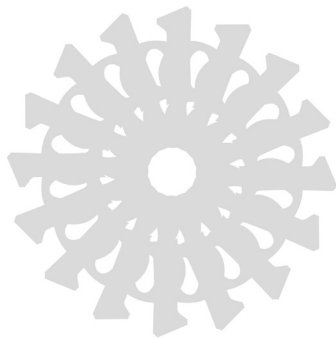
Approfondimenti

- 99 *Jobs Act*: Le norme sul lavoro che cambieranno la vita del Paese?
Carlo Calvieri
- 111 L'arbitrato come strumento di riconoscimento del valore della domanda di giustizia
Andrea Pisani Massamormile
- 121 Per una proposta di semplificazione delle attività della Pubblica Amministrazione
Raffaella Veniero

Cultura e professione

- 135 Legge e giustizia nella *Commedia*. *Diligite iustitiam qui iudicatis terram*
Brunella Bruno e Elisabetta Ferrarini
- 151 Recensione a *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*
di Guido Calabresi
Michele Marchesiello

FUORICAMPO



La “buona scuola” per l’avvocato

Cultura e pensiero critico per educare al diritto

Alarico Mariani Marini

La proposta di inserire il “pensiero critico” nella scuola come disciplina obbligatoria fondata sui principi di Cittadinanza e Costituzione avanzata lo scorso anno dal supplemento culturale di un quotidiano economico, ha promosso una riflessione sempre più ampia sul tema della “buona scuola” e, da questo, su una società nella quale la cultura costituisca un elemento sul quale fondare il “bene comune”.

Un importante contributo al dibattito ha dato Martha Nussbaum, che ha sempre collegato i suoi studi di filosofia antica ad una attenta analisi dei problemi della società contemporanea, e in particolare all’educazione dei giovani. L’obiettivo di una “buona scuola” capace di trasformare la società attuale per la Nussbaum è infatti quello di formare i giovani alla logica e al pensiero critico, perché imparino da cittadini a ragionare con la propria testa, «a preoccuparsi delle ragioni che diamo alle nostre convinzioni, creando una cultura democratica della ragione e dell’argomentazione, piuttosto che dell’autorità...»; un insegnamento che ha origine nella filosofia antica, da Platone e Aristotele, e che ha attraversato più di due millenni di storia del pensiero.

Tuttavia ancora oggi, dopo tanti secoli (anche se si scorgono alcuni segni incoraggianti nella scuola primaria), l’educazione è dominata da un apprendimento passivo nel quale i giovani sono chiamati ad assorbire idee dominanti che non li indirizzano ad una conoscenza fondata su esperienze reali e a pensare liberi dalla autorità e dalla tradizione.

Il confronto si è arricchito di interessanti contributi sulla importanza di educare a costruire un discorso persuasivo fondato su una logica argomentativa che riacquisti l’uso appropriato e funzionale del linguaggio; sulla necessità di ampliare nella scuola gli orizzonti mentali e morali dei giovani e le conoscenze e le riflessioni sui problemi umani, politici ed etici nei quali il cittadino si trova coinvolto; sui pericoli derivanti da un accumulo di conoscenze frammentarie e casuali non assimilate e di esperienze «immagazzinate senza inventario di quel che apprendiamo».

Bisogna far comprendere ai giovani, soprattutto a coloro che nell’università si preparano con difficoltà ad intraprendere una professione intellettuale, che la capacità di argomentare sui dati della realtà, per formulare conclusioni logicamente corrette o comunque confutabili solo con altre argomentazioni, “non è un lusso per filosofi”, ma una vita “pensata”, razionalmente orientata, nella quale non basta sapere le regole, perché queste non servono se non si è appresa la capacità di applicarle.

Da ultimo, al convegno promosso dall'Accademia dei Lincei nel marzo scorso sul tema: Etica della ricerca scientifica. I principi, i problemi, le soluzioni e le incertezze, sono emersi autorevoli contributi per uno sviluppo della cultura quale strumento per la piena attuazione dei valori della Costituzione e per reagire alla involuzione introdotta su questo terreno da una concezione del sapere e della società "eticamente neutra" perché diretta agli obiettivi prioritari dello sviluppo tecnologico e della economia.

Questa premessa, in una rivista della avvocatura, non è fuori luogo.

L'educazione del giovane alla professione di avvocato deve essere infatti impregnata dei valori, delle idee e dei metodi formativi che il dibattito sulla "buona scuola" ha fatto emergere.

Si può dire, senza eccesso, che nelle professioni dell'avvocato e del giudice (anche quest'ultima ancora in parte ancorata ad una passiva applicazione di regole) una formazione come quella descritta è indispensabile per capire ciò che ci circonda, difendere i diritti, combattere l'illegalità e la prevaricazione dei poteri in uno stato di diritto e in una società democratica.

E per questo occorrono le capacità del pensare criticamente e del convincere (più che persuadere secondo la nota distinzione) con gli strumenti dell'argomentazione e del linguaggio.

La nuova legge professionale, nello stabilire l'obbligo di una formazione del laureato in giurisprudenza, ha introdotto per la prima volta nella storia moderna dell'avvocatura lo studio e la sperimentazione delle tecniche dell'argomentazione, del linguaggio, della ricerca e del rigore metodologico del ragionamento.

Non si è trattato di una felice intuizione del legislatore, anche se questi ha avuto il merito in queste disposizioni di avere lasciato intatto il testo della proposta che era stata formulata dal Consiglio Nazionale Forense sulla base delle esperienze compiute con successo in seno alla Scuola Superiore dell'Avvocatura ormai da alcuni anni.

Il problema ora è di raccogliere e di valorizzare nella pratica della formazione forense questi indirizzi, perché non restino regole sterili, sopraffatte dall'irresistibile vocazione a mantenere lo *status quo*, ma rappresentino un varco nel quale immettere le energie, la volontà e l'immaginazione perché l'avvocatura offra un efficace contributo a rendere più giusta, più eguale, meno corrotta e violenta la società in cui viviamo.

Certo, è necessario riflettere anche sul rapporto tra tecnica e professione.

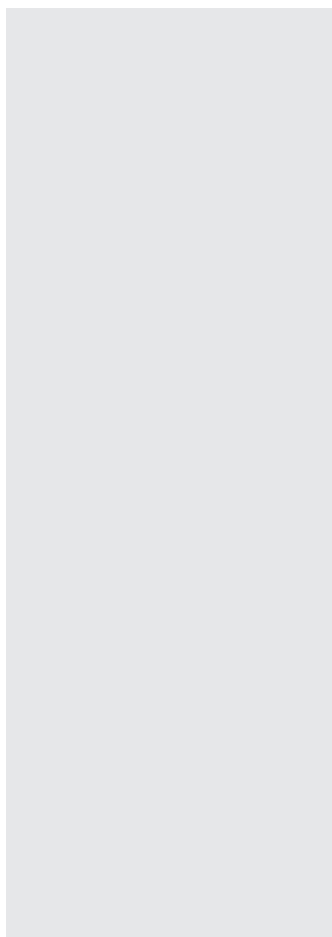
La cultura di cui oggi si tenta di recuperare la guida è la condizione perché il giovane, che guarda ancora con entusiasmo al mondo del diritto e della giustizia, non confonda la professione con la mera tecnica di destreggiarsi abilmente nelle regole procedurali e nei contorti e spesso ambigui percorsi della legge per fare gli interessi, quali che siano, del proprio cliente. Applicare le regole, dopo il tramonto del positivismo giuridico e dell'ottimismo della codificazione,

è una forma del pensiero che attraverso l'interpretazione razionale della legge la indirizzi al fine di dare giustizia in una società in rapida trasformazione e in perenne affanno nel riconoscere a ognuno ciò che è giusto che abbia.

Le tecniche, solo se unite a cultura ed etica, sono strumenti utili a questo fine, altrimenti o non servono o servono ad altro.

Come scriveva Norberto Bobbio nel lontano 1945 sulla separazione tra tecnica e politica (concetto che Luigi Einaudi riprenderà di lì a poco nelle sue "Prediche inutili"): «Tecnica apolitica vuol dire in fin dei conti tecnica pronta a servire qualsiasi padrone, purché questi lasci lavorare, e, s'intende, assicuri al lavoro più o meno onesti compensi; tecnica apolitica vuol dire soprattutto che la tecnica è forza bruta, strumento, e come tale si piega al volere e agli interessi del primo che vi ponga le mani».

**FORMAZIONE GIURIDICA,
FORMAZIONE FORENSE**



Le fallacie giuridiche nella formazione del giurista

Amelia Bernardo

È tragico parlare bene e avere torto
Sofocle

Sommario

La capacità di riconoscere le fallacie del ragionamento è essenziale per il giurista: ma tale capacità non si improvvisa; si sviluppa nel lungo periodo e richiede la progressiva costruzione di competenze logiche, dialettiche, ed un costante allenamento all'utilizzo pratico delle tecniche apprese.

L'articolo, dopo un breve excursus storico sul metodo di insegnamento delle fallacie nella tradizione della cultura giuridica, indaga le ragioni per cui il loro studio è oggi ancora marginale e sottolinea l'importanza di riscoprirne il valore.

Educare a ragionare: un'arte antica

In Atene, città che diede origine ai sofisti, che potremmo definire come i primi insegnanti professionisti, l'educazione dei giovani a ragionare correttamente, ad esporre in modo efficace le proprie opinioni, confrontandosi con quelle opposte, ad utilizzare in modo abile le infinite opportunità offerte dall'uso appropriato del linguaggio erano parte essenziale della preparazione alla vita pubblica, prima ancora che alle carriere giuridiche.

A tal fine erano basilari gli insegnamenti di grammatica (la conoscenza della lingua in tutte le sue applicazioni, da quelle nobili a quelle più popolari), di retorica (l'arte di saper parlare tanto da convincere gli altri delle proprie ragioni) e di dialettica (l'arte di confrontare due tesi tra loro opposte, facendole apparire vere o false a seconda del punto di vista scelto di volta in volta).

Queste tre discipline venivano insegnate soprattutto attraverso lezioni tecnico-pratiche in cui i giovani venivano stimolati a elaborare argomenti a sostegno delle proprie tesi, a preordinare adeguate strategie di difesa, e studiare il linguaggio utilizzato: in sintesi un allenamento della mente ad affrontare dibattiti intesi quali vere e proprie schermie dialettiche.

Grammatica, retorica e dialettica resteranno nei secoli successivi insegnamenti fondamentali per l'esercizio di tutte quelle professioni che oggi definiremmo "intellettuali", e rappresenteranno la base dell'educazione giuridica, dal diritto romano classico e post classico, al diritto medievale sino all'esito dell'antico regime.

Nell'Alto Medioevo grammatica, logica e retorica formano le c.d. "le tre Vie" o "le tre Strade" che, insieme all'aritmetica, alla geometria, alla musica ed all'astro-

nomia – chiamate “il Quadrivium” –, costituiscono le “Sette Arti Liberali”: ovvero le discipline proprie dell’uomo libero nello spirito. Libero perché capace di ragionare, di capire, e dunque di conoscere. È significativo che il termine “liberale” abbia la medesima origine etimologica del termine “libro”: “la libertà è nei libri”. Nel *cursus* formativo del Trivio e del Quadrivio la tecnica dialettica, c.d. *disputatio*, assurge a vera e propria metodologia di indagine, volta ad approfondire la conoscenza in tutti i campi del sapere. Il metodo della disputa è utilizzato come criterio di approfondimento e ricerca, indipendentemente dalle materie di cui si discute: secondo gli storici ha svolto un ruolo essenziale nella stessa ricerca universitaria. La struttura della disputa era generalmente la seguente:

- L’insegnante formulava la *quaestio*, cioè il tema su cui si sarebbe svolto il dibattito.
- Un *opponens* (opponente) sollevava obiezioni sulla *questio*.
- Il *respondens* confutava la tesi.

Una volta esauriti tutti gli argomenti, l’insegnante proponeva una possibile soluzione (*determinatio*), che spesso sfociava in una relazione scritta.

Si trattava di momenti estremamente importanti della vita universitaria, che segnavano simbolicamente un metodo di apprendimento e ricerca: basti pensare alle *disputationes* prendevano parte tutti i docenti e gli studenti di una facoltà e quelle più solenni sancivano il passaggio di uno studente al ruolo di insegnante.

È solo con il positivismo ottocentesco e con il neopositivismo che tale metodo viene ridimensionato dinanzi alle influenze della ragione illuminista. La fede scienziata abbraccia ogni aspetto del sapere, ed esercita profondi mutamenti soprattutto nell’approccio alle discipline di matrice scientifiche: tra esse è da annoverare lo stesso diritto.

Il trionfo della ragione illuminista si esprime in primo luogo nella convinzione di poter controllare la produzione del diritto attraverso la codificazione delle regole: il diritto sino ad allora sgorgante da una pluralità di fonti normative, tra cui innanzitutto la giurisprudenza, diviene monopolio dello Stato, che lo cristallizza in un modello completo di norme scritte, ordinate in un rigoroso sistema gerarchico. È l’età della codificazione.

In questo sistema l’attività del giurista è ridotta a meccanica sussunzione del fatto alla regola codificata dal legislatore: norma che si offre all’interprete nella propria evidenza, e come tale non chiede di esse né interpretata né tanto meno corretta nel significato dato dalla lettera del testo. Il giurista legge la norma data dal legislatore. La razionalità del diritto si esprime nella possibilità di ridurre il ragionamento del giudice agli schemi della sola logica formale: il ragionamento del giurista viene ridotto ad un sillogismo deduttivo, le cui premesse, la norma ed il fatto, si postulano evidenti all’interprete, che ha solo il compito di enunciarle: nel diritto non vi è *inventio*, non vi è creazione, ma solo dimostrazione logica. Nella ricerca così come nella didattica il metodo è quello scientifico della dimostrazione di logica formale.

Non a caso ancora oggi in molte facoltà universitarie il corso di studi in diritto, tradizionalmente denominato “Giurisprudenza”, viene denominato “Scienze giuridiche”.

In questo clima il pensiero moderno tende evidentemente ad espungere la dialettica e la retorica dal campo di formazione del giurista, per lasciare il campo al metodo analitico proprio delle discipline matematiche: una scienza razionale non può contentarsi di opinioni più o meno verosimili.

L'argomentazione del giurista che – nel bene e nel male – era stata protagonista bimillenaria dello sviluppo giuridico, è relegata ad un ruolo decisamente ancillare. La discussione lascia il posto alla dimostrazione, la persuasione cede dinanzi alla forza dell'evidenza, ed ai concetti di probabile o verosimile viene preferito quello di necessario. La dialettica e la retorica sopravvivono in saperi collaterali dell'insegnamento accademico, e pressoché scompaiono dalla formazione professionale.

È questa la stagione in cui inizia a segnarsi quella frattura tra teoria del diritto e prassi giuridica, tra diritto insegnato nelle aule universitarie e diritto praticato nelle aule di tribunale, che ancora oggi si cerca di ricomporre.

Proprio il tentativo di far parlare la teoria con la prassi è forse uno dei motivi di maggior interesse di quell'orientamento filosofico e culturale, affermatosi a partire dalla metà del secolo scorso (English, Viewheg e Perelman), che pur nella varietà delle diverse prospettive, pone in evidenza come l'identificazione del concetto di razionale con la sola logica formale rappresenti, soprattutto nei campi ove vengono coinvolti i valori, una limitazione indebita del campo in cui interviene la nostra facoltà di ragionare e di provare.

Come efficacemente sintetizzato da Bobbio:

Dove sono in gioco i valori, non importa se sublimi o volgari, la ragione dimostrativa, quella cui si riferisce la logica in senso stretto, è impotente: non rimane che inculcarli (o conculcarli) oppure trovare per sostenerli o confutarli delle “buone ragioni”¹.

Certo le proprietà formali del sillogismo garantiscono la validità della deduzione ed il valore dimostrativo dell'operazione: ciò dà conto dell'utilità di utilizzare ancor oggi questo stile espositivo. Ma è nella *ri-costruzione* delle premesse che si sviluppa il ragionamento dell'interprete.

La soluzione che il giudice consegna alle parti non è né espressione di verità, né di certezza, ma è frutto di una scelta discrezionale, di una decisione a favore dell'una o dell'altra delle tesi contrapposte e diversamente argomentate.

La teoria dell'argomentazione delinea una figura del giurista assai lontana rispetto a quella immaginata dai positivisti: il giurista non è più solo “bocca

¹ N. BOBBIO, Prefazione al *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi “Reprints”, Torino 1976

delle legge” ma attore protagonista del diritto, e concorre alla formazione del diritto stesso; la norma non è data dal legislatore, ma costantemente “ricreata” nel momento applicativo.

L’analisi si sposta dunque dalla verifica della correttezza del calcolo logico che ha portato alla definizione delle premesse, alla verifica della “bontà” degli argomenti utilizzati.

Quali sono i “buoni argomenti”?

Dissipata l’illusione positivista di mettere tra parentesi la soggettività del giurista, l’analisi del suo ragionamento ritorna ad essere tema centrale della cultura giuridica. Diviene essenziale comprendere in base a quali criteri maturino i suoi convincimenti, quali siano le ragioni che spiegano il successo di una tesi e l’insuccesso di quella contrapposta, e se tali ragioni abbiano o meno un fondamento razionale.

Nella tradizione retorica classica il criterio cui ci si era attenuti per giudicare della «bontà» di un argomento, o di una tesi, consisteva innanzitutto nella sua “efficacia”: dal momento che scopo dell’argomentazione pratica era convincere qualcuno delle proprie posizioni, la persuasività dello stesso risultava unico criterio di valutazione dello stesso.

Una rappresentazione illuminante di quest’approccio si ritrova nel trattatello di Schopenhauer², pubblicato postumo, sull’arte di disputare in modo da ottenere ragione, “dunque per *fas et nefas*” (con mezzi leciti ed illeciti). Schopenhauer ritiene che la dialettica sia necessario strumento per affrontare ogni tipo di discussione con successo (così da soddisfare la naturale prepotenza e vanità dell’essere umano), ovvero una tecnica finalizzata all’unico scopo di ottenere la vittoria nel contendere, senza badare alla verità, che peraltro a nessuno è dato conoscere:

Il compito principale della dialettica scientifica così come lo intendiamo noi, è perciò quello di presentare e analizzare gli stratagemmi della slealtà nel disputare, affinché nelle dispute reali li si riconosca e li si annienti subito. Proprio per questo, nella sua esposizione, essa deve dichiaratamente assumere come proprio fine ultimo solo l’aver ragione, non la verità oggettiva.

L’obiettivo, in questa visione, è la persuasione dell’interlocutore “ad ogni costo”: ne deriva che sono ammessi anche argomenti che giocano su aspetti emotivi e psicologici, che, più che convincere secondo ragione, “seducono”. Unico criterio di valutazione degli argomenti è la loro efficacia, la capacità di ottenere l’adesione dell’uditorio alla propria tesi, indipendentemente dalla circostanza che questa sia o meno fondata, indipendentemente dalla “validità” del ragionamento.

² A. SCHOPENHAUER, *L’arte di ottenere ragione*, Adelphi, Milano 1991, p. 15.

L'idea schopenhaueriana di dialettica affonda del resto le radici nelle origini dell'antica cultura del mondo occidentale: nel mondo greco la dialettica è sovente rappresentata come di una damigella che tiene in mano i simboli del suo potere: la destra esibita pubblicamente, mostra a tutti formelle con splendide e variopinte raffigurazioni; la sinistra è invece nascosta sotto il pallio e tiene un serpente avvolto in spire immani. L'ambivalenza dell'arte retorica, fonte di abilità ma al tempo stesso foriera di inganni, è penetrata profondamente nel sentire e nello stesso linguaggio comune: i termini retorica e dialettica si riferiscono – e non sempre in termini lusinghieri – alla abilità nel discutere, indipendentemente dall'aver ragione.

Su questo aspetto la teoria dell'argomentazione segna un cambiamento importante.

Il presupposto della teoria dell'argomentazione è infatti che si possa persuadere razionalmente; che esistano discorsi caratterizzati da un tipo di razionalità diversa da quelle della pura logica matematica: una razionalità che abbandona le pretese di certezza e verità sostiene le ragioni di preferenza di ogni ragionamento nel confronto con gli altri possibili.

Il successo di una tesi sull'altra non deriva dunque dalla dimostrazione logica di una conclusione postulata vera, ma non è neppure frutto di arbitrio e casualità, o di mera suggestione.

Il ragionamento razionale è quel ragionamento che si sviluppa nel continuo confronto sulla fondatezza delle ragioni a sostegno delle tesi sostenute. È una razionalità che non ha a che fare con assiomi, ma con premesse solo probabili, oggetto di continua verifica nel gioco delle reciproche confutazioni, che portano a conclusioni la cui bontà dipende dalla correttezza del ragionamento.

Nella definizione di Toulmin l'argomentazione è un testo costituito da uno o più passi argomentativi concatenati. Un passo argomentativo è identificabile attraverso la presenza di un "dato" (*data*), di una "conclusione" (*claim*) e di una "garanzia" (*warrant*) che giustifica la validità della conclusione tenuto conto del dato.

È valida l'argomentazione che produce un effetto di persuasione razionale dell'uditorio. La persuasione è razionale solo se essa non si traduce in acritica accettazione delle conclusioni del ragionamento; è razionale, ancora, se essa deriva dal convincimento della fondatezza delle premesse da cui il ragionamento muove; è razionale, infine, se le parti hanno verificato la correttezza dei passaggi logici che dalle premesse hanno condotto alla conclusione.

Nell'ambito dell'argomentazione, dunque, il discorso è valutato secondo criteri ulteriori rispetto a quello della mera efficacia: criteri di correttezza/validità del ragionamento.

I "buoni" argomenti sono dunque argomenti "validi", anche se inefficaci; per contro gli argomenti "fallaci" sono sempre invalidi, anche quando efficaci.

Gli argomenti fallaci sono infatti errori nascosti nel ragionamento che comportano la violazione delle regole di un confronto argomentativo corretto. Da un punto di vista logico una fallacia è quindi un modello di ragionamento che

può essere contestato o rifiutato in quanto irrilevante, non valido. Quando si dice che una discussione è fallace, in realtà non si intende dire che la conclusione cui si è giunti o si vuole giungere sia falsa o errata (sarebbe a sua volta una fallacia, la fallacia *ad argumentum* o *fallacy fallacy*), ma che le argomentazioni a sostegno di essa sono non pertinenti, fuori tema, non valide: valido è riferito alla correttezza logica degli argomenti (come le premesse implicano le conclusioni); vero riguarda invece la verità delle proposizioni con cui si enunciano gli argomenti.

In tutti i casi esse celano un inganno del ragionamento: il termine fallacia deriva dal latino *fallere* che significa, appunto, ingannare, mentire.

Aristotele, che nelle Confutazioni Sofistiche illustra la differenza tra argomentazioni valide e non valide – parlando rispettivamente di sillogismi e paralogismi – di questa menzogna offre una potente metafora:

Che veramente alcune argomentazioni siano sillogismi e altre sembrino essere tali senza esserlo è manifesto, giacché, come questo avviene per le altre cose in virtù di una certa somiglianza, così avviene anche per le argomentazioni. Infatti certuni sono in buona condizione fisica mentre altri sembrano esserlo perché si agghindano e sono impettiti come offerte tribali; alcuni sono belli per la bellezza, altri sembrano belli perché si truccano. E lo stesso vale per le cose inanimate, giacché alcune di queste sono veramente d'argento e alcune d'oro, mentre altre non lo sono, ma lo sembrano alla percezione: per esempio le cose di letargio e quelle di stagno sembrano d'argento, quelle giallastre sembrano d'oro. Allo stesso modo anche le argomentazioni, qualcuna è veramente sillogismo e confutazione, qualche altra non lo è ma sembra esserlo a causa dell'inesperienza, giacché gli inesperti, come se ne fossero distanti, guardano le cose da lontano.

L'argomento fallace è l'argomento che nella sua scorrettezza spesso abbaglia e seduce, conducendo il discorso lontano dai binari della ragione verso approdi imprevisi e proprio perché irrazionali, imprevedibili.

Per quanto delle fallacie esistano classificazioni innumerevoli non potrà mai darsi un elenco esaustivo e completo, perché esse sono frutto della fantasia creativa dell'intelligenza, e quindi sempre di nuove se ne potranno inventare e scoprire³.

Una prima ripartizione, generalmente condivisa è tra fallacie formali e fallacie informali: la fallacia informale è basata strettamente sulla composizione

³ Sul punto la letteratura è vastissima. Di seguito si riportano alcuni dei manuali più citati: I.M. COPPI - C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Il Mulino, Bologna 1999; G. MUCCIARELLI - G. CELANI, *Quando il pensiero sbaglia. La fallacia tra psicologia e scienza*, UTET, Torino 2002; F. D'AGOSTINI, *Verità avvelenata*, Bollati Boringhieri, Torino 2010; A. VARZI, *Logica*, 2ª ed., McGraw-Hill, Milano 2007, pp. 217-242; O. REBOUL, *Introduzione alla retorica*, Il Mulino, Bologna 2008; A. CATTANI, *50 discorsi ingannevoli. Argomenti per difendersi, attaccare, divertirsi*, Edizioni GB, Padova 2011.

logica di un argomento, che è deduttiva. Ne sono esempi l'affermazione del conseguente e la negazione dell'antecedente, consistono nella violazione degli schemi inferenziali: se piove, prendo l'ombrello / prendo l'ombrello, piove (fallacia dell'affermazione del conseguente); se ci sono le stelle, è notte / non ci sono le stelle / non è notte (fallacia della negazione dell'antecedente).

Le fallacie informali sono quelle più facilmente riconoscibili, sono più divertenti da studiare e tengono in considerazione il contenuto non logico o induttivo di un argomento. Sono false per ragioni epistemologiche, dialettiche o pragmatiche. E sono davvero assai frequenti nel discorso giuridico, come immediatamente si evince dalla analisi da alcuni esempi di seguito riportate. Si tratta di alcune "fallacie di presunzione":

- possiamo supporre che un evento ne causi un altro in assenza di prove contrarie, così come possiamo considerare che la causa ipotizzata non sia quella vera in assenza di prove di conferma (in entrambi i casi commettiamo la fallacia detta *non causa pro causa*);
- possiamo supporre che tra due casi sussista qualche analogia quando invece sono diversissimi ("falsa analogia");
- oppure che l'autorità di qualcuno sia decisiva per deliberare su un determinato argomento mentre invece questo qualcuno si è semplicemente fatto passare per un esperto (*ad verecundiam*);
- possiamo, infine presupporre che un esempio (o alcuni) possa bastare per ricavare una regola, come quando dal comportamento di una persona di una determinata etnia o cultura ricaviamo caratteristiche riguardanti l'intero gruppo del quale si presume che l'individuo faccia parte o nel quale (forse) si riconosce ("generalizzazione abusiva").

Ebbene quante volte capita a ciascuno di noi imbattersi in vizi argomentativi di questo genere?

Le fallacie argomentative: chi le conosce le evita?

La difficoltà di individuare le fallacie deriva soprattutto dalla circostanza che esse assumono la parvenza di ragionamenti rigorosi e logici, ma in realtà essi non sono validi; inoltre va evidenziato che di rado si presentano in modo puro, più frequentemente nella pratica dell'argomentazione si trovano combinazioni di più fallacie.

Nel discorso giuridico le fallacie argomentative possono risultare espressione inconsapevole di un vizio logico, dettato dalla inesperienza, ma anche espressione consapevole di stratagemmi finalizzati a sostenere tesi prive di fondamento.

In entrambi i casi esse vengono utilizzate con grave danno per l'ordinamento nel suo insieme e per la stessa qualità del diritto: negli ordinamenti democratici di *civil law* la garanzia che il discorso giuridico si sviluppi nelle forme di un discorso razionale è data in gran parte dalle regole e dai vincoli del giusto

processo⁴. Il processo giurisdizionale costringe le parti ed il giudice ad un continuo contraddittorio: il contraddittorio garantisce che le regole dell'argomentazione, che ordinano il confronto tra le parti, siano effettivamente rispettate.

In altri termini nel processo vi sarà argomentazione razionale e non persuasione per seduzione nella misura in cui le parti ed il giudice sapranno valorizzare il gioco del contraddittorio. La qualità dell'argomentazione giuridica è funzione della capacità degli attori del diritto di interpretare con professionalità ed onestà il proprio ruolo.

Grave è per il giurista non riconoscere l'errore del ragionamento per inesperienza: l'inconsapevolezza dei propri errori espone la tesi sostenuta alle eccezioni avverse, l'incapacità di riconoscere quelli altrui impedisce la confutazione dei falsi argomenti.

Parimenti grave è l'utilizzo intenzionale delle fallacie da parte di colui che, in assenza di buone ragioni, ricorre al sofisma come tecnica argomentativa. Il sostenere una tesi ad ogni costo offende l'esercizio della professione, è una forma sofisticata di forza nel dibattito, di sopraffazione che nega il valore della ragione condivisa, e svislisce la qualità del processo, nelle quali si opera con danno, per tutti i protagonisti.

Volendo immaginare il dibattito ideale questi sarebbe tra professionisti non solo esperti e competenti, ma anche privi di quella prepotenza che secondo Schopenhauer è invece caratteristica naturale di ogni disputante, che induce sovente proprio i più capaci ad abusare delle proprie abilità⁵: ma questo sarebbe, appunto, il confronto ideale. Sino a quando tutti i giuristi non raggiungeranno quell'ideale, altro non resta che educare ed educarsi quotidianamente alla conoscenza delle regole del corretto argomentare ed ai suoi vizi, in modo tale da evitare di cadere in fallo e di lasciarsi trarre in inganno dagli altrui sofismi.

Secondo una analogia usata piuttosto ricorrentemente, apprendere le tecniche di confutazione delle fallacie è importante, per il giurista, tanto quanto per

⁴ L'ordine giudiziario garantisce indipendenza al giudice, come istituzione e come persona; il processo è pubblico; il giudice decide su istanza di parte nei limiti delle domande e garantisce, in ogni fase del procedimento, la regolarità del contraddittorio; ha l'obbligo di motivare la sentenza, dando così risposta alle parti e rendendo noto l'iter logico che lo ha portato alla decisione del caso; la sentenza è impugnabile dinanzi ad un giudice diverso e di grado superiore, per le questioni di diritto è possibile ricorrere dinanzi alla Suprema Corte; ecc. Oltre che da questi vincoli istituzionali l'argomentazione è regolata dalla presenza di alcuni postulati: ad esempio l'interprete agisce come se egli dichiarasse la norma, postulata preesistente. È appunto un postulato, una finzione, ma questo vale ad orientare il discorso alla ricerca della volontà del legislatore. Il giudice inoltre deve decidere il caso secondo criteri di universalità: anche ciò non può essere sempre verificato, ma l'esistenza del vincolo impone al giudice di adottare, nella decisione, questo criterio che deve essere pubblicamente motivato.

⁵ Va anche rilevato che un dibattito ideale in cui le fallacie fossero del tutto assenti e trionfasse in modo assoluto la correttezza degli argomenti, segnerebbe probabilmente la completa fusione dell'argomentazione con la logica.

un medico lo è quello delle malattie: nel *cursus formativo* dei medici patologia e fisiologia clinica rivestono pari dignità. Ebbene i vizi del ragionamento sono veri e propri *virus* del discorso giuridico, come i medici devono studiare le malattie per saperle poi riconoscere, così i giuristi devono conoscere le fallacie, per poterle individuare al momento opportuno.

Sono competenze che si sviluppano nel lungo periodo e richiedono la progressiva costruzione di competenze logiche, dialettiche e linguistiche, ed un costante allenamento all'utilizzo pratico delle tecniche apprese.

Essenziale a tal fine l'apprendimento delle basi di logica, di retorica e di dialettica: soprattutto nei paesi di matrice anglosassone è oggi vivo il dibattito sulle metodologie di insegnamento di queste tre discipline; molto si discute, in particolare, se sia più proficuo impostare l'insegnamento di queste materie come corsi autonomi, o se non sia invece necessario/opportuno immaginare una integrazione didattica tra specialisti di linguistica, logica, retorica e argomentazione in corsi congiunti.

Chi quotidianamente si confronta con la pratica del diritto ben sa che la forza di ciascun argomento è funzione di una variabile innumerevoli di componenti che spaziano dalla sua correttezza logica all'abilità linguistica dell'oratore, dalla conoscenza del contesto storico-culturale alla capacità di comunicare con il proprio "uditorio": nel processo la logica convive con la retorica, la dialettica con la linguistica. Lo sforzo ad insegnare ed apprendere questo tipo di argomentazione implica sensibilità e capacità logica, ma anche abilità di tipo giuridico, pedagogico, etico e retorico: da qui l'istanza sempre più diffusa di approntare corsi in cui i docenti specializzati nelle diverse discipline possano interagire, almeno in taluni momenti, in lezioni condivise, ispirandosi, in fondo, ancora una volta all'antico esempio del Trivio.

Lo stesso metodo della *disputatio* è oggi oggetto di rinnovato interesse in moltissime università statunitensi, al fine soprattutto di educare alla confutazione, sul piano autocritico, ancor prima che dibattimentale, nella convinzione che per l'acquisizione di tali capacità sia essenziale accompagnare l'apprendimento teorico all'esperienza concreta ed individuale del dibattito. Peraltro, come sempre più spesso osservato, il metodo della *disputatio* risulta estremamente efficace sul piano didattico per la capacità di coinvolgere e divertire l'aula, con risultati formativi invero eccellenti.

Del resto se lo studio di queste discipline non venisse calato nell'esperienza rimarrebbe una dotta analisi "in vitro" di come il discorso giuridico dovrebbe essere, non di come esso realmente è: riscoprire il carattere argomentativo del diritto, significa, assumere nuova consapevolezza della ricchezza della parola, delle sue luci e delle sue ombre, della capacità di incantare, ma anche di ingannare.

Ed è una ricchezza amministrata dai giuristi: con la responsabilità che ne consegue.

Abstract

To recognize fallacies of legal reasoning is essential for the jurist, but this capability cannot be improvised. It takes long time and requires the gradual construction of logic skills, dialectics, and constant training of the practical use of so learned techniques. The aim of this article is to point out the importance of studying fallacies for the jurist today.

The article starts with a brief historical overview on the teaching method of the fallacies, in the tradition of legal culture. Then It develops by exploring the reasons why fallacies study is still marginal today. It finally emphasizes the importance of rediscovering the value of fallacies study.

L'argomentazione forense come difesa della parte e persuasione del giudice

Paolo Moro

Sommario

La retorica è il fondamento delle tecniche di persuasione e di argomentazione e costituisce il metodo di formazione dell'avvocato per l'addestramento alla composizione dei casi giuridici controversi.

L'esame di abilitazione di avvocato in Italia è regolato da criteri di valutazione che riguardano la metodologia dell'argomentazione giudiziale e che devono essere interpretati in base alla retorica.

L'argomentazione usata nella difesa della parte si dirige alla persuasione del giudice e costituisce la struttura logica della motivazione della sentenza.

Considerazioni preliminari

Pare difficilmente confutabile che la retorica forense costituisca il fondamento delle tecniche di persuasione e di argomentazione, la cui conoscenza è richiesta dalla legge italiana vigente per superare l'esame di abilitazione allo svolgimento della professione di avvocato.

Nata come metodo giudiziario e sviluppata in ambito politico e letterario in un'atmosfera agonistica simile a quella della disputa forense dall'antichità classica fino al Seicento barocco, secolo autorevolmente definito come età dell'eloquenza [Fumaroli 1999], la retorica è indubbiamente fondata su una struttura dialettica e processuale [Moro 2004].

Peraltro, la retorica appare il metodo fondamentale per la formazione e l'apprendistato dell'avvocato e rappresenta il più valido strumento pedagogico per l'addestramento dell'aspirante giurista alla composizione dei casi giuridici controversi [Perelman 2008].

Nella mentalità classica, la retorica è un'attività (*téchne* o *ars*) che presuppone una particolare abilità soggettiva (*ingenium*) in chi la pratica e che è organizzata da una metodologia argomentativa, non da uno schema di regole da applicare secondo un modello precostituito [Reboul 1996; Walton 1998; Raimondi 2002].

Dunque, per l'adeguato allenamento alla scrittura giuridica, che rappresenta una certa lacuna formativa del laureato italiano in giurisprudenza all'inizio del terzo millennio, pare conveniente riprendere lo studio e l'esercizio della metodologia retorica, senza trascurare la pratica ma evitando il prassismo.

In un significativo luogo del suo ampio trattato, che riassume teorie e tecniche dell'argomentazione nella Grecia classica (Retorica, 1355 b), Aristotele precisa che, diversamente dalla sofistica, la retorica deve insegnare l'arte (per

portare un esempio applicabile all'esperienza giuridica contemporanea: il metodo di concreta stesura dell'atto difensivo) e non il prodotto dell'arte (per restare all'esempio: il formulario standard).

Sicché, essendo il più adatto metodo di analisi del caso giuridico e di produzione della persuasione giudiziaria, la retorica giudiziale si può insegnare ed apprendere compiutamente soltanto con l'esercizio (*práxis*) e con lo studio della dialettica che ogni avvocato sperimenta costantemente prima e durante il processo.

La valutazione metodologica dell'esame di avvocato

L'accesso alla professione di avvocato in Italia presuppone il superamento di prove abilitanti sottoposte ad un giudizio di metodo.

Invero, è principio espresso del vigente ordinamento forense che la valutazione metodologica sia il fondamento dell'intera prova abilitante, basata *ex lege* sulla metodologia giuridica, in conformità ai criteri in forza dei quali la commissione d'esame è tenuta a procedere alla valutazione degli elaborati scritti e delle prove orali.

Disponendo le modalità di svolgimento dell'esame di abilitazione, l'articolo 46, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247 afferma quanto segue.

«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».

I primi quattro criteri sono la riproduzione di quelli già previsti dall'articolo 1 bis, comma 9, della legge 18 luglio 2003, n. 180 (che aveva sostituito l'articolo 22 della legge 22 gennaio 1934, n. 36, disciplinante l'ordinamento della professione di avvocato), mentre appare parzialmente innovativo il quinto criterio che, nella disciplina previgente, era limitato all'atto giudiziario e presupponeva una più generica «dimostrazione della padronanza delle tecniche di persuasione».

La prassi sostanzialmente uniforme delle valutazioni compiute delle commissioni d'esame di avvocato ha confermato che il superamento della prova scritta non è direttamente legata alla soluzione specifica della questione controversa, ma al procedimento logico e giuridico che tale soluzione sottende e, dunque, dipende essenzialmente da giudizi di metodo.

Tra questi giudizi, le commissioni tengono in notevole considerazione la padronanza del ragionamento forense da parte del candidato, la sua capacità argomentativa o anche lo stile formale utilizzato nell'esposizione del parere motivato o dell'atto giudiziale durante la prova scritta oppure l'eloquenza dimostrata durante il colloquio orale.

Pertanto, è evidente che il criterio principale di giudizio sull'operato del candidato all'abilitazione forense riguarda la verifica della conoscenza delle tecniche di persuasione e argomentazione, tra le quali quella principalmente utilizzata sin dalle origini della civiltà occidentale nella discussione giudiziaria, come sopra si è già spiegato, è senza dubbio la retorica.

L'interpretazione retorica dei criteri di giudizio

Invero, i criteri metodologici di valutazione stabiliti dalla legge appaiono evidentemente ispirati dalla retorica forense e debbono essere applicati dai commissari d'esame in modo sostanzialmente uniforme, indagando se il candidato dimostri di sapere argomentare in modo persuasivo.

In effetti, dall'esperienza delle correzioni svolte dalle commissioni d'esame si desume come assumano obiettivamente notevole rilevanza nella misura del giudizio non solo e non tanto la conoscenza delle norme o degli istituti giuridici o anche degli orientamenti della giurisprudenza e della dottrina riguardanti la fattispecie esaminata, quanto piuttosto il procedimento argomentativo seguito dal candidato nella soluzione giuridica del caso proposto dalla traccia o anche la correttezza ortografica e stilistica nella redazione del parere o dell'atto giudiziale.

In particolare, ciascuno dei cinque canoni di giudizio impone alla commissione di procedere alla valutazione della prova d'esame, sia nella correzione del compito scritto che nel colloquio di accertamento, in una prospettiva retorica.

Ne danno conferma, anzitutto, le circolari interpretative ed applicative dei criteri di valutazione stabiliti dalla legge che ogni anno la commissione centrale dell'esame d'avvocato nominata presso il Ministero della Giustizia invia alle sottocommissioni, offrendo specifiche indicazioni che riguardano il metodo di costruzione dell'argomentazione.

Con tali circolari, divulgate negli ultimi anni in occasione dell'avvio delle procedure dell'esame, la commissione centrale chiede variamente alle sottocommissioni di giudicare se i candidati dimostrino «capacità di sintesi e intuizione giuridica», «padronanza del lessico italiano e forense», «capacità di risolvere problemi giuridici utilizzando giurisprudenza e dottrina al servizio della propria preparazione giuridica», nonché «coerente formulazione e logica motivazione delle conclusioni tratte, anche se difforni dall'indirizzo giurisprudenziale e/o dottrinario comune e prevalente».

Peraltro, anche la giurisprudenza amministrativa ha costantemente confermato la natura discrezionale del giudizio delle commissioni e, per conseguenza, la natura metodologica ed argomentativa della prova d'esame.

Con riferimento alla correzione delle prove scritte, è stato puntualmente affermato che «il giudizio fortemente critico riferito agli aspetti formali è sufficiente a sorreggere la valutazione negativa, considerato che anche gli aspetti formali degli elaborati (linguaggio tecnico, stilemi, sintassi, fluidità del discorso) debbono costituire oggetto di valutazione, in particolare nel caso degli esami di abilitazione alla professione di avvocato, stante il particolare rilievo che assumono nella predisposizione degli atti propri della professione forense» (TAR Piemonte Torino, sez. I, 13 settembre 2007, n. 2931 in *Foro amm.* TAR 2007, 9, 2724).

È stato aggiunto come sia «irragionevole il solo supporre che i candidati agli esami per l'abilitazione alla professione di avvocato abbiano titolo ad essere ammessi alla prova orale per il solo fatto di aver proposto soluzioni corrette nelle prove scritte, atteso che il superamento dell'esame di abilitazione permette l'accesso alla professione forense sicché vengono in rilievo, oltre all'esattezza delle conclusioni, le modalità espositive, l'organizzazione complessiva del discorso, le capacità di sintesi e di compiuta argomentazione, cioè tutte le componenti che garantiscono l'adeguatezza della difesa tecnica» (TAR Lecce, sez. I, 8 novembre 2012, n. 1849 in *Foro amm.* TAR 2012, 11, 3645).

Questa interpretazione metodologica dei criteri di valutazione riguarda evidentemente anche la prova orale, essendo frequentemente richiesto alle sottocommissioni dalla commissione centrale di procedere alla discussione di brevi questioni relative alle materie scelte dal candidato, precisando l'indispensabile possesso di una solida tecnica di esposizione ed affermando che «è necessario valutare la capacità del candidato di inquadrare giuridicamente con precisione sotto il profilo sostanziale e processuale un caso concreto, e quindi di illustrarne una soluzione motivata con metodo razionalmente corretto», osservando che «le risposte del candidato vanno valutate anche con riguardo alla precisione del linguaggio».

Anche l'esame analitico dei cinque criteri previsti dalla legge ne riconferma la natura retorica.

In primo luogo, l'interpretazione argomentativa del giudizio di valutazione dell'esame di avvocato è evidente nel primo criterio, secondo il quale devono essere valutate «chiarezza, logicità e rigore metodologico dell'esposizione». Tenendo conto che la prova scritta è determinante, l'impostazione metodologica degli scritti e della discussione diventa così la più importante misura della valutazione che la commissione d'esame deve compiere (ed effettivamente compie) prima degli elaborati scritti e, successivamente, delle prove orali sostenute dal candidato.

Il secondo criterio prevede la «dimostrazione della concreta capacità di soluzione di specifici problemi giuridici», con la conseguenza che al candidato non è richiesta una predeterminata soluzione del caso attraverso la semplice indicazione di norme di legge o massime di giurisprudenza, ma l'effettiva abilità nell'affrontare la questione e risolverla mostrando l'esperienza guadagnata durante il tirocinio nello studio legale.

Il terzo criterio impone la «dimostrazione della conoscenza dei fondamenti teorici degli istituti giuridici trattati»: pertanto, non sarà sufficiente né tanto meno utile l'esposizione di cenni preliminari ed astratti sugli istituti normativi, ma sarà conveniente inserire tali argomenti all'interno della motivazione del parere o dell'atto, potendo così approfondire la risoluzione del caso concreto mostrando le basi concettuali della propria linea difensiva.

Il quarto criterio richiede la «dimostrazione della capacità di cogliere eventuali profili di interdisciplinarietà», tra i quali si distinguono i profili del diritto globale e comparato tipici dell'epoca contemporanea, con peculiare riferimento agli orientamenti della giurisprudenza sovranazionale e costituzionale, nonché gli aspetti processuali della fattispecie concreta. Infatti, una precisa disamina degli eventuali rimedi giudiziali che sono proponibili nella fattispecie concreta oggetto d'esame implicano quasi sempre profili interdisciplinari.

Infine, il quinto criterio si riferisce esplicitamente alla retorica, richiedendo, al candidato una esplicita «dimostrazione della conoscenza delle tecniche di persuasione e argomentazione».

Nei prossimi paragrafi si tenta di indicare che cosa debba intendersi per «conoscenza delle tecniche» e quale significato debbano assumere i termini «argomentazione» e «persuasione» alla luce della retorica giuridica.

Conoscenza informativa ed esperienza performativa della comunicazione retorica

La retorica forense non è un insieme di precetti metodologici che devono essere imparati in teoria e poi applicati in pratica per la soluzione di casi controversi.

Infatti, rammentando la citazione aristotelica riferita nelle considerazioni preliminare, è sempre bene rammentare che la retorica autentica non è una tecnica empirica diretta alla realizzazione di un prodotto, ma è un'arte della comunicazione, ossia è una tecnica del discorso che si realizza nel suo stesso attivarsi, mirando alla difesa persuasiva delle ragioni illustrate [Gentili 2013].

Quest'attività comunicativa è teorica e pratica nello stesso tempo, poiché presuppone il conseguimento contemporaneo di conoscenze e competenze, informazioni e attività, concetti e abilità [Mariani Marini 2003].

Quindi, per valutare correttamente, attraverso l'analisi di una scrittura o l'ascolto di una discussione, la padronanza minima da parte del candidato all'esame d'avvocato della tecnica argomentativa, è necessario considerare prima di tutto la capacità di mediazione tra teoria e prassi che è la natura caratteristica della retorica.

In altre parole, la commissione deve accertare non solo la conoscenza «informativa» dei criteri di ragionamento giuridico che appaiono essenziali per la soluzione del caso, ma anche l'esperienza «performativa» mostrata dal candidato che deve saper utilizzare le tecniche di soluzione del caso controverso: tale esperienza non potrà che essere maturata non solo con lo studio teorico, ma anche con l'applicazione pratica attraverso l'esercitazione e la discussione di fattispecie controverse.

In particolare, una valutazione “performativa” del parere motivato o dell’atto giudiziale, che costituiscono oggetto della prova scritta, può utilmente manifestarsi quando il candidato illustra premesse interpretative del procedimento argomentativo, come i principi giuridici incorporati dalle massime della giurisprudenza, che sono solide ma pur sempre obiettabili.

Tali premesse sono retoriche, in quanto sottoposte alla contestazione critica e assunte come introduzione qualificante del discorso quali luoghi comuni, maggiormente accettabili dall’ascoltatore e, dunque, maggiormente resistenti alle obiezioni del medesimo [Cavalla 2007].

Inoltre, l’esposizione non può essere la dimostrazione di un teorema, ma deve presentare natura argomentativa, evolvendosi attraverso ragionamenti sottoposti a contestazione e prefiggendosi il vaglio delle premesse del discorso, destinate non solo a rafforzare la propria tesi ma anche e soprattutto a contrastare quella avversaria [Alexy 1998].

Infine, se adeguatamente retorica, la struttura del ragionamento deve presentarsi in forma dialogica e cooperativa, evidenziando il contraddittorio sugli opposti argomenti problematici proposti per risolvere un caso che, per la sua natura giuridica, è sempre controverso e presuppone costantemente la ricerca di una soluzione comune tra più alternative [Berti 1993].

L’esposizione performativa del caso concreto oltrepassa una presentazione astratta del proprio sapere giuridico, che non può essere limitato alla descrizione della legislazione o della giurisprudenza, pur riferibile a determinati istituti svincolati dalla fattispecie controversa.

In tale modo l’esposizione diventa retorica e può utilmente presentarsi in una forma problematica e non concettuale, perché basata sulla discussione interrogativa; casistica e non sistematica, perché fondata sulla questione controversa; discontinua e non sequenziale, perché articolata su fattispecie imprevedibili; argomentativa e non descrittiva, perché caratterizzata da opinioni criticabili [Feteris 1999; Van Eemeren 2003].

L’argomentazione come difesa della parte

Con il termine «argomentazione» (in greco *syllōgismós*, in latino *argumentatio*) si vuole designare precisamente il ragionamento retorico, ossia il procedimento logico che consente di sostenere nel dialogo una tesi persuasiva per l’interlocutore con un discorso che non si limita a descrivere o interpretare, ma cerca di giustificare, motivare, dimostrare, ossia vuole rendere ragione di sé [Gadamer 1993; Pennacini 2002].

Con il termine «argomento» (in greco *pístis*, in latino *argumentum*), ci si intende riferire specificamente alla proposizione che costituisce la fonte o la prova del ragionamento retorico e che si identifica con il motivo o la ragione addotta a sostegno di una tesi in una discussione [Toulmin 1975; Plantin 1996; Prakken 1997].

Dunque, sotto il profilo giuridico, gli argomenti sono le premesse del sillogismo retorico, poste dall'esperto del processo, e conferiscono valore convincente al discorso dell'avvocato che sa selezionarle, ordinarle ed esporle nella scrittura giuridica oppure nell'arringa forense, facendo uso delle proprie conoscenze teoriche e delle proprie competenze pratiche.

Nell'atmosfera agonistica del processo, l'argomentazione assume il proprio aspetto tipico e si identifica con la difesa delle ragioni della parte. Infatti, argomentare nel processo significa difendere la tesi di parte dalle contestazioni avversarie tentando di porle in contraddizione.

Nella stesura della scrittura giudiziale, per esempio, l'avvocato (che appunto significa "difensore") che affronta il caso controverso per assumere la posizione di una delle parti non può ridursi ad un teorico interprete della legge, ma deve realmente mostrare il proprio istinto difensivo che, come fanno i giuristi pratici, promana dallo spirito agonistico del processo.

L'impulso agonistico della difesa giudiziale o stragiudiziale è il tipico sostrato del ragionamento dialettico e, dunque, del procedimento retorico. Interpretare dialetticamente l'esperienza del processo significa utilizzare sistematicamente la confutazione nei confronti dell'avversario e anche, una volta emanata la sentenza, nei riguardi del giudice.

La dialettica e la retorica nella notissima formulazione classica sono utili perché impongono l'esercizio della confutazione: infatti, la critica delle tesi avversarie costituisce la principale attività che, compulsando i fascicoli di causa, esegue il praticante avvocato durante il tirocinio in uno studio legale. Sicché si può la retorica forense si apprende non memorizzando o ripetendo uno schema di regole predefinite, ma addestrandosi nella pratica professionale con lo studio dei casi e delle sentenze, con l'assistenza alle udienze e con la redazione scritta di atti processuali e di pareri stragiudiziali.

Sotto il profilo giuridico, l'arte difensiva utilizzata dall'avvocato impone una profonda conoscenza del dibattito forense e, pur non essendo riducibile ad uno standard astratto, corrisponde sostanzialmente all'atteggiamento che deve essere normalmente tenuto dal convenuto nel processo e che consiste nel negare i fatti dedotti dall'attore: nel diritto greco classico, quest'attività confutatoria veniva precisamente designata con il verbo greco *apologhein*.

Nel corso dell'esame e della risoluzione del caso controverso, comunque, l'uso del metodo confutatorio nei confronti delle tesi della controparte caratterizza non solo la difesa dell'imputato nel processo penale ma anche la difesa dell'attore nella causa civile, giacché anche l'atto di citazione costituisce una forma di contestazione delle eccezioni del convenuto, spesso implicitamente deducibili dalle schermaglie stragiudiziali che precedono il processo.

Questo uso costante della contestazione è inesauribile ed è il propulsore irrefrenabile del contraddittorio che innerva la struttura logica del processo e che può realizzarsi solo nella continua interrogazione confutante dell'avversario. Questa forma dialogica del domandare spesso intende provocare risposte

incoerenti oppure costringere l'interlocutore a fare ammissioni a sé sfavorevoli per evitare di cadere in contraddizione.

Dunque, nell'argomentazione difensiva è necessario rispettare compiutamente l'ineludibile principio del contraddittorio e cercare il dialogo agonistico con gli argomenti avversari (*audiatur et altera pars*): senza l'ascolto delle tesi di controparte, spesso sorrette dalle prevedibili opinioni della giurisprudenza o della dottrina, non sarebbe possibile prospettare correttamente una giusta e completa difesa, secondo un'impostazione metodologica che, ancor oggi, fa parte del bagaglio tecnico di ogni buon avvocato.

L'atteggiamento logico non solo di passivo resistente alle obiezioni avverse, ma di attivo ricercatore del contraddittorio conferma che l'avvocato deve predisporre ad anticipare le critiche alle sue stesse argomentazioni anche nel momento in cui l'avversario non le ha ancora sollevate: questa funzione di scopritore delle eventuali difficoltà alle quali può andare incontro la tesi è implicitamente utilizzata nell'attività propulsiva del giudizio che, in effetto, è sempre una contestazione.

La difesa della parte come motivazione del giudice. Un recente arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione

La valorizzazione dell'argomentazione come difesa di parte nel processo è stata recentemente confermata da un rilevante arresto delle Sezioni Unite della Suprema Corte.

Con la sentenza 16 gennaio 2015, n. 642, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione hanno ritenuto valida la motivazione della sentenza che riproduce le argomentazioni difensive contenute in un atto di parte.

In particolare, il Supremo Collegio ha stabilito che nel processo civile ed in quello tributario «non può ritenersi nulla la sentenza che esponga le ragioni della decisione limitandosi a riprodurre il contenuto di un atto di parte (ovvero di altri atti processuali o provvedimenti giudiziari) eventualmente senza nulla aggiungere ad esso, sempre che in tal modo risultino comunque attribuibili al giudicante ed esposte in maniera chiara, univoca ed esaustiva, le ragioni sulle quali la decisione è fondata».

Nell'ampia motivazione che sorregge la decisione delle Sezioni Unite, il cui intervento nomofilattico è stato ritenuto necessario per la considerazioni di principi di rilevanza anche costituzionale, la Suprema Corte ha espressamente affermato che l'argomentazione difensiva ha valore prevalente nel giusto processo e che il giudice, qualora sia persuaso della bontà delle ragioni illustrate dalla parte, deve limitarsi a condividerle.

«D'altro canto, lo scopo di una difesa professionale e della presentazione di scritti difensivi – si legge nella decisione delle Sezioni Unite – è proprio quello di convincere il giudice delle proprie buone ragioni. E quando ciò dovesse accadere, cioè quando il giudice, adempiendo il proprio dovere di decidere la con-

troversia, accogliesse l'istanza che ritiene meritevole di tutela (solo o anche) alla stregua delle ragioni esposte dalla parte nei propri scritti difensivi, ove queste ragioni risultassero espresse in modo chiaro ed esaustivo, sarebbe ipocrita chiedere al medesimo giudice di esporre nuovamente con diverse parole le medesime motivazioni che lo hanno convinto a stabilire una determinata regolamentazione degli interessi in conflitto, risultando invece più ragionevole e più "trasparente", nonché in perfetta linea con un processo giusto, di durata contenuta ed ispirato al principio di effettività, riportare nella motivazione i passi dell'atto di parte condivisi e fatti propri dal giudice, piuttosto che parafrasarli in nome di una "originalità" espositiva priva di qualsivoglia fondamento logico o giuridico».

In effetti, la decisione della Suprema Corte valorizza la difesa tecnica e conferma che il giudice deve obbedire al principio dispositivo del processo, in base al quale le parti hanno il potere di sostenere le proprie ragioni e di discutere in contraddittorio le questioni proposte in giudizio, anche quando siano rilevabili d'ufficio.

La necessità per il giudice di rispettare l'argomentazione illustrata dagli avvocati delle parti nell'esame degli argomenti di causa è conforme ad un principio essenziale del giusto processo, che si basa sul principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e impedisce che la motivazione della sentenza percorra una «terza via», del tutto diversa da quelle fatte valere dai contendenti nel processo.

In definitiva, il processo è un'attività coordinata e diretta all'emanazione della decisione in cui l'argomentazione delle parti appare indispensabile per la costruzione della motivazione del giudice in uno spazio di comunicazione retorica alla quale partecipano tutti i protagonisti del processo.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione dicono espressamente nella sentenza esaminata che «la sentenza è l'atto conclusivo di un processo nel quale hanno agito più soggetti, ciascuno in certa misura contribuendo alla decisione finale, la quale, sotto questo profilo, può essere considerata un risultato "corale"».

E questo risultato è certamente il frutto del lavoro degli avvocati che assistono le parti in giudizio, la cui dottrina diventa vincente e convincente quando appare presentata nella più solida forma argomentativa.

L'argomentazione come persuasione del giudice

In generale, la comunicazione giuridica prima e durante il processo potrà definirsi autenticamente persuasiva quando si manifesta in un discorso diretto a conseguire il convincimento del giudice.

Tale convincimento è fondato sull'argomentazione difensiva che le parti si contrappongono nel processo, ossia fondato sulle contrapposte ragioni sostenute dalle parti nel dibattito giudiziario.

Pertanto, l'argomentazione non è soltanto la difesa di una tesi di parte ma anche la capacità di raggiungere la persuasione razionale del terzo chiamato a deliberare la propria decisione sul caso controverso.

Il procedimento argomentativo è persuasivo in senso retorico quando si qualifica come logico, irrefutabile, esemplare, istantaneo.

1. Anzitutto, il discorso forense è persuasivo non tanto quando produce uno stato emotivo del giudice che è portato a dare il proprio assenso ad una tesi difensiva per il mero impulso psicologico della propria volontà, quanto piuttosto nel momento in cui è logico, ossia suscita un giudizio di approvazione del procedimento argomentativo che qualifica i ragionamenti contrapposti nel processo.

Il persuadere costituisce così per l'uditore o il lettore non solo un fatto, ma soprattutto un atto autenticamente comunicativo con il quale si approva il discorso che, pur essendo connotato dal linguaggio vago ed incerto dell'argomentazione, si presenta attendibile.

Nell'estensione di significato del termine, la persuasione retorica si traduce nell'affidamento, ossia nella concessione di quella fiducia che, per l'avvocato, rappresenta il fulcro del proprio prestigio professionale e della credibilità la quale, infatti, è un'essenziale qualità soggettiva della tecnica dell'argomentazione giudiziale.

2. La retorica forense assume così il compito di individuare gli argomenti adatti a produrre una conclusione che sia tale perché inespugnabile o difficilmente attaccabile e, dunque, irrefutabile senza cadere in contraddizione. Infatti, i ragionamenti protetti dalla contestazione sono facilmente difendibili e appaiono convincenti perché possono essere negati dalla controparte (nei propri atti difensivi) o dal giudice (nella sentenza che potrebbe essere impugnata) solo arbitrariamente, cioè ingiustificatamente, e, quindi, sono più agevolmente approvabili nella dialettica processuale.

Sicché corrisponde alla struttura logica del contraddittorio considerare persuasivo nella formazione del discorso giuridico un argomento che non è contestato oppure la cui negazione non si costituisce efficacemente: sicché tale elemento del ragionamento deve considerarsi ammesso non solo come introduttivo del possibile o reale dibattito processuale ma anche come conclusivo del medesimo perché capace di evitare o dissolvere le obiezioni.

3. Inoltre, l'atto giuridico può ritenersi persuasivo quando è condivisibile perché esteticamente valido e, dunque, si esibisce con un discorso stilisticamente apprezzabile e, dunque, formalmente esemplare.

È chiaro che, nel tentativo razionalista di inquadrare il linguaggio naturale in quello simbolico (come avviene nei modelli informatici), la formazione degli atti giudiziali tende a seguire formulari predefiniti da regole che ne fissano uno schema costante.

Invece, ciò che si deve ritenere probante perché approvabile nel discorso retorico non è l'inserimento delle parole o delle proposizioni in uno schema prefissato, ma è la costruzione di un discorso che rende più chiara un'affermazione o una definizione posta come premessa, comprovandone la validità argomentativa.

4. Infine, l'atto difensivo si presenta persuasivo quando è istantaneo, ossia condiviso dal giudicante nello specifico contesto della decisione, nella quale si riassumono tutti gli atti coordinati e diretti alla composizione della controversia nel processo.

La persuasione si raggiunge quando l'argomentazione difensiva si trasfonde nella motivazione del giudice, stabilendo con essa una connessione indefettibile ma provvisoria, perché legata solo a quel particolare caso non più controverso, ma sempre destinato ad essere ridiscusso, come avviene in sede di impugnazione.

La molteplici ed opposte forme comunicative del discorso persuasivo, che si differenziano e si oppongono tra loro nella discussione processuale, appaiono così collegate tra loro non solo dalla sentenza del giudice, che è un atto di mediazione logica, ma dalla comune ed indefettibile processualità che le caratterizza.

Abstract

Rhetoric is the foundation of the techniques of persuasion and argumentation, and it's the method of formation of lawyer for the training to the composition of controversial legal cases.

The qualifying examination as a lawyer in Italy is regulated by evaluation criteria concerning the methodology of argumentation in the Court and it must be interpreted according to the rhetoric.

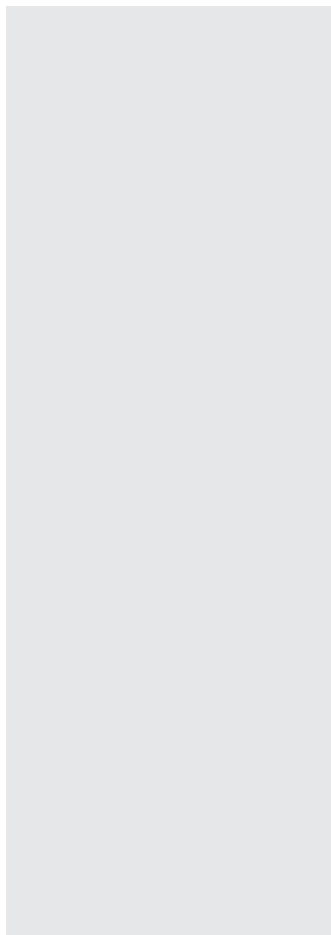
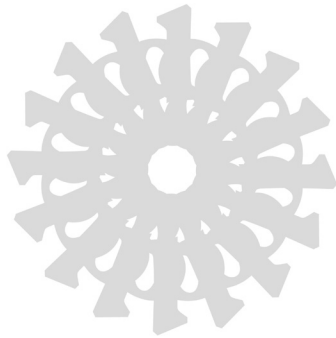
The argumentation used in defense of the parts heads to the persuasion of the judge and it is the logical structure of the judgment.

Bibliografia

- R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998.
- E. BERTI, *Il procedimento logico-formale e l'argomentazione retorica*, Dedalo, Bari 1993.
- F. CAVALLA, *Retorica, processo, verità*, Franco Angeli, Milano 2007.
- E.T. FETERIS, *Fundamentals of legal argumentation: a survey of theories on the justification of judicial decisions*, Kluwer, Dordrecht 1999.
- M. FUMAROLI, *Histoire de la rhétorique dans l'Europe moderne: 1450-1950*, PUF, Paris 1999.
- H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Bompiani, Milano 1992.
- A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano 2013.
- A. MARIANI MARINI (a cura di), *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano 2003.
- P. MORO, *Fondamenti di retorica forense. Teoria e metodo della scrittura difensiva*, Libreria Al Segno Editrice, Pordenone 2004.
- A. PENNACINI, *Forme del pensiero: studi di retorica classica*, Edizioni dell'Orso, Alessandria 2002.
- C. PERELMAN, *La réforme de l'enseignement du droit et la nouvelle rhétorique*, in AA.VV., *L'educazione giuridica. 1. Modelli di università e progetti di riforma*, a cura di N. PICARDI - R. MARTINO, Cacucci, Bari 2008.

- C. PLANTIN, *L'argumentation*, Seuil, Paris 1996.
- H. PRAKKEN, *Logical Tools for Modelling Legal Argument. A study of Defeasible Reasoning in Law*, Kluwer, Dordrecht 1997.
- E. RAIMONDI, *La retorica d'oggi*, Il Mulino, Bologna 2002.
- O. REBOUL, *Introduzione alla retorica*, Il Mulino, Bologna 1996.
- S. TOULMIN, *Gli usi dell'argomentazione*, Rosenberg & Sellier, Torino 1975.
- F.H. VAN EEMEREN - R. GROOTENDORST, *A systematic theory of argumentation. The Pragmatic-dialectical approach*, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- D. WALTON, *The new dialectic: conversational contexts of argument*, Toronto University Press, Toronto 1998.

ARGOMENTAZIONE E LINGUAGGIO



Se sia bene applicare le regole della lingua di genere alla lingua del diritto^{*}

Federigo Bambi

Sommario

Le norme e gli usi della lingua di genere non sono mere regolette pratiche, ma implicano un cambio radicale (addirittura rivoluzionario) della filosofia della società e del linguaggio, e possono costituire – se applicate in modo flessibile e ragionato – uno stimolo fondamentale perché il linguaggio giuridico raggiunga quello che dovrebbe essere il suo carattere essenziale, secondo l'idea dei più grandi giuristi: la chiarezza.

Non sempre la lingua del diritto è oscura, ricca di barocchismi, comprensibile solo agli iniziati (e spesso neppure a loro). In grandi giuristi (e fors'anche in quello della porta accanto, ma che non ha il privilegio della stampa) talora si trova una scrittura piacevole e chiara: lo dimostrano le pagine d'uno Scialoja, d'un Calamandrei, d'un Satta. E vien fuori anche l'idea che la chiarezza debba essere una caratteristica essenziale della proposizione giuridica: «Una idea non può essere giuridica se non in quanto sia chiara; perché il diritto è arte di tracciare limiti, e un limite non esiste se non in quanto sia chiaro. E poiché non vi è pensiero giuridico se non in quanto sia chiaro, tutto ciò che è oscuro può appartenere forse ad altre scienze, ma non al diritto!»¹.

E allora forse sarebbe bene che chi scrive di diritto abbandonasse davvero tutti gli orpelli e gli appesantimenti che da secoli contraddistinguono la lingua giuridica. Gli strumenti ci sono, anzi ci sarebbero, e interessano tutte le varie specie del linguaggio del diritto: a partire dalle regole fissate per una corretta costruzione del periodo del legislatore fino a quelle che riguardano la scrittura degli atti del processo. Sono regole semplici: e spesso basterebbe addirittura una scelta individuale che privilegiasse uno stile piano e conciso. Solo che altrettanto spesso questi strumenti vengono lasciati inutilizzati².

La situazione generale non appare tanto diversa da quella della lingua di genere, come testimonia un bel libro recente di Stefania Cavagnoli: anche qui

^{*} Con qualche modifica e l'aggiunta della bibliografia pubblico l'intervento svolto al convegno "Linguaggio giuridico e lingua di genere", organizzato dal Comitato pari opportunità dell'Ordine degli avvocati di Milano, e tenutosi il 21 novembre 2014 nell'Aula magna del Tribunale di Milano.

¹ V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Rivista del diritto commerciale*, IX/1911, I, p. 942.

² F. BAMBI, *La chiarezza della lingua del diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XLII/2013, pp. 191-200.

le regole ci sono, sarebbero anche di facile applicazione, «ma spesso nemmeno le istituzioni che le sostengono ne tengono conto»³.

Eppure, le raccomandazioni fatte da Alma Sabatini nel 1987 «per un uso non sessista della lingua italiana» prevedono regolette semplici, almeno sulla carta, e sono state riprese anche da manuali istituzionali e da provvedimenti ufficiali:

1. evitare il maschile non marcato o neutro o inclusivo (non “uomo” per “appartenente al genere umano”, ma “persona”);
2. evitare l'articolo con i cognomi femminili;
3. accordare il genere degli aggettivi con quello dei nomi che sono in maggioranza;
4. usare il genere femminile per i titoli professionali in riferimento alle donne⁴.

Anche se la stessa autrice si dichiarava perfettamente consapevole del rilievo che ha l'uso nella lingua, e della visione estremamente conservatrice che hanno di quest'ultima gli utilizzatori: «La lingua è una struttura dinamica che cambia in continuazione. Ciononostante la maggior parte della gente è conservatrice e mostra diffidenza – se non paura – nei confronti dei cambiamenti linguistici, che la offendono perché disturbano le sue abitudini o sembrano una violenza “contro natura”. Toccare la lingua è come toccare la persona stessa [...]. Certo è che, posti davanti al problema se accettare o meno un cambiamento, una nuova parola, si assume spesso un atteggiamento “moralistico” in difesa della “correttezza” della lingua, vista come una specie di cosa sacra, intoccabile»⁵.

Sicché quelle proposte venivano presentate quasi sotto condizione e con una ben riposta speranza: che, cioè, l'uso linguistico davvero le accogliesse.

Ma al di là delle regole da seguire, quello che ben più conta è il fine ultimo dell'operazione, come poi è stato precisato anche in seguito: creare una lingua non asimmetrica, cioè una lingua più chiara, che parli davvero a tutti, uomini e donne allo stesso modo, senza gerarchie “comunicative” e che soprattutto serva a riconoscere il ruolo paritario della donna nella società, tenendo conto che la «parità *de jure* e *de facto* fra donne e uomini implica anche il riconoscimento delle loro rispettive caratteristiche di genere, inteso come l'insieme di caratteri sociali e culturali che si accompagnano all'appartenenza all'uno o all'altro ses-

³ S. CAVAGNOLI, *Linguaggio giuridico e lingua di genere: una simbiosi possibile?*, Edizioni dell'Orso, Alessandria 2013, p. 6.

⁴ Cfr. C. ROBUSTELLI (a cura di), *Lingua, genere e politica linguistica nell'Italia dopo l'unità*, in A. NESI - S. MORGANA - N. MARASCHIO, *Storia della lingua e storia dell'Italia unita. L'italiano e lo stato nazionale*, Atti del IX Convegno ASLI, Firenze, 2-4 dicembre 2010, Cesati, Firenze 2011, p. 595.

⁵ A. SABATINI, *Raccomandazioni per un uso non sessista della lingua italiana*, in A. SABATINI (a cura di), *Il sessismo nella lingua italiana*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma 1987, p. 97; cfr. M. PAOLI, *Vittime di stalking o femminicidio: fu il troppo amore o il disprezzo?*, in N. MARASCHIO - D. DE MARTINO - G. STANCHINA (a cura di), *Lingue e diritti*, vol. I, *Le parole della discriminazione. Diritto e letteratura*, Firenze, 14 e 16 novembre 2013, Accademia della Crusca, Firenze 2014, p. 50.

so», e che – più sinteticamente – dunque «oggi la parità dei diritti passa per il riconoscimento – anche attraverso l'uso della lingua! – della differenza di genere», come sottolinea da tempo con forza Cecilia Robustelli⁶.

Calare questi strumenti nel mondo del diritto e nella sua lingua potrà avere un'efficacia terapeutica e contribuirà a raggiungere quel bene della chiarezza di cui il discorso giuridico ha ontologicamente bisogno, anche considerato che «un uso al maschile del linguaggio giuridico, soprattutto in riferimento a persone e cariche, p[uo]l compromettere la comprensibilità del testo, oltre a non rappresentare in modo corretto la realtà»⁷ Anche se bisognerà intendersi in concreto sugli strumenti per raggiungere il traguardo, perché il rischio di cadere invece nell'oscurità e quello di appesantire eccessivamente la trama del discorso sono sempre incombenti.

Perciò, non aderirei all'idea di chi sostiene che «le resistenze che si incontrano nell'applicazione di variazioni al linguaggio burocratico relativamente alla lingua di genere non sono giustificabili con scuse di appesantimento del testo (con lo sdoppiamento), in quanto il linguaggio è comunque già complesso e involuto»⁸. Dal mio punto di vista è vero il contrario: il linguaggio giuridico e quello burocratico vanno fatti dimagrire, devono essere semplificati e per questo sono da limitare il più possibile gli interventi «riparatori» a proposito del genere che implicino un raddoppiamento (es. lavoratori/lavoratrici, cittadini/cittadine, signori/signore): meglio scegliere – visto che è quasi sempre possibile – altre strategie comunicative, ugualmente rispettose e valorizzatrici della diversità di genere, come consiglia la *Guida alla redazione degli atti amministrativi* (2011)⁹ realizzata dall'ITTIG e dall'Accademia della Crusca, e ancor più recentemente il prezioso volumetto *Donne, grammatica e media*, pubblicato nel giugno 2014 da Cecilia Robustelli.

Dal versante opposto le medesime esigenze di chiarezza e di trasparenza potranno richiedere degli inserimenti e delle aggiunte. Si tratta della *vexata questio* dell'articolo di fronte al cognome, usato soprattutto per le autrici, molto meno per gli scrittori. A me non pare un «uso asimmetrico e soprattutto

⁶ C. ROBUSTELLI (a cura di), *Linguaggio e discriminazione e femminicidio*, in N. MARASCHIO - D. DE MARTINO - G. STANCHINA (a cura di), *Lingue e diritti*, vol. I, *Le parole della discriminazione. Diritto e letteratura*, cit., p. 62; C. ROBUSTELLI, *Donne, grammatica e media. Suggerimenti per l'uso dell'italiano*, GiULiA giornaliste, Roma 2014.

⁷ S. CAVAGNOLI, *op. cit.*, p. 97.

⁸ O. FORNARA, *Il linguaggio non sessista in Italia. Posizioni istituzionali e pratiche d'uso*, in G. GIUSTI (a cura di), *Mi fai male...*, Atti del Convegno, Venezia, 18-20 novembre 2008, Cafoscarina, Venezia 2008, pp. 152.

⁹ *Guida alla redazione degli atti amministrativi. Regole e suggerimenti*, a cura del gruppo di lavoro promosso dall'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica e dall'Accademia della Crusca, Firenze, Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica - Accademia della Crusca, <http://www.ittig.cnr.it/Ricerca/Testi/GuidaAttiAmministrativi.pdf>.

scortese»¹⁰; è utile invece per identificare subito chi scrive: basta avere l'accortezza – che in me, fiorentino, nasce spontanea – di riservare lo stesso trattamento agli autori maschi, e l'asimmetria subito sparisce.

E allora il punto di partenza sarà comunque quello di seguire un criterio improntato alla flessibilità, tenendo conto che le regole che pure da diverse parti sono state fissate, anche a livello normativo, non potranno essere applicate in modo meccanico, come del resto suggeriva la stessa Alma Sabatini nel 1987 a proposito in generale del problema del maschile non marcato, per il quale – diceva – «si potranno trovare delle soluzioni accettabili caso per caso»¹¹.

Naturalmente con tutte le difficoltà specifiche del linguaggio giuridico, che è (in parte, era) particolarmente scritto al maschile per insopprimibili ragioni storiche: «Il linguaggio giuridico è sicuramente il linguaggio di maggior prestigio e potere. È un linguaggio conservativo, maschile, in parte arcaico, in cui prevale la logica della conservazione e la cosiddetta non marcatezza»¹².

Ma alle volte le sfide più difficili sono proprio quelle che si vincono alla fine più rapidamente per il maggior slancio emotivo con il quale si affrontano. E in ballo adesso non c'è la questione di genere da sola, ma essa, insieme alle altre azioni positive che si sono intraprese, potrebbe essere il grimaldello per scardinare una volta per tutte la complessiva oscurità della lingua del diritto.

Insomma, le norme e gli usi della lingua di genere non sono mere regolette pratiche, ma implicano un cambio radicale (addirittura rivoluzionario) della filosofia della società e del linguaggio, e possono costituire uno stimolo fondamentale perché il linguaggio giuridico raggiunga quello che dovrebbe essere il suo carattere essenziale, secondo l'idea dei più grandi giuristi: la chiarezza.

Chiudo con due parole a proposito del suffisso *-essa*. Per confermare da un lato che la lingua deve comunque fare i conti con l'uso e con la storia (cosa che non stupisce certo i giuristi che da sempre sono abituati a confrontarsi con la consuetudine); per mostrare dall'altro, e in conseguenza, che saranno sempre la storia e l'uso a decidere se le creazioni linguistiche siano meritevoli di affermarsi oppure no.

Nel penultimo decennio dell'Ottocento Raffaello Fornaciari nella *Sintassi italiana dell'uso moderno* notava che: «La terminazione *-essa* è preferita a tutte le altre nell'uso comune quando si debba estendere a donna o una professione o una dignità propria principalmente o soltanto de' maschi. Quindi da professore si farebbe professoressa; da canonico canonichessa (non canonica che è il nome della casa parrocchiale) [...]; da avvocato avvocatessa e non avvocatessa che vale protettrice e si attribuisce quasi soltanto alla Madonna; da provveditore provveditoressa e non provveditrice che avrebbe senso più generico; da

¹⁰ S. CAVAGNOLI, *op. cit.*, p. 48.

¹¹ A. SABATINI, *op. cit.*, p. 99.

¹² S. CAVAGNOLI, *op. cit.*, p. 76.

medico medichessa (e non medica che sarebbe appena tollerato in poesia; da procuratore procuratoressa e non procuratrice)¹³.

Trascorso un secolo preciso, in conseguenza di un uso spesso scherzoso, se non denigratorio delle parole in *-essa* indicanti una professione al femminile, da Alma Sabatini si è sostenuto l'esatto contrario: i femminili in *-essa* dovrebbero essere banditi: dunque ad esempio non la presidentessa – che sa molto in senso scherzoso di “moglie del presidente” – ma la presidente. Con una triplice eccezione: professoressa, dottoressa e studentessa, nelle quali il suffisso invece «ha in gran parte perduto le sue connotazioni negative presenti invece nelle nuove formazioni (vigilessa, ecc.)»¹⁴. Insomma, in quest'ultimo caso l'uso, la consuetudine linguistica, e prima ancora il sempre maggior rilievo sociale delle donne in queste professioni, sono serviti a spurgare il sapore scherzoso e denigratorio che il suffisso in altri vocaboli aveva assunto, e le tre parole sono diventate stabili e comuni.

E avvocatessa? Per la quale una certa tradizione ci sarebbe, mentre per avvocatata ancora il GRADIT, *Il grande dizionario italiano dell'uso* di Tullio De Mauro¹⁵, introduceva la marca “scherzoso”. Il che andava anche bene, visto che per *dottora* la marca era “spregiativo”; trattato meglio professoressa con un “ironico”.

Io sto con Luca Serianni, che già vent'anni fa scriveva che, di fronte alle oscillazioni per indicare la donna che esercitava la professione forense (avvocatessa Maria Rossi, avvocato Maria Rossi, la donna avvocato ecc.), appariva opportuno propandare l'uso della forma suggerita da Alma Sabatini, e cioè avvocatata¹⁶. E mi sembra che, oltretutto, la consuetudine linguistica degli ultimi e degli ultimissimi anni abbia dimostrato la bontà della scelta.

E magari si farebbe anche bene a rammentare che un'Avvocata – con la A maiuscola – c'è sempre stata con un'alta funzione di patronato. Se oggi ce sono molte di più – la metà all'incirca di chi esercita la professione legale¹⁷ – non potrà che assicurare chi è chiamato a confrontarsi con la Giustizia.

¹³ R. FORNACIARI, *Sintassi italiana dell'uso moderno*, Sansoni, Firenze 1881, pp. 18-19; cfr. A.L. LEPSCHY - G. LEPSCHY - H. SANSON, *A proposito di -essa*, in *L'Accademia della Crusca per Giovanni Nencioni*, Le Lettere, Firenze 2002, pp. 397-398; C. ROBUSTELLI, *Lingua, genere e politica linguistica nell'Italia dopo l'unità*, cit., p. 591; C. ROBUSTELLI, *Parole al femminile, in Italia linguistica: gli ultimi 150 anni. Nuovi soggetti, nuove voci, un nuovo immaginario*, a cura di E. BENUCCI - R. SETTI, Le Lettere, Firenze 2011, pp. 59-63.

¹⁴ A. SABATINI, *op. cit.*, p. 116.

¹⁵ GRADIT - *Grande dizionario italiano dell'uso*, diretto da T. De Mauro, Utet, Torino 1999-2007, 8 voll.

¹⁶ L. SERIANNI, *Quesiti e risposte*, in *La Crusca per voi*, 8/1994, pp. 10-11.

¹⁷ I. LI VIGNI, *Avvocate. Sviluppo e affermazione di una professione*, Franco Angeli, Milano 2013, p. 19.

Abstract

Whether the rules of gender language should be applied to legal language. The rules and usages of gender language are not mere rules of thumb, but imply a radical (indeed revolutionary) change in the philosophy of society and language, and, if applied in a flexible and reasoned way, they can be a fundamental stimulus for legal language to achieve what should be its essential character, in the view of the greatest jurists: namely, clearness.

La retorica forense come pilastro dell'argomentazione giuridica

Note sparse a margine dell'opera di Maurizio Manzin

Paolo Doria

Sommario

Dopo il vuoto culturale in materia di retorica forense creatosi a partire dall'inizio dell'Ottocento, solo dopo quasi due secoli, verso la fine del Novecento, nel nostro paese si è riscoperto il valore fondamentale per la professione di avvocato dell'argomentazione giuridica basata sull'esperienza classica. Il Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale e la Scuola Superiore dell'Avvocatura da un lato, il CERMEG, dall'altro, hanno costituito due poli essenziali per valorizzare lo studio e la diffusione dell'argomentazione giuridica sia a livello accademico che pratico. In quest'ottica l'ultimo libro di Maurizio Manzin rappresenta la sintesi di dieci anni di lavoro dedicati al ragionamento e alla prospettiva processuale del diritto.

Premessa: la “riscoperta” dell'argomentazione giuridica

Il tema dell'argomentazione giuridica è stato riscoperto nel nostro paese in tempi relativamente recenti, sul finire del secolo scorso, solo in seguito all'urgenza imposta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che poneva in discussione l'esistenza stessa della struttura ordinistica della professione forense, nell'imperversare della diffusione della concezione mercantilista delle libere professioni sempre più assimilate a vere e proprie imprese.

Questa urgenza si associava all'entrata in crisi del tradizionale modello di formazione forense a causa del grande afflusso di giovani laureati alla pratica professionale e dell'inadeguatezza del tirocinio a garantire un percorso formativo idoneo rispetto alle nuove esigenze legali della società moderna.

La formazione tradizionale passava attraverso l'apprendimento del mestiere “a bottega”, dove il giovane allievo apprendeva la tecnica (ma anche l'arte) dal proprio maestro.

I grandi cambiamenti in poco tempo resero questo schema irrimediabilmente superato: i maestri non c'erano più e comunque non erano sufficienti a garantire una formazione di massa, e i giovani praticanti erano costretti ad apprendere le tecniche professionali tramite l'arte di arrangiarsi, conoscendo il triste fenomeno dello sfruttamento in attività di mera manovalanza burocratica prive di qualsiasi pregnanza autenticamente formativa.

Questa crisi era ulteriormente aggravata dal distacco che si era venuto progressivamente a creare tra l'università e la professione forense fino a determinare due mondi assolutamente separati e incapaci di dialogare tra di loro.

Contemporaneamente veniva messa definitivamente in discussione anche la concezione normocentrica del diritto¹ che aveva portato a privilegiare lo schema dell'insegnamento didattico basato sulla lezione frontale a scapito del paradigma dialettico fondato sul metodo casistico².

In questo scenario le componenti più avvedute dell'avvocatura e dell'accademia cominciavano ad interrogarsi sul futuro dei rispettivi ruoli in funzione di un nuovo modello formativo da proporre ai giovani e alla società.

Per affrontare questi problemi il Consiglio Nazionale Forense nel 1999 fondava il Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati³, a cui faceva seguito la fondazione della Scuola Superiore dell'Avvocatura nel 2006⁴.

Nel frattempo si costituiva, nel 2004, presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento, per iniziativa di Maurizio Manzin, il Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica (CERMEG), che subito otteneva l'adesione di studiosi provenienti sia dall'accademia (principalmente dalla scuola padovana di filosofia del diritto del prof. Cavalla), sia dal foro.

Questi due poli culturali iniziavano immediatamente una preziosa attività di studio ed approfondimento delle problematiche sottese alla formazione didattica forense, producendo contributi scientifici, convegni e strumenti di insegnamento per le scuole di formazione per i giovani avvocati⁵.

¹ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano 2013, p. 132.

² Sul metodo casistico: P. MORO, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, Libreria al Segno, Pordenone 2009, pp. 44 ss.; P. DORIA, *Il metodo casistico, la retorica forense e la redazione dei testi giuridici nella scuola di formazione degli avvocati*, in P. MORO (a cura di), *Educazione forense. Sul metodo della didattica giuridica*, Edizioni Università di Trieste, Trieste 2011, pp. 67 ss.; ID., *Il metodo casistico nella didattica forense alla luce della legge di riforma professionale n. 247 del 2012*, in *Cultura e diritti*, 2/2013, pp. 37 ss.

³ Sull'attività del Centro di formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati, vedasi *Relazione di un quadriennio (2000-2003)*, a cura del CNF, Roma 2003.

⁴ G. ALPA - A. MARIANI MARINI (a cura di), *La scuola superiore dell'avvocatura. Dossier di presentazione*, Scuola Superiore dell'Avvocatura, Roma 2009.

⁵ Tra le tante pubblicazioni promosse dal Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati e della Scuola Superiore dell'Avvocatura: A. MARIANI MARINI (a cura di), *Il linguaggio, la condotta, il metodo*, Il Sole 24 Ore, Milano 2001; ID., *Le strategie della difesa. Argomentazione, comunicazione, tecniche processuali*, Il Sole 24 Ore, Milano 2002; ID., *La lingua, la legge, la professione forense*, Giuffrè, Milano 2003; ID., *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano 2003; A. MARIANI MARINI - M. PAGANELLI, *L'avvocato e il processo. Le tecniche di difesa*, Giuffrè, Milano 2003; A. MARIANI MARINI, *L'argomentazione e il metodo nella difesa*, Plus - Pisa University Press, Pisa 2004; U. VINCENTI - A. MARIANI MARINI - F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Plus - Pisa University Press, Pisa 2004; A. MARIANI MARINI (a cura di), *Processo e verità*, Plus - Pisa University Press, Pisa 2005; A. MARIANI MARINI - D. CERRI (a cura di), *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*, Plus - Pisa University Press, Pisa 2007; G. ALPA - A. MARIANI MARINI (a cura di), *La formazione dell'avvocato in Europa*, Plus - Pisa University Press, Pisa 2009; ID., *I diritti umani e fondamentali nella formazione dell'avvocato europeo*, Plus - Pisa University Press,

Ci si era resi conto, infatti, che la crisi del modello tradizionale del praticantato aveva messo in luce delle carenze e dei vuoti culturali che affondavano le radici nel giuspositivismo e nel razionalismo settecentesco che avevano spazzato via per quasi due secoli l'insegnamento dell'argomentazione giuridica e della retorica forense dalle università.

Alarico Mariani Marini, all'atto della fondazione del Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati, era costretto ad ammettere che «per alcune aree di insegnamento si parte letteralmente da zero»⁶. Naturalmente si faceva riferimento alle tecniche di persuasione, alla ricerca, alla metodologia⁷ e all'argomentazione giuridica.

Del resto, la riscoperta dell'importanza della teoria dell'argomentazione giuridica e della retorica forense è tradizionalmente collegata alla pubblicazione del *Trattato dell'argomentazione* di Chaim Perelman dopo la metà del XX secolo⁸. Tra gli scopi di Perelman c'era il recupero della retorica antica: ogni argomentazione si sviluppa in funzione di un uditorio, tentando di ottenere l'adesione tramite un ragionamento convincente per qualunque persona ragionevole⁹.

Pisa 2010; ID., *Etica professionale e responsabilità sociale dell'avvocato europeo*, Plus - Pisa University Press, Pisa 2013; A. MARIANI MARINI, *Il tempo che verrà. Avvocatura e società*, Pisa University Press, Pisa 2012; A. MARIANI MARINI - F. BAMBI, *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, Pisa University Press, Pisa 2013; il Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati e la Scuola Superiore dell'Avvocatura hanno curato anche la pubblicazione delle riviste *Diritto & formazione*, *Diritto e formazione* e *Cultura e diritti*. Tra le pubblicazioni a cura del CERMEG: G.A. FERRARI - M. MANZIN (a cura di), *La retorica tra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Giuffrè, Milano 2004; M. MANZIN - P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Giuffrè, Milano 2006; M. MANZIN - F. PUPPO (a cura di), *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio tra principio e regola*, Giuffrè, Milano 2008; D. PATTERSON, *Diritto e verità*, Giuffrè, Milano 2010; M. MANZIN - P. MORO (a cura di), *Retorica e deontologia forense*, Giuffrè, Milano 2010; F. CAVALLA (a cura di), *Retorica, processo, verità. Principi di filosofia forense*, FrancoAngeli, Milano 2007; M. MANZIN, *Ordo iuris. La nascita del pensiero sistematico*, FrancoAngeli, Milano 2008; P. MORO (a cura di), *Etica, informatica, diritto*, FrancoAngeli, Milano 2008; F. PUPPO (a cura di), *La contraddizione che nol consente. Forme del sapere e valore del principio di non contraddizione*, FrancoAngeli, Milano 2010.

⁶ A. MARIANI MARINI, Introduzione a *Un modello formativo per l'avvocatura*, a cura del Censis e del Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati, Giuffrè, Milano 2000, p. 23.

⁷ Sul metodo giuridico: G. ALPA, *Il metodo nel diritto civile*, in *Contratto e impresa*, 2000, pp. 357 ss.; U. VINCENTI, *Metodologia giuridica*, Cedam, Padova 2009.

⁸ C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Presses Universitaires de France, Parigi 1958, e pubblicato in Italia a cura di N. BOBBIO con il titolo *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino 1966 (ultima edizione 2013); di C. PERELMAN vedasi anche *Logica giuridica, nuova retorica*, Giuffrè, Milano 1979. Sul tema: A. CATTANI - P. CANTÙ - I. TESTA - P. VIDALI, *La svolta argomentativa*, Loffredo, Napoli 2009.

⁹ C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, cit., pp. 26 ss.

Tuttavia, l'opera di Perelman è stata recepita con grave ritardo nel nostro paese così come i testi fondamentali sull'argomentazione giuridica di Neil MacCormick¹⁰ e Robert Alexy¹¹, pubblicati in Italia solo dopo vent'anni dalle edizioni originali¹².

Questo grave ritardo nella diffusione della cultura dell'argomentazione giuridica classica è ulteriormente ostacolato da resistenze provocate da altri modelli formativi proposti per la professione forense.

Nel pluralismo delle offerte formative¹³, infatti, si riscontra un consolidato indirizzo che propone (a pagamento) l'adozione di paradigmi e schemi della moderna psicologia del lavoro, traendo spunti dalle esperienze ormai ultradecennali maturate nell'ambito della formazione commerciale e pubblico-amministrativa, che portano a valorizzare strategie di marketing¹⁴, tecniche relazionali e processi della comunicazione. Vengono proposti corsi con titoli suggestivi basati sulla leadership e sulla comunicazione a scopo persuasivo, utilizzando tecniche di gruppo¹⁵ che vengono immediatamente sterilizzate da chi le conosce perché non si basano su argomentazioni razionali ma su semplici suggestioni o emozioni suscitate artatamente nell'uditorio.

Il modello formativo privilegiato dalla Scuola Superiore dell'Avvocatura e dal CERMEG, invece, punta al recupero della metodologia giuridica e della retorica classica, opportunamente rivisitate secondo le esigenze di una società complessa come quella moderna. Peraltro, la scelta del modello classico nella formazione dell'oratore non prescinde affatto dall'adeguata valorizzazione dell'aspetto psicologico della difesa¹⁶, del processo e dei protagonisti del processo¹⁷: Aristotele e Cicerone avevano la perfetta consapevolezza della rilevan-

¹⁰ N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, 1ª ed., Oxford University Press, Oxford 1978; ed. italiana a cura di V. Villa, Giappichelli, Torino 2001.

¹¹ R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, 1ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag 1978; ed. italiana a cura di M. La Torre, Giuffè, Milano 1998.

¹² A. MARIANI MARINI, *Il tempo che verrà. Avvocatura e società*, Plus - Pisa University Press, Pisa 2012, p. 128.

¹³ Il pluralismo dell'offerta formativa è previsto dal 1° comma dell'art. 43 della legge n. 247/2012; tuttavia, per una visione critica sul «dominante spontaneismo delle offerte formative»: M. MANZIN, *La formazione dei formatori. Come s'insegna nel "ginnasio forense"*, in P. MORO (a cura di), *Educazione forense. Sul metodo della didattica giuridica*, Ed. Università di Trieste, Trieste 2011, p. 29.

¹⁴ Per una critica di questa impostazione, vedasi A. MARIANI MARINI, *Agli antipodi dell'azzec-cagarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, Iovene, Napoli 2009, p. 50.

¹⁵ E. ZOLLA, *Che cos'è la tradizione*, Adelphi, Milano 1998, pp. 155 ss.

¹⁶ Il giurista deve avere una sensibilità psicologica verso l'uditorio: F. CAVALLA, *La via retorica alla verità*, in U. VINCENTI - A. MARIANI MARINI - F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, cit., p. 130.

¹⁷ U. VINCENTI, in U. VINCENTI - A. MARIANI MARINI - F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, cit., p. 38; QUINTILIANO, *Instit. Orat.*, XII, 7, 56; per la preparazione del testimone, V, 7, 11; CICERONE, *De oratore*, II, 42, 178; ARISTOTELE, *Retorica*, II, 1 e II, 4.

za delle emozioni nella comunicazione forense, ma mantenevano l'elemento psicologico sempre nell'ambito della tecnica persuasiva senza sopravvalutarlo come scienza autonoma¹⁸. Il capolavoro della retorica di Aristotele consiste proprio nella fusione dell'*éthos*, cioè le doti di carattere e d'animo dell'oratore, con il *pathos*, ovvero la capacità di suscitare emozioni nell'uditorio a scopo persuasivo. Del resto, alcuni tentativi della psicologia moderna di rinvenire nuove tecniche della persuasione portano semplicemente a riscoprire conoscenze che già erano patrimonio consolidato dell'antichità¹⁹.

Lo scopo del giurista non è quello di persuadere agendo sul piano psicologico per indurre il giudice ad aderire emotivamente ad una tesi, ma è quello di convincere i propri interlocutori del fondamento della propria argomentazione sulla base di principi di ragionevolezza universalmente condivisi, pur valorizzando adeguatamente anche il piano emotivo per dare maggiore efficacia all'esposizione delle proprie tesi difensive²⁰.

La prospettiva processuale del diritto

Nel deserto culturale in materia di argomentazione provocato dal razionalismo settecentesco e dal dogmatismo ottocentesco, si sono opposti all'imperversare dei furori antiretorici alcuni studiosi di filosofia del diritto che hanno posto l'attenzione delle loro opere alla prospettiva processuale del diritto. Faccio riferimento, in particolare, a Giuseppe Capograssi²¹, Salvatore Satta²², Enrico Opocher²³ e Francesco Cavalla²⁴.

Grazie a questi studiosi si è creata una corrente di pensiero, certamente minoritaria nell'ambito della filosofia del diritto almeno fino alla fine del XX secolo, che però ora assicura delle basi di sviluppo per tutti coloro che si occupano di ragionamento giuridico e argomentazione forense²⁵.

Infatti, secondo questa prospettiva, «il momento specifico ed irrinunciabile del diritto è la controversia giudiziale, che si manifesta come fenomeno onto-

¹⁸ R. GUENON, *La crisi del mondo moderno*, Ed. Mediterranee, Roma 1997, p. 76; R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano 1997, p. 282.

¹⁹ M. PIATTELLI PALMARINI, *L'arte di persuadere*, Mondadori, Milano 1995, p. 35.

²⁰ A. MARIANI MARINI, *Il ragionamento dell'avvocato. Le tecniche dell'argomentazione nel discorso giudiziale*, in *Diritto e formazione*, 2/2008, p. 286; A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 478-479.

²¹ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Giuffrè, Milano 1962.

²² S. SATTA, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano 1994.

²³ E. OPOCHER, *Analisi dell'idea della giustizia*, Giuffrè, Milano 1977.

²⁴ F. CAVALLA, *La prospettiva processuale del diritto*, Cedam, Padova 1991.

²⁵ P. MORO (a cura di), *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, FrancoAngeli, Milano 2012; F. PUPPO, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di logica giuridica*, Cedam, Padova 2012; U. VINCENTI, *Argomenti e decisioni argomentate correttamente*, in *L'argomentazione e il metodo nella difesa*, a cura di A. MARIANI MARINI - F. PROCCHI, Pisa University Press, Pisa 2004, pp. 35 ss.

logicamente (anche se non cronologicamente) originario rispetto alla regola legale, la quale, appunto, soltanto nel processo trova la propria applicazione e interpretazione»²⁶.

Questa impostazione consente di valorizzare adeguatamente il modello didattico casistico della tradizione dialettica e retorica puntando allo studio del contraddittorio, della contestazione e della prova per giungere ad un metodo logico di soluzione della controversia giudiziaria.

In quest'ottica bisogna saper congiungere la teoria²⁷ alla prassi²⁸, ovvero bisogna saper utilizzare correttamente il processo ermeneutico di interpretazione della norma, perché l'apprendimento del diritto non può mai cessare del tutto di essere dogmatico, dovendo comprendere «la conoscenza dei testi e l'esposizione dei principi»²⁹; individuata la regola applicabile con questo processo interpretativo, bisogna condurre l'analisi del fatto controverso attraverso il sistema delle prove assunte nel giusto processo, per addivenire ad una conclusione condivisa dall'uditorio.

Il grande problema che si pone, nella crisi delle fonti del diritto, è che la norma non è più rappresentata dalla legge, ma da principi derivanti dall'interpretazione giurisprudenziale, dalla normativa europea e sovranazionale e dalla tutela di diritti umani e fondamentali che si rispecchiano nella funzione etica e pubblica della professione forense.

La nuova sfida del giurista è proprio quella di acquisire un metodo argomentativo che gli consenta di dibattere razionalmente nel confronto dialettico rappresentato dal contraddittorio processuale per sostenere la fondatezza della propria tesi senza ricorrere agli stratagemmi dell'eristica e alla manipolazione psicologica dell'uditorio.

L'opera di Maurizio Manzin alla ricerca della riconciliazione tra accademia e foro e dell'elaborazione di un itinerario razionale del ragionamento giuridico

Maurizio Manzin, tra i promotori della fondazione del CERMEG e suo presidente, ha dedicato gli ultimi dieci anni della sua ricerca scientifica all'argomentazione giuridica e alle retorica forense.

²⁶ P. MORO, *Il diritto come processo. Una prospettiva critica per il giurista contemporaneo*, in P. MORO (a cura di), *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, cit., p. 14.

²⁷ M. MANZIN, *La formazione dei formatori. Come s'insegna nel "ginnasio forense"*, in P. MORO (a cura di), *Educazione forense. Sul metodo della didattica giuridica*, cit., p. 28.

²⁸ Non bisogna mai dimenticare che il diritto è una scienza pratica: G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. XII e 110; G. ALPA, *Prassi*, in *Contratto e impresa*, 1994, pp. 1374 ss.; M. MANZIN, *Presentazione a Metodologia della scrittura forense. Manuale di redazione del parere motivato e dell'atto giudiziale*, a cura di P. MORO, SEAC, Trento 2006, pp. 7-8; A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 141. Il principio è sancito dall'antico brocardo *ex facto oritur ius*.

²⁹ S. SATTA, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano 1994, p. 39.

Manzin non è avvocato ed è professore ordinario di filosofia del diritto presso l'Università di Trento³⁰.

Questo non gli ha impedito di addentrarsi nei problemi della professione forense occupandosi dei temi della formazione, della distanza della prassi rispetto all'accademia e dello sviluppo di una teoria dell'argomentazione che recuperi gli insegnamenti della retorica classica.

Il suo ultimo libro, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*³¹, rappresenta la sintesi di questo decennio dedicato al ragionamento giudiziale.

L'Autore ha rielaborato alcuni saggi che erano stati pubblicati separatamente, anche in lingue straniere, dandone un'adequata veste organica, dopo un'attenta rilettura e una rivisitazione che ha portato ad una sostanziale nuova edizione interamente riveduta.

I saggi sono tutti accomunati dallo scopo di elaborare un itinerario razionale che possa fungere da paradigma per quell'insieme di operazioni necessarie per dirimere una controversia: in sostanza, Maurizio Manzin elabora un metodo argomentativo per la difesa giudiziale.

Anche Manzin evidenzia il ritardo e lo scarso interesse della dottrina italiana per la fondamentale opera di Perelman, che pure non viene recepita acriticamente dall'Autore.

Perelman, infatti, pur essendo positivista, apre alla prospettiva processuale del diritto ponendo l'attenzione sulla fase applicativa, sottraendo il diritto al normocentrismo giuspositivo, prevedendo lo spostamento del *civil law* verso i sistemi anglosassoni di *common law*.

Per Manzin, Perelman attacca il sistema tradizionale basato sul sillogismo giudiziale, ritenendo che la logica applicabile al processo sia di tipo argomentativo-entimematico.

³⁰ Tra le tante opere di M. MANZIN: *Ricordando Perelman: dopo ed oltre la Nouvelle rhétorique*, in G. FERRARI e M. MANZIN (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale: questioni di metodo*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 17 ss.; ID., *Verso una prospettiva globale?*, in *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 3 ss.; ID., *La questione retorica alle origini dell'umanesimo giuridico*, in F. CAVALLA (a cura di), *Retorica, processo, verità*, FrancoAngeli, Milano 2007, pp. 85 ss.; ID., *Del contraddittorio come principio e come metodo*, in M. MANZIN - F. PUPPO (a cura di), *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 3 ss.; ID., *Avvocati custodi del processo: alle radici della deontologia forense*, in M. MANZIN - P. MORO (a cura di), *Retorica e deontologia forense*, Giuffrè, Milano 2010, pp. 3 ss.; ID., *In principio era il contraddittorio*, in *La giustizia penale*, 2010, pp. 397 ss.; ID., *La verità retorica del diritto*, in D. PATTERSON, *Diritto e verità*, Giuffrè, Milano 2010, pp. IX-LI; ID., *La svolta argomentativa in Italia e il contributo della metodologia alla formazione del giurista pratico*, in *Cultura e diritti*, 1/2012, pp. 63 ss., e 2/2012, pp. 21 ss.

³¹ M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture, sul ragionamento processuale*, Giappichelli, Torino 2014.

Perelman supera il concetto di persuasione come semplice fatto psicologico: non è vero quanto sostenuto dal determinismo causalista, ovverosia che con una certa azione suggestiva possa ottenersi una reazione certa ed obbligata per il carattere necessario del meccanismo psicologico.

Maurizio Manzin, peraltro, critica l'applicazione disinvolta dell'insegnamento aristotelico da parte di Perelman, che tratteggia in modo confuso il paradigma argomentativo della logica e della retorica; nel trattato l'argomentazione logica è riservata ad un uditorio generale, mentre quella retorica ad un uditorio particolare. Ma il concetto di uditorio rimane piuttosto ambiguo³².

Per Maurizio Manzin solo l'adozione di una metodologia razionale come la retorica forense consente di spostare il ruolo del giudice da un piano autoritativo ad uno logico, di attuare la parità tra le parti nel processo e di avviare un circolo virtuoso nella formazione di magistrati ed avvocati spostandolo sull'insegnamento del metodo.

Un fenomeno deteriore provocato dalla scissione tra la prassi e la teoria ha fatto fiorire il cinismo giudiziario: i praticanti o i giovani avvocati si accorgono che gli insegnamenti universitari non si applicano nella pratica, così tendono ad imitare cinicamente le astuzie degli avvocati mestieranti³³.

Invece, per Manzin bisogna opportunamente recuperare un corretto metodo razionale argomentativo: la capacità di generare persuasione dipende dalla razionalità delle procedure discorsive utilizzate, e tale razionalità concerne sia le premesse del discorso, sia la loro connessione.

La nozione di persuasione impostata in questa guisa, liberata dalle interpretazioni psicologistiche, consente di dimostrare la natura retorica della verità giuridica: è la verità che dura per un istante³⁴. L'adozione di un metodo argomentativo razionale consente di confrontare il diritto con le scienze empiriche, che pure sono entrate in crisi nel corso del Novecento con il tramonto del cartesianesimo. Le scienze empiriche conducono esperimenti i cui risultati sono garantiti dalla corrispondenza tra stati di fatto e descrizioni linguistiche; la retorica non ha il carattere della dimostrazione scientifica, ma punta a costruire affermazioni che nessuno dei dialoganti riesca a mettere in contraddizione³⁵.

In sostanza la retorica, come le scienze empiriche, garantisce i propri risultati anche sulla base della non contraddizione fra le sue premesse e le sue conclusioni.

³² M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture, sul ragionamento processuale*, cit., p. 23.

³³ M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture, sul ragionamento processuale*, cit., p. 42.

³⁴ M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture, sul ragionamento processuale*, cit., p. 77.

³⁵ M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture, sul ragionamento processuale*, cit., p. 90.

Peraltro, va precisato che, quando si tratta dell'argomentazione giuridica, non esiste alcuna formula per assicurare la vittoria nel processo, perché non è possibile l'individuazione di un percorso logico-concettuale in grado di garantire prevedibilmente una decisione³⁶. Le regole della tecnica dell'argomentazione sono di metodo e non garantiscono la vittoria nel giudizio, ma impediscono gli errori.

Il processo metodologico dell'argomentazione retorica è il seguente³⁷:

1. Bisogna innanzi tutto ricercare le premesse, ovverosia disposizioni legali, regole giurisprudenziali, principii (*quaestio iuris*) e condotte rappresentate attraverso le prove (testimonianze, consulenze ecc.: *quaestio facti*).
2. Bisogna poi correlare logicamente le premesse normative con quelle fattuali.
3. Infine, si deve dare la conclusione entimematica (basata su premesse probabili e non certe), ovverosia bisogna trarre la conclusione sul piano della decisione senza incorrere in contraddizione.

Il carattere probabile del discorso retorico indica che la struttura retorica è sempre provvisoria e vale solo in un certo luogo e in certo tempo.

Maurizio Manzin esamina anche l'opera di Opocher per il quale la verità in termini processuali significa che una determinata pretesa o atto devono essere determinati in modo che possano essere accettati come veri³⁸.

In ambito giudiziario non si perviene ad una verità assoluta, ma ad una verità (con la v minuscola) processuale che si consuma nel contesto della storia, ma nell'ambito del singolo processo «illumina l'esperienza con un bagliore di verità»³⁹. Per l'Autore l'opera di Opocher è condivisibile laddove la funzione veritativa viene annessa al processo, anche se non condivide la dualizzazione tra verità "assoluta" e verità "con la v minuscola". La verità (anche quella processuale) appare all'esito di un processo logico-probatorio come ciò che è provvisoriamente innegabile: non sta per se stessa né su un piedistallo metafisico, né nei "fatti" (che noi sussistono solo come rappresentazioni)⁴⁰.

L'opera di Manzin coinvolge anche il contraddittorio processuale: il superamento della cultura normocentrica del diritto e l'apertura alla prospettiva

³⁶ A. GENTILI, *La tecnica dell'argomentazione*, in *Diritto e formazione*, 2009, p. 111; U. VINCENTI, *La struttura argomentativa del diritto occidentale*, in U. VINCENTI - A. MARIANI MARINI - F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Plus - Pisa University Press, Pisa 2004, p. 46.

³⁷ M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture, sul ragionamento processuale*, cit., pp. 92-93.

³⁸ M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture, sul ragionamento processuale*, cit., p. 102.

³⁹ M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture, sul ragionamento processuale*, cit., p. 106.

⁴⁰ Per un approfondimento sulla verità processuale, il c.d. "vero giuridico": P. DORIA, *Il metodo giuridico e la tecnica difensiva. La strategia processuale dell'avvocato civilista*, in P. MORO (a cura di), *Il Diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, cit., p. 138, con particolare riferimento alle note 66-68.

processuale consentono di realizzare pienamente il contraddittorio attraverso il principio dialogico e il metodo retorico⁴¹. Per l'Autore la riappropriazione della classe forense dei tratti costitutivi e originari della sua identità può trovare un'occasione imperdibile nella realizzazione dell'istituto del contraddittorio⁴².

Per il professore trentino, fondamentale per il giurista è lo studio del principio di non contraddizione, che ha una funzione sia logica che ontologica.

In sostanza, il fulcro del diritto è sempre meno la norma rispetto al processo e il sistema argomentativo migliore è quello di derivazione classica secondo gli insegnamenti di Platone e di Aristotele⁴³.

L'epistemologia giuridica moderna ha un carattere pluralista che coinvolge diverse discipline: la logica, la linguistica, la storia, la teologia, l'antropologia, la sociologia, ecc.; pertanto, per il giurista sono indispensabili diverse competenze che si possono acquisire solo con un indefesso studio multidisciplinare.

La cultura giuridica italiana è stata influenzata per lungo tempo dal modello formalistico del ragionamento giudiziale basato sul sillogismo del giudice che rappresenterebbe la *bouche de la loi*, fungendo da mero ripetitore di norme giuridiche⁴⁴.

L'ideologia moderna basata sul positivismo presuppone che il sistema sia completo e univoco; invece, nel mondo reale, i discorsi non sono né univoci, né completi.

Infatti, il sillogismo giudiziale non è logico-dimostrativo ma argomentativo⁴⁵: il giudice deve interpretare la norma e ricostruire un fatto accaduto nel passato.

Il ragionamento giudiziale deve sottoporre le argomentazioni delle parti ad una prova di plausibilità, ad una prova di coerenza e ad una prova dialettica basata sul principio di non contraddizione; poi, deve assemblare e statuire sulle premesse del sillogismo; infine, deve connettere con l'inferenza le premesse per accogliere una tesi delle parti o anche una intermedia⁴⁶.

La conclusione del ragionamento giudiziale è rappresentata dalla verità processuale che dovrebbe essere qualificata come probabile, perché le premesse non sono necessariamente vere, essendo valutate nell'ambito di un entimema.

⁴¹ M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture, sul ragionamento processuale*, cit., p. 122.

⁴² Sul tema vedasi anche F. GALGANO, *Il contraddittorio processuale è ora nella Costituzione, in Contratto e impresa*, 2000, pp. 1083 ss.

⁴³ M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture, sul ragionamento processuale*, cit., p. 143.

⁴⁴ M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture, sul ragionamento processuale*, cit., p. 151 e 176.

⁴⁵ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 512, 550 e 576; P. DORIA, *Il metodo giuridico e la tecnica difensiva. La strategia processuale dell'avvocato civilista*, in P. MORO (a cura di), *Il Diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, cit., p. 153.

⁴⁶ M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture, sul ragionamento processuale*, cit. p. 160.

L'argomentazione retorica condotta in questo modo è governata dalla coerenza e non costituisce una forma di ragionamento più debole rispetto alla dimostrazione scientifica, anche se è diversa nella durata perché può essere messa subito dopo in discussione⁴⁷.

Maurizio Manzin conclude la propria opera valorizzando l'aspetto deontologico dell'avvocato, definito custode del processo.

Infatti, la formazione della sentenza è un'operazione complessa a cui partecipano tutti gli agenti del processo, e non solo il giudice secondo l'impostazione kelseniana.

La tradizione classica ci tramanda la figura del *vir bonus dicendi peritus*, che è il prodotto della formazione retorica del giurista; invero la qualificazione *bonus* e *peritus* non va intesa nel duplice senso di abilità e probità professionale come virtù distinte, ma in un unico concetto dove la capacità tecnica e la dote morale si integrano ontologicamente, essendo il *bonus* il fondamento e la misura del *peritus*⁴⁸.

La separazione nell'avvocato dei tre livelli ontologico, logico e deontologico, iniziata con il processo di secolarizzazione a partire dal XIV secolo, ha portato alla cattiva fama di cui gode tuttora la professione forense⁴⁹.

L'avvocato deve custodire la memoria della propria identità originaria che consiste nel difendere la parte, ma attraverso l'esposizione delle sue ragioni.

Nell'opera concorrente alla formazione della verità giudiziale l'avvocato diviene il custode del processo⁵⁰.

L'opera di Maurizio Manzin non poteva chiudersi con una chiosa migliore, riportando l'essenzialità della funzione deontologica dell'avvocato anche in ambito argomentativo, distaccandosi in modo decisivo dalla dialettica eristica di Schopenhauer.

Il lavoro del filosofo del diritto trentino conclude, come scrivevo innanzi, un percorso decennale di studi dedicati all'argomentazione giuridica e alla professione forense. Non c'è dubbio che le riflessioni di Maurizio Manzin costituiscano materiale prezioso per la formazione didattica degli avvocati⁵¹, perché indicano un percorso metodologico del ragionamento giuridico basato su principi razionali con un'assoluta attenzione all'ambito deontologico.

⁴⁷ M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture, sul ragionamento processuale*, cit., p. 168.

⁴⁸ M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture, sul ragionamento processuale*, cit., p. 178.

⁴⁹ M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture, sul ragionamento processuale*, cit., p. 184.

⁵⁰ M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture, sul ragionamento processuale*, cit., p. 185.

⁵¹ M. MANZIN da sempre è attento alla formazione forense: *La formazione dei formatori. Come s'insegna nel "ginnasio forense"*, in P. MORO (a cura di), *Educazione forense. Sul metodo della didattica giuridica*, cit., pp. 25 ss.

L'augurio è che questo percorso costituisca solo «un (momentaneo) punto d'arrivo»⁵² e che Maurizio Manzin continui a dedicarsi allo studio dell'argomentazione forense per contribuire a ricreare una cultura giuridica italiana basata sul patrimonio della tradizione classica.

Bisogna vincere la diffidenza (e l'ignoranza) di quanti rifiutano il contributo della filosofia del diritto nell'ambito del processo, considerando che l'avvocato, nel momento stesso in cui imposta la propria argomentazione, diviene a propria volta filosofo, ancorché inconsapevolmente⁵³.

Solo in questo modo, con il recupero del nostro patrimonio che deriva dalla sapienza classica, si potrà superare questo grave momento di crisi culturale e identitaria che attanaglia l'avvocatura nel difficile attraversamento della presente età di transizione.

Abstract

After the cultural void in legal rhetoric (since the beginning of XIX until the end of XX Cent.) in our country has been rediscovered the fundamental value, for the legal profession, of legal argumentation based on the experience of classic writers and philosophers. The Center for lawyers training and the Scuola Superiore dell'Avvocatura on the one hand, the CERMEG, on the other, have formed two reference centers to enhance the study and dissemination of legal argumentation in academic and practical context. In this perspective, the latest book by Maurizio Manzin represents the synthesis of ten years of work dedicated to the reasoning and the prospect of procedural law.

⁵² M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture, sul ragionamento processuale*, cit., p. 5.

⁵³ N. IRTI, *La filosofia di una generazione*, in *Contratto e impresa*, 6/2011, pp. 1295 ss.; F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in *Retorica, processo, verità. Principi di filosofia forense*, cit., p. 16.

Meditazioni in tema di motivazione*

Stefano Racheli

Sommario

1. Un quesito di fondo: cosa accade quando “applichiamo” una norma? 2. *Iudicium* e *processus*: due diverse culture. 3. La *prudentia iuris*. La capacità di “ben giudicare”. 4. *Praxis* e *poiesis*: l'applicazione della norma come evento non meramente logico.

Un discorso – ancorché sommario – sulla motivazione delle decisioni giudiziarie non può che essere, per dirla con Heidegger, un *Holzweg*: un sentiero nel bosco. Dell'opera di Heidegger – *Holzwege* – è stato detto: «Gli *Holzwege* sono quei sentieri che cominciano al limitare di un bosco e che, man mano che si inoltrano nel fitto, vanno sempre più perdendosi»¹. Ebbene, il discorso sulla motivazione è un fitto bosco, talora impenetrabile, dove numerosi sentieri – tutti da esplorare accuratamente! – si intersecano, confluiscono, interagiscono, divergono². Cercherò qui di percorrere, per quanto possibile, un sentiero ben definito: quello che si interroga sul rapporto che corre tra motivazione del provvedimento e applicazione della norma.

Che la motivazione sia un preciso obbligo di legge (art. 111 della Costituzione: “Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”) è fatto pacifico. Ciò che invece non è affatto pacifico è il rapporto che corre tra motivazione e decisione: più precisamente, non è pacifico se la decisione giudiziaria sia o meno frutto di una mera “attività sillogistica”.

* Il presente scritto è riassuntivo e al tempo stesso – spero – esplicativo dell'intervento da me effettuato nel corso delle “Giornate tridentine di retorica”, incontro di studio promosso e organizzato dal prof. Maurizio Manzin, presidente del Cermeg, con la fattiva collaborazione dal prof. Federico Puppo, entrambi dell'Università di Trento.

¹ Così P. CHIODI, p. IX dell'*Introduzione* a M. HEIDEGGER, *Sentieri interrotti*, La Nuova Italia, Firenze 1968.

² Penso ai problemi del linguaggio, della logica (e in particolare della logica deontica), dell'etica. Ci si dovrà poi interrogare sul problema della verità, intesa non come mera copia del reale, ma come con-formarsi del mentale all'extra-mentale, così cogliendo le radici del nostro conoscere: *de principiis non habetur scientia sed aliquid maius scilicet intellectus*. Ci si dovrebbe poi confrontare con la *nouvelle rethorique* e approfondire la conoscenza di quel particolare sapere che è il sapere opinativo (che gli antichi chiamavano *doxa* e che noi chiamiamo opinione, con ciò intendendo recidere ogni contenuto di oggettività e ogni contenuto reale). Si dovrà poi affrontare tutta la problematica attinente all'art. 12 delle c.d. preleggi ed individuare i casi in cui il discorso – pur logicamente corretto – sembra non dire nulla sulla realtà (tabelle di Rigutti e di Popper). Ancor di più occorrerà esaminare l'uso sofisticato del discorso.

Il mio cammino, lungo l'*Holzweg* di cui vado trattando, iniziò tanti anni or sono, quando – uditore giudiziario nuovo di zecca – sentivo immancabilmente risuonare, in camera di consiglio, il quesito di rito: «Reggerà la motivazione?». Mi incuriosiva il fatto che, nella preoccupazione di chi era chiamato a giudicare, prevalesse la “veste” della decisione sul contenuto e l’appropriatezza della decisione stessa³. La mia curiosità si trasformò ben presto in un quesito che vorrei qui esprimere, parafrasandole, con le parole di Gadamer: «Al di là di ciò che intendiamo fare, cos’è che accade quando applichiamo una norma?»⁴. Possiamo affermare che ciò che avviene nel processo è – al fondo – la costruzione di un sillogismo che trova epifania nella motivazione?

Ho detto: «Avviene nel processo», ma credo sia più esatto dire: «cosa avviene nella nostra attività», omettendo, in prima approssimazione, di decidere se detta attività sia qualificabile come “processo” o come “giudizio”. Parlare di *iudicium* o di *processus* non vuol dire – come ben evidenziò N. Picardi⁵ – sollevare una mera questione terminologica, ma evocare un rilevante spartiacque culturale: quello, per la precisione, in cui il *iudicium* – a seguito dei mutamenti culturali che caratterizzano il XV e XVI secolo⁶ – si mutò in *processus*, con cambiamento di sostanza e non solo di nome.

Nel contesto culturale proprio del *iudicium*, prende corpo la *prudentia iuris* (che in tempi, anche recenti, dava il nome al corso di studi universitari detto “giurisprudenza”), intesa come capacità di ricondurre l’unicità irriducibile dell’individuale (la c.d. singolarità del caso) all’appartenenza ad una generalità (quella propria della norma). Una capacità – quella della *prudentia* (appellata dai greci *phronesis*) – che peraltro non dimentica mai il dire di Aristotele: «È equo provare indulgenza per le debolezze umane, guardare non alla legge, ma al legislatore e cioè non alla lettera della legge, ma al proposito del legislatore; e considerare non il fatto in se stesso, ma l’intenzione; non la parte ma il tutto; non com’è ora un uomo, ma come è stato sempre o nella maggioranza dei casi. È equo ricordare più il bene che il male ricevuto e più il bene ricevuto che quello fatto»⁷.

A ben vedere, la *prudentia iuris* – lucidamente descritta da Kant⁸ – altro non

³ Parlo qui di “appropriatezza” e non di “giustizia” per non deviare, fin da subito, sull’*Holzweg* costituito, da ultimo, dal dibattito veriphobia sì/veriphobia no cui ha dato origine il noto confronto tra le opposte tesi di M. Taruffo e B. Vercellone.

⁴ La frase di H.G. Gadamer è la seguente: «Il mio obiettivo era e rimane un obiettivo filosofico: il mio problema non è quel che facciamo o quel che dovremmo fare, ma ciò che, al di là del nostro volere e del nostro fare, accade in essi e con essi» (H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Bompiani, Milano 1983, p. 6).

⁵ Cfr. N. PICARDI, *L’esame di coscienza del vecchio maestro* in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 539.

⁶ Alludo qui alla tendenza a costruire anche l’applicazione/interpretazione della norma a mo’ di procedimento “scientifico”. I mutamenti in questione influenzarono non poco il diritto e costituiscono un *Holzweg* di non secondaria importanza.

⁷ Aristotele, *Retorica*, 1374b12 ss.

⁸ Afferma Kant: «Se l’intelletto, in generale, è definito come la facoltà delle regole, la capaci-

è che la *prudentia iudicis*: essa non si radica infatti nella mera facoltà di ragionamento né sul mero “sapere” del giudice, ma, per dir così, sulla pasta di cui quest’ultimo è fatto. Già Aristotele evidenziò come la *prudentia* ecceda la mera sfera “logica”, affondando le radici in qualcosa di fondamentale: «Le raccolte di leggi e costituzioni sono utilissime a coloro che sono in grado di meditarle e di giudicare che cosa è bene e che cosa è male [...], ma a coloro che affrontano tali argomenti senza la disposizione adatta, non può accadere di giudicare bene, se non magari per caso»⁹.

Qualcosa di simile¹⁰ andava dicendo L.A. Muratori, allorché, nel suo *Dei difetti della giurisprudenza*, affermava:

Ho conosciuto giudici, che s'erano logorato il capo in leggere libri di giurisprudenza ed avevano sotto mano zibaldoni grossissimi di conclusioni e notandi, tutti scritti dalla loro infaticabile mano. Saran pure stati gran dottori. Certamente erano creduti tali. E al sentire poi, che sfiaviavano tanti paragrafi, tante decisioni ed altre autorità legali, non si potea di meno di non tenerli per arche di sapere. Ma per disgrazia mancava loro il meglio, cioè quel giudizio di cui ora parlo. Non sapevano essi trovar le ragioni e le diversità delle cose, dette anche dagli altri, non entravano queste nelle ristrette loro teste. Possedevano gran copia di conclusioni, ma senza conoscere quai calzari si dovessero applicare ai diversi piedi. L'ordinario contegno di questi tali, che raziocinar non sanno, suol essere di far gran capitale dell'autorità dei dottori e dei tribunali che han deciso su quelle controversie. Quanto più lunga è la fila degli autori allegati, tanto più si figurano essi d'aver trovato il sicuro fondamento del decidere. Si può egli mai dare (dicon il lor cuore) che uomini grandi, e in tanto numero e in libri stampati, abbiano potuto convenire in quella conclusione o decisione, senza potentissime ragioni? Così sulla fede degli altri, e non per chiara cognizion dei motivi concludenti, arrivano essi a dar, come Dio vuole, una sentenza. Hanno eglino colto nel segno? Può essere che sì, ma potrebbe anche essere di no»¹¹.

tà di giudizio è allora la facoltà di sussumere sotto le regole, cioè di distinguere se qualcosa cada o no sotto una regola data (*casus datae legis*). [...] Allora risulta chiaro che l'intelletto è bensì capace di venir istruito e provveduto mediante regole, ma che la capacità di giudizio è un talento particolare, il quale non può essere insegnato, ma soltanto essere *esercitato* [...]. Perciò un medico, un giudice o un uomo politico, può avere in capo molte belle regole patologiche, giuridiche o politiche, al punto di poter diventare un profondo insegnante in proposito, e tuttavia cadere facilmente in errore nell'applicazione di esse, o perché manca di capacità naturale di giudizio (sebbene non manchi di intelletto) ed egli può sì intendere l'universale *in abstracto*, ma non sa distinguere se un caso, in concreto sia subordinato ad esso» (I. KANT, *Critica della ragion pura*, Adelphi, Milano 1976, pp. 214 ss.).

⁹ Così Aristotele, *Eth. Nic.*, 1181b6 ss ed ancora «Non vogliamo infatti sapere cos'è la giustizia, ma essere giusti, proprio come non vogliamo sapere cos'è la salute, ma essere sani».

¹⁰ Dico “di simile”, perché il Muratori, contrariamente ad Aristotele, ricollega la capacità di giudizio e di discernimento alla facoltà logica del giudicante e non, com'è nell'antico filosofo, ad una qualità etica del giudicante.

¹¹ Così L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Rizzoli, Milano 1958, pp. 81 ss.

Sempre in Aristotele, troviamo una frase illuminante: «Dunque il pensiero non è il principio (*arché*) del pensiero né la deliberazione (*boulé*) della deliberazione»¹². Per dirla con un proverbio russo, «se il tuo cuore è una rosa, la tua bocca dirà parole profumate» ovvero, parafrasando il noto proverbio latino, «*rem tene, expositio argumentorum sequitur*». Il discorso non è autosufficiente, ma è sempre in relazione ad una realtà¹³ e alla “qualità” di chi si esprime. Per questo Aristotele afferma che «il giudice intende essere come la giustizia vivente»¹⁴: una “giustizia vivente” che non si fonda sull’appartenenza ad una casta, ma all’avvenuta conquista della saggezza, così divenendo ragionevole che il giudice sia appellato con i termini (usati dal linguaggio aristotelico) di eccellente (*spoudaios*) ovvero saggio/prudente (*phronimos*).

L’applicazione di una regola – o, il che è lo stesso, la capacità di giudizio – è argomento così vasto da poter essere qui solo abbozzato¹⁵. La “capacità di giudizio” è postulata dalla incommensurabilità che corre tra generalità della norma e unicità del caso sottoposto al giudizio. Le circostanze che determinano l’individualità del caso invocano la *prudentia*, ovvero la saggezza, del giudicante. È “prudente” non chi sia (meramente) cauto, e neppure chi abbia immagazzinato tanti casi da non aver davanti più nulla di ignoto, ma chi è capace di affrontare il non-noto. Come il navigante esperto, l’uomo capace di “ben giudicare” conosce le “regole” che governano il suo navigare, ma ancor più sa che il “caso” – in quanto avvenimento in-previsto e in-prevedibile – scompagina l’uniformità della regola, che di quella uniformità è espressione, costringendo la regola a rivedere se stessa: la *prudentia iuris* è dunque la capacità di ridefinire la regola.

Il giudizio prudente è radicato su una “capacità-di-essere” del giudicante: essere buon giudice è molto più che “sapere”: «non vogliamo infatti sapere cos’è la giustizia, ma essere giusti»¹⁶.

Insistere sulle radici non meramente logiche della decisione (e, conseguentemente della motivazione) non vuol dire, ovviamente, negare rilevanza alla logica e alla necessità di una corretta argomentazione, ma significa evidenziare il fatto che il “giudicare” è attività composita, che non si identifica né si esaurisce con la motivazione: «le virtù pratiche dell’uomo» – afferma Gadamer – «sono fondamentalmente strutture dell’essere e ciò significa che queste ultime hanno la

¹² Aristotele, *Eth. Eud.*, 1248 a 21. Mi corre l’obbligo di avvisare che l’affermazione di Aristotele cade in un contesto correlato ad una problematica affatto diversa da quella qui affrontata.

¹³ Si vedano, sul punto, le illuminanti considerazioni svolte da P. AUBENQUE, *Le problème de l’être chez Aristote*, Puf, Paris 1977, pp. 94 ss.

¹⁴ Cfr. Aristotele, *Eth. Nic.*, 1132 a 22.

¹⁵ Per un primo approccio alla problematica, mi sia lecito rinviare a S. RACHELI, *Un modello formativo per l’avvocatura*, in AA.VV., *Il linguaggio, la condotta, il metodo*, Il Sole24Ore, Milano 2001.

¹⁶ Aristotele, *Eth. Eud.*, 1216b20.

loro dimora nell'essere: nell'essere-giusto e non nel mero sapere». Significa, soprattutto, acquistare consapevolezza del fatto che il “giudicare”, proprio in quanto attività non “matematica”, non è attività che possa compiersi in solitudine.

La “dialettica processuale” è molto più che consentire a ciascuno, democraticamente, la possibilità di dire la sua o – cosa ancor più rilevante – permettere l'esercizio del diritto di difesa: è un ricollegarsi al fondamento dall'agire umano e alla distinzione tra *praxis* e *poiesis*; come dire: la legge del produrre non è la legge dell'essere.

Se è facile a dirsi che un conto è “fare”, altro conto è “essere” (così aprendo il sipario su una problematica tanto affascinante quanto profonda¹⁷ cui qui si può solo accennare), molto più difficile è individuare ed esplorare tutte le profondità cui quel dire allude e che fondano¹⁸ il nostro essere uomini.

Come è stato detto, «la vera opzione etica è un tenersi presso l'indeterminazione del contingente per l'unità della propria sostanza. Ad attingere la verità di quest'ultima non è infatti all'uomo sufficiente l'astratta determinazione definitoria ‘animale razionale’, ma questa determinazione deve essere rischiesta e custodita come una disposizione che continuamente si rinnova nell'unità di ogni singola scelta [...]. La prassi etica è dunque, prima ancora che un “fare”, un “essere”; anche se un essere che si deve continuamente fare»¹⁹.

Si può dunque affermare che “applicare” una norma non si riduce ad un atto di mera conoscenza, dato che “conoscere” e fare” sono per l'uomo «un'identità non nel senso di un'inclusione logica, ma in quanto “attualmente” il medesimo. “Conoscere e fare sono il medesimo” significa allora: il bene è sempre nella sua interpretazione, non a partire da una norma preordinata, ma come risposta, ripresa e conferma di una tendenzialità costitutiva»²⁰.

Sarebbe certo un errore, come sopra si è accennato, dimenticare gli aspetti “logici” implicati dall'applicazione della norma (detta applicazione, infatti, presuppone anche un conoscere), ma errore ancor più grande sarebbe ridurre il suo fondamento ad una mera logicità, così riducendo la applicazione stessa – e l'argomentazione che ne costituisce epifania – a evento meramente logico. Ecco perché Aristotele parla con insistenza di “un certo sapere”: «Le cose che è proprio dell'uomo buono fare, non è per il fatto di conoscere che noi siamo più atti a farle, se è vero che le virtù sono delle disposizioni»²¹. “Disposizioni”

¹⁷ Invito caldamente tutti a leggere il bellissimo saggio di F. CALVO, voce *Progetto* in *Enciclopedia Einaudi*, Torino 1980, pp. 126 ss. Merita anche di essere qui ricordata l'opera principale del CALVO, *Cercare l'uomo. Socrate, Platone, Aristotele*, Marietti, Genova 1989.

¹⁸ A parlare di “fondamento”, si dischiude un campo di indagine tanto fondamentale quanto, attualmente, negletto in virtù di una cultura diffusa dominante impregnata di kantismo in base alla quale possiamo accedere, per dir così, solo alla buccia della realtà.

¹⁹ Così F. CALVO, *Progetto*, cit., pp. 138 ss.

²⁰ Così F. CALVO, *Cercare l'uomo*, cit., p. 205.

²¹ Aristotele, *Eth. Nic.*, 1140b5 ss.

traduce il termine greco *exis*, difficilmente traducibile, stante il suo significato filosofico di fondo, che allude a uno stato abituale e “radicale” ottenuto; a una sorta di “attuazione permanente” di ciò che siamo chiamati a essere.

L'applicazione di una norma – in quanto *exis* che rende possibile “un certo conoscere”²² – si radica dunque nel soggetto, in modo assai diverso dal “conoscere” in senso stretto: propriamente infatti la “verità” dell'applicazione attiene più al soggetto che all'oggetto, sì che possiamo dire con Tricot che è la *exis* stessa che è vera e non il *logos*²³.

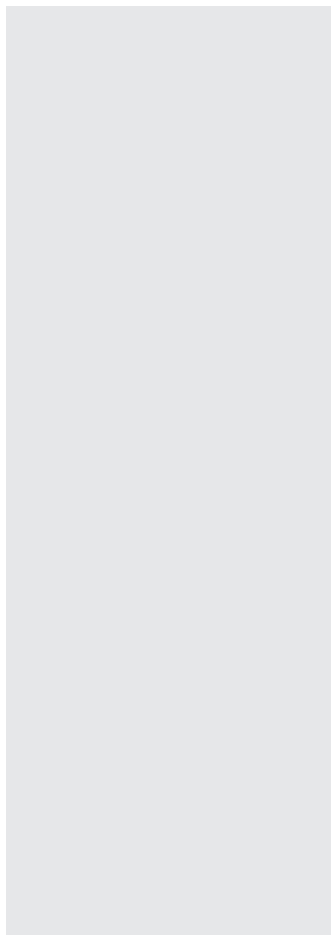
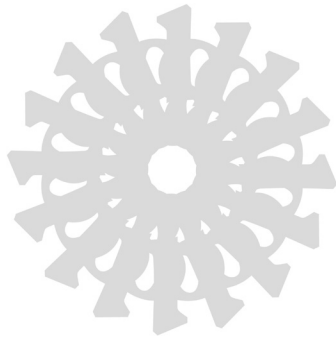
Abstract

1. A basic question: what happens when we apply the law? 2. Iudicium and processus: two different cultures. 3. Prudentia iuris. The capacity to “judge well”. 4. Praxis e poesis: the application of the law as a not merely logical event.

²² Osserva Aristotele, a titolo di esempio, che la temperanza salva la *phronesis*, mentre il vizio distrugge il “principio”, vale a dire il fondamento dell'agire, che altri non è che il soggetto. Va evidenziato che “principio” è traduzione del termine greco *archè*, che nel suo significato forte, non ha valenza cronologica/temporale, ma vuol dire scaturigine causante, causa fondamentale, e simili.

²³ Così Tricot citato in E. CATTIN, *L'ermeneutica come filosofia pratica*, in *Philosophie*, 73/2002, p. 79 nota 31. Tricot fa propria la definizione aristotelica secondo cui la saggezza (*phronesis*) è una “disposizione pratica vera”.

DIRITTI UMANI E FONDAMENTALI



Migranti, accoglienza e diritti umani

La responsabilità dell'avvocato europeo*

Aldo Bulgarelli

Sommario

La migrazione riguarda direttamente i diritti umani e le libertà fondamentali: il CCBE, che è il Consiglio degli Ordini Forensi d'Europa, è particolarmente interessato in questo fenomeno in ossequio al suo Statuto, e ha recentemente costituito un'apposita Commissione. Migrazione in senso ampio comprende anche gli spostamenti di persone all'interno dell'Unione Europea. Gli avvocati che operano nel campo dell'immigrazione devono occuparsi di svariate discipline giuridiche, con implicazioni deontologiche e di responsabilità. Gli Ordini forensi europei devono impegnarsi nel promuovere un'azione di *lobbying* presso le Istituzioni Europee, con il fine di migliorare la regolamentazione del diritto di asilo, attualmente inadeguata, al fine di ottenere il rispetto del principio europeo della solidarietà.

Il fenomeno dei migranti è estremamente complesso e presenta numerose sfaccettature, non solo sotto il profilo umano e sociale, ma anche e soprattutto sotto il profilo giuridico.

Ed è anche questo, sotto l'aspetto scientifico, uno dei tanti motivi per i quali interessa il Consiglio degli Ordini Forensi Europei (CCBE), il quale ha per oggetto statutario la rappresentanza degli ordini nazionali, che ne fanno parte, in ogni materia d'interesse comune con riferimento all'esercizio della professione d'avvocato (art. II.a. dello Statuto del CCBE).

Anche se l'approccio del problema giuridico può evolversi in diverse direzioni, è comunque pacifico che la migrazione coinvolga in primo luogo il tema dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

In base all'art. III.c. del suo Statuto, il CCBE deve assicurare il rispetto dello Stato di Diritto, dei diritti dell'uomo, della protezione dei diritti e libertà fondamentali, ivi compreso il diritto all'accesso alla giustizia e la protezione del cliente, così come la protezione dei valori democratici intimamente legati all'esercizio di tali diritti.

L'interesse ed il coinvolgimento del CCBE è quindi non soltanto, per così dire, di lavoro e professionale, ma è ben più importante in quanto ne tocca la funzione più alta ed i valori più sensibili; funzione e valori quanto mai degni di considerazione, anche sotto l'aspetto etico e della responsabilità sociale dell'avvocatura europea, in particolare per l'interesse vitale relativamente ai valori democratici intimamente ad essi connessi.

* Testo della relazione svolta in occasione della IV Conferenza europea *Migranti, accoglienza e diritti umani. La responsabilità dell'avvocato europeo*, Roma, 13-14 novembre 2014.

Per tali motivi, il CCBE ha recentemente istituito un Gruppo di Lavoro temporaneo, che presto diventerà permanente, espressamente dedicato alla Migrazione.

Il presidente del gruppo è Fernando Piernavieja Niembro, che dovrà coordinare esperti, con competenze vaste e multidisciplinari, provenienti dai vari stati membri.

Il Gruppo di Lavoro ha già preparato due importanti documenti: una dichiarazione da parte del CCBE e delle linee guida per gli Ordini.

L'importanza dei diritti umani e delle libertà fondamentali emerge ogniqualvolta si affronta il tema dell'Immigrazione o, come è più corretto dire, della Migrazione. Infatti, la migrazione comprende un fenomeno ben più ampio, anche se territorialmente diverso, del quale l'opinione pubblica non sempre è a conoscenza nella sua reale dimensione intracomunitaria.

Il perché di tale immediato e strettissimo coinvolgimento dei diritti umani con il problema dei migranti è talmente intuitivo ed ovvio che non abbisogna di particolari spiegazioni: in primo luogo il diritto alla vita, il diritto alla libertà dalla tortura, dalla schiavitù, dai lavori forzati; il diritto alla libertà e alla sicurezza; la libertà di pensiero, di espressione, di riunione e di associazione; la libertà di coscienza, di religione; la libertà sessuale.

Tutti questi diritti umani di base, ma l'elenco potrebbe facilmente continuare, sono minacciati e negati, alcuni o tutti, in molti casi di migranti che chiedono l'asilo in un paese europeo.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo costituisce un vero e proprio *corpus* di diritto dei migranti, naturalmente sotto la particolare angolazione della tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Pensiamo al filone giurisprudenziale della Corte in tema di respingimento.

Tutti ricordiamo la storica sentenza del 23 febbraio 2010 (Hirsi v Italia) nel caso dei respingimenti verso la Libia a seguito di accordi con quel Governo.

Nell'ottobre del 2013, inoltre, la corte ha emesso una decisione con la quale ha condannato l'Italia addirittura per i respingimenti coatti verso la Grecia.

Naturalmente, tutte queste decisioni della Corte Europea dei diritti dell'uomo non potrebbero esistere se non fossero state "provocate" da ricorsi presentati da bravi avvocati europei.

Basterebbe questa semplice menzione per valorizzare il ruolo portante dell'avvocato europeo nell'architettura del diritto dei migranti, nel particolare momento dell'accoglienza e dei diritti umani.

Gli avvocati europei, per loro vocazione, per obbligazione professionale e per ragioni anche deontologiche oltre che umane, si collocano nel fulcro del momento destinato a dare esecuzione ed effettività a diritti umani tanto basilari ed essenziali.

Questo è un punto cruciale. I diritti umani sono un concetto in continuo divenire, e sappiamo bene, anche grazie all'insegnamenti del prof. Rodotà, quanto la lista dei diritti umani non sia un "*numerus clausus*", ma sia soggetta a crescere, soprattutto a seguito della incessante evoluzione tecnologica e scientifica.

Ebbene, anche se ci riferiamo ai diritti umani espressamente previsti nei testi normativi, pensiamo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si tratta naturalmente di diritti previsti da norme generali e astratte.

Grazie agli avvocati, che, come abbiamo visto, presentano ricorsi e ottengono decisioni, viene dato un contenuto concreto, di carne e sangue, ai diritti umani scritti sulla carta.

In questo modo gli avvocati sono veri e propri creatori di diritti effettivi in capo a persone in carne ed ossa.

Questa attività creativa dei diritti concreti, che giuridicamente si chiama costitutiva (ma questo freddo termine tecnico non rende giustizia all'infinita bellezza della parola "creazione", che è propria anche dell'artista) svolta in simbiosi con la magistratura, ed in particolare con la Corte europea dei diritti dell'uomo, è qualcosa di affascinante e commovente.

Ed è una prima pietra, direi pietra angolare, dell'edificio della responsabilità dell'avvocato europeo in tema di accoglienza e diritti umani dei migranti.

Ho prima accennato anche ad un dovere deontologico.

L'art 1.1 del Codice deontologico del CCBE, che si applica all'attività transfrontaliera dell'avvocato, è sotto questo profilo così chiaro e illuminante che mi permetterò di citarlo letteralmente:

In una società fondata sul rispetto della giustizia, l'avvocato svolge un ruolo di primo piano.

Il suo compito non si limita al fedele adempimento di un mandato nell'ambito della legge.

L'avvocato deve garantire il rispetto dello Stato di Diritto e gli interessi di coloro di cui difende i diritti e le libertà. L'avvocato ha il dovere non solo di difendere la causa del proprio cliente ma anche di essere il suo consigliere. Il rispetto della funzione professionale dell'avvocato è una condizione essenziale dello Stato di diritto e di una società democratica.

La funzione dell'avvocato gli impone vari doveri e obblighi (a volte, apparentemente, tra loro contraddittori), verso:

- il cliente;
- i giudici e le altre autorità innanzi alle quali l'avvocato assiste o rappresenta il cliente;
- l'avvocatura in generale e ogni collega in particolare;
- il pubblico, per il quale una professione liberale e indipendente, legata al rispetto delle regole che essa stessa si è data, rappresenta uno strumento fondamentale per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato e degli altri poteri nella società.

La tutela del migrante, che vede nell'avvocato l'essenziale momento difensivo, può comportare la necessità di analizzare, oltre al diritto europeo e comunitario, non solo il diritto penale nazionale, con le sue implicazioni comunitarie, ma anche il diritto amministrativo, il diritto costituzionale ed il diritto internazionale nella sua accezione originaria, di matrice sette/ottocentesca, del rapporto fra Stati

sovrani; ovviamente sarà necessario utilizzare gli strumenti processuali forniti dall'ordinamento in materia penale e amministrativa; ma, perché no, il diritto sostanziale di famiglia, con ovvi risvolti processuali; e chi più ne ha più ne metta.

È un compito molto vasto e complesso, per così dire orizzontale e trasversale, che tocca numerose specializzazioni del diritto.

A questo punto si apre una problematica di natura deontologica.

È noto che uno dei doveri fondamentali dell'avvocato nei confronti del cliente è quello della competenza.

Anche l'art 14 del nuovissimo codice deontologico forense italiano prevede che l'avvocato, al fine di assicurare la qualità delle proprie prestazioni professionali, non deve accettare incarichi che non sia in grado di svolgere con adeguata competenza.

Analogamente prevede l'art. 3.1.2/3 del Codice deontologico del CCBE nel caso di attività transfrontaliera.

Questo obbligo permane in tutta la sua pienezza in ogni caso di incarico professionale.

Non è tuttavia pensabile di equiparare il migrante appena sbarcato sul molo di Lampedusa (con tutti i problemi di lingua e la mancanza assoluta di conoscenza del paese di arrivo) con un normale cliente, in grado di rivolgersi liberamente ad altri Colleghi in base alle loro distinte specializzazioni.

L'avvocato europeo che intenda dedicarsi alla tutela del migrante assume pertanto una particolarissima responsabilità: quella di avere una vasta e solida preparazione generale, non solo in una singola branca del diritto, bensì in una pluralità di esse, in modo da essere in grado di fornire almeno una prima assistenza legale, sempre necessariamente disposto a farsi affiancare da altro collega qualora ne emerga l'opportunità.

L'avvocato europeo il quale abbia scelto la frontiera, in senso proprio e non solo traslato, della difesa dei più deboli – e chi più debole del migrante appena sbarcato – si trova ad affrontare giorno per giorno tali e tante difficoltà che la sua attività probabilmente si dovrebbe propriamente definire non solo una missione, come noi avvocati in maggioranza riteniamo di svolgere, bensì qualcosa di molto vicino forse addirittura all'eroismo; sicuramente ad uno spirito di abnegazione che merita tutta la nostra riconoscenza e la nostra ammirazione.

Ma l'avvocato Europeo si carica di responsabilità non solo quando opera sul campo.

Anche l'Avvocatura Europea organizzata a livello ordinistico – e penso ai Consigli dell'Ordine locali e nazionali, alla Federazione degli Ordini d'Europa, al CCBE – ha il suo importante compito da svolgere: deve farsi carico di studiare e analizzare gli strumenti di diritto europeo attualmente esistenti e, ove necessario, di provocare un dibattito ed una riflessione comune idonei a suscitare l'emanazione di strumenti normativi e attuativi ulteriori, che siano dotati di quella efficacia necessaria ad affrontare un tema talmente vasto e complesso quale quello dell'accoglienza e dei diritti umani dei migranti.

Un buon punto di partenza è costituito dalle conclusioni del Consiglio Europeo del 26 e 27 giugno 2014.

Nel vastissimo caleidoscopio delle fonti di diritto europeo, il cui limite è costituito probabilmente solo dalla fantasia degli organi comunitari, non è facile collocare le “conclusioni” di un Consiglio Europeo. Ci si può chiedere se si tratti di provvedimenti idonei a costituire diritti soggettivi, alla stregua dei Regolamenti o di alcune categorie di Direttive.

Non si può comunque dire che l'efficacia sia meramente programmatica.

Basti pensare che le “Conclusioni” del 26 e 27 giugno esordiscono con una decisione di efficacia immediata e di estrema rilevanza costituzionale, quale la proposta al Parlamento Europeo di Jean-Claude Junker.

Questo documento, comunque lo si voglia inquadrare nel quadro delle fonti del diritto comunitario, contiene le linee guida strategiche di pianificazione legislativa e operativa per i prossimi cinque anni nell'area di libertà, sicurezza e giustizia.

È confortante rilevare che uno degli obiettivi chiave dell'Unione è quello di costruire un'area di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, e nel pieno rispetto per i diritti fondamentali.

A questo fine, dovranno essere prese misure politiche coerenti rispetto al diritto d'asilo, all'immigrazione, ai confini e alla cooperazione giudiziaria e di polizia.

L'Unione ha bisogno di una politica di migrazione, asilo e di confine efficiente e ben gestita, guidata dai principi, propri dei Trattati, di solidarietà ed equa distribuzione.

Sempre la solidarietà e la responsabilità devono essere alla base di una forte politica europea dell'asilo; e, in questo quadro, la piena trasposizione ed effettiva implementazione del Sistema Comune di Asilo Europeo costituisce un'assoluta priorità.

L'Avvocatura Europea a livello ordinistico dovrebbe inserire fra i propri obiettivi una decisa azione di lobbying in favore di una politica europea d'immigrazione che metta alla sua base il rispetto dei diritti fondamentali.

Non è compito facile.

Nel 2013, durante un incontro con la Vice Presidente della Commissione e titolare del dicastero della giustizia, a quel tempo ancora unificato, Viviane Reding, avevo cercato di coinvolgerla per superare la contraddizione esistente in capo ai migranti in quei paesi ove l'immigrazione clandestina costituisce reato: la contraddizione consiste nel considerare questi migranti, ove chiedano di esercitare il diritto d'asilo, da un lato come titolari di un diritto soggettivo riconosciuto dal diritto internazionale e, con grande probabilità, vittime di reato da parte dei traghettatori; e, dall'altro, come autori di reato.

Ricordo che la pur coraggiosissima Viviane Reding mi confessò che i tempi politici non erano ancora maturi per superare questa pur evidente contraddizione.

Era evidentemente consapevole delle invalicabili barriere poste da alcuni stati membri su questo tema.

Ora, con la Commissione Juncker, il dicastero della giustizia è stato smembrato in quattro: non sappiamo ancora se questo porterà a quadruplicarne la forza o al contrario ad indebolirne l'azione.

Dobbiamo ovviamente impegnarci perché la seconda ipotesi non si avveri.

Abstract

Migration concerns directly human rights and fundamental freedoms: the CCBE, which is the Council of European Bars and Law Societies, is particularly interested in it owing to its statutes, and recently established a committee especially dedicated to it. Migration in a wider and proper sense includes people moving even within EU. Lawyers who are involved in migration, have a difficult multidisciplinary task, to carry out, with deontological and professional responsibility implications. EU Bars and Law Societies have to engage in promoting a lobbying action by the EU institutions, with the aim of improving the nowadays unsatisfying regulation of the right of asylum, in order to respect the EU principle of solidarity.

Il sonno della ragione

Per una politica europea dell'immigrazione*

Lucia Tria

*La tolleranza diventa un crimine
quando si applica al male*
Thomas Mann, *La montagna incantata*

Sommario

Immigrazione ed inclusione sociale sono i veri “test di prova” dell’Unione Europea, perché questi temi toccano trasversalmente gli stessi fondamenti dell’Unione, dando quindi forma allo sviluppo economico e culturale. Per tale motivo, solo con un approccio ed un trattamento più responsabile e coraggioso l’Europa potrà effettivamente realizzare il suo ruolo di “faro di civiltà” e la “globalizzazione della civiltà”, con le parole del Presidente del Consiglio Matteo Renzi (a Strasburgo il 2 luglio 2014) pronunciate in occasione dell’apertura del semestre italiano di presidenza del Consiglio d’Europa. Questo è il nostro compito, la nostra missione non negoziabile. Esso precede il rispetto del limite del 3% nel rapporto deficit-pil, perché quel limite è stato assunto dai membri dell’Unione in posizione di parità e quindi, come tale, è ipoteticamente rinegoziabile. Naturalmente, la missione esige il rispetto della dignità umana da tutti i membri, passando dalle belle parole ai fatti.

Introduzione

La scelta del tema cui si è deciso di dedicare la IV Conferenza dell’avvocatura europea dimostra, ancora una volta, come l’Avvocatura italiana abbia piena consapevolezza della necessità di affrontare il fenomeno migratorio attraverso una svolta “culturale” ma anche “etica” e che intenda farlo impegnandosi in prima linea per la salvaguardia dei diritti umani e fondamentali, in attuazione non solo di quanto prescrivono sia l’art. 4, comma secondo, della Costituzione italiana – «ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» – sia il Codice deontologico degli Avvocati europei, sia il Nuovo Codice deontologico degli Avvocati italiani, che ha fra i suoi obiettivi la valorizzazione della «funzione sociale della difesa».

E la prova tangibile di tale impegno si è avuta con la promozione del “Progetto Lampedusa”, di cui l’avvocato Monica Gazzola è stata appassionata ed efficiente coordinatrice.

* Il testo è la rielaborazione della relazione svolta alla IV Conferenza Europea dell’Avvocatura, Roma 13 e 14 novembre 2014.

Si tratta di una iniziativa che anche per me, come magistrato e come cittadina italiana ed europea, rappresenta un motivo di orgoglio perché è un importante esempio – credo unico in Europa – di come la professione forense, anche in una prospettiva sovranazionale, possa svolgere in concreto una significativa funzione sociale.

E questo è il modo migliore in cui l'Avvocatura italiana può dimostrare come la sua opera possa essere preziosa nel percorso volto ad incrementare l'effettività dei diritti fondamentali della persona, che oggi risulta particolarmente "accidentato", specialmente quando vengono in considerazione i diritti fondamentali dei migranti.

Il sonno della ragione

Soprattutto dopo il manifestarsi nel 2008 della crisi economica, non ancora superata, la questione maggiormente divisiva nel dialogo tra gli Stati UE è diventata quella riguardante le politiche dell'immigrazione.

Questa situazione ha impedito – e continua a farlo – di affrontare con chiarezza i punti critici del CEAS - *Common European Asylum System* (Sistema Europeo Comune di Asilo), noti da molti anni.

Pertanto, non si riesce ad intraprendere con convinzione il cammino verso un rinnovamento di tipo strutturale della politica UE dell'immigrazione da cui dipende il reale raggiungimento di un Sistema Comune Europeo di Asilo al quale l'Unione Europea sta lavorando dal 1999, con il dichiarato obiettivo di armonizzare le politiche di asilo e di assicurare che casi simili tra loro vengano trattati nello stesso modo e portino agli stessi risultati in tutti gli Stati membri dove le richieste di asilo siano presentate.

Tale cammino, il cui esito condiziona tutta la politica migratoria europea, ancora si prospetta lungo e impervio, come conferma una ricerca pubblicata nell'estate 2013 dall'ECRE¹ – curata per l'Italia dal Consiglio Italiano per i Rifugiati (CIR) – sui sistemi di asilo di 14 Stati membri dell'UE, ove si evidenziano grandi differenze tra i diversi Paesi rispetto alle norme procedurali, alla tutela dei diritti, ai servizi d'integrazione e all'uso della detenzione amministrativa dei richiedenti asilo.

I risultati della suddetta ricerca comprovano l'erroneità – da anni evidenziata da operatori e studiosi – del presupposto, su cui si fonda il CEAS, secondo cui «uno Stato membro vale l'altro», in quanto per i richiedenti asilo tutti gli Stati UE sono "sicuri", essendo tutti in grado di offrire la stessa protezione, per il fatto di aver ratificato la Convenzione di Ginevra.

In particolare, se ne ricava che la non corrispondenza alla realtà di tale premessa – che è del tutto evidente – ha notevoli ricadute su tutte le sue molteplici

¹ *European Council on Refugees and Exiles*, che si definisce come è «un'alleanza paneuropea di 77 organizzazioni non governative che lavorano per i diritti di coloro che cercano rifugio e protezione in Europa».

applicazioni, derivanti dalla accertata utilizzazione di criteri per l'esame delle domande di protezione non solo molto diversi da Paese a Paese – con tassi di riconoscimento che possono divergere in modo sostanziale, in alcuni casi da 1% a 70% per individui della stessa nazionalità – ma che risultano, di fatto, arbitrari e che non sempre possono essere agevolmente posti in discussione dagli interessati.

Ciò spesso comporta – e questo per noi operatori giuridici è particolarmente grave – che lo stesso esercizio del fondamentale diritto ad un “ricorso effettivo” sia ostacolato o addirittura impedito.

Sappiamo che il suddetto diritto fondamentale è previsto dal diritto internazionale ed europeo e riconosciuto dalle Corti di Strasburgo e Lussemburgo come garanzia volta ad evitare che le persone che necessitano di protezione internazionale e/o umanitaria siano ingiustamente rimandate nei Paesi dove la loro vita e la loro libertà sarebbero a rischio.

Ostacolarne o impedirne l'esercizio non è quindi solo un grave vulnus all'intero sistema di garanzie che abbiamo creato in Europa, ma è anche un modo per calpestare la dignità dei più deboli e questo è, non solo giuridicamente, ma proprio umanamente inaccettabile.

Pertanto, dalla anzidetta ricerca risulta che, secondo lo “stile” prevalentemente seguito nella UE, la violazione del suddetto diritto fondamentale non è effettuata in modo diretto, ma in modo indiretto, così: a) in alcuni Paesi lo strumento adoperato è quello della previsione di tempi molto brevi per presentare ricorso, come accade, ad esempio, di regola in Ungheria, Regno Unito e Paesi Bassi, ma anche in Francia e in Germania per le procedure di ammissibilità alla frontiera; b) in altri Paesi si raggiunge il medesimo risultato per effetto dell'assenza di un regime di sospensione automatica dell'ordine di espulsione conseguente alla proposizione del ricorso da parte del migrante, come accade, per esempio, in Italia, Paesi Bassi e Austria, ove è prevista la necessaria presentazione di una separata richiesta per la sospensione del provvedimento espulsivo.

Né va omissso di rilevare che la imposizione della scelta del Paese di approdo comporta, fra l'altro, che non si tenga sufficientemente conto dei legami che un richiedente asilo può avere con uno o con altro Stato, legami che possono essere non solo familiari (il cui rilievo è stato ampliato dalla riforma del CEAS del 2013), ma anche culturali o di altro tipo (per esempio derivanti da soggiorni precedenti).

Eppure è notorio sia che dal riconoscimento all'interessato della possibilità di influire sulla scelta del Paese di destinazione dipende la buona riuscita della integrazione dei migranti, sia che tale riuscita corrisponde non soltanto all'interesse dei migranti stessi, ma anche ai principi del diritto internazionale e UE, oltre che agli interessi – anche economici – degli Stati di approdo, in tutto il mondo.

Il razzismo genera violenza

Questo è anche quanto ci viene continuamente ricordato dai fatti di violenza – a volte terribili – che hanno come protagonisti, attivi o passivi, immigrati male integrati e che non sempre sono trattati dai sistemi giudiziari nazionali come meritano.

Basti pensare – come caso emblematico – alla agghiacciante vicenda relativa agli abusi e alle violenze sessuali perpetrate, dal 1997 al 2013, nella cittadina inglese di Rotherham, da appartenenti a gang pachistane ai danni di almeno 1400 bambini bianchi, chiamati dai criminali *white trash* (“spazzatura bianca”), affidati ai servizi sociali locali, vicenda sulla quale la polizia, gli assistenti sociali e i politici locali, pur essendo stati debitamente informati dell'accaduto più volte, a partire dal 2002, non hanno adottato alcun provvedimento.

Solo ora, infatti, la magistratura inglese e l'opinione pubblica sono stati messi in condizione di conoscere l'accaduto, grazie ad una “indagine indipendente” avviata su iniziativa del *Metropolitan Borough Council* di Rotherham.

È, così, emerso che la matrice comune della inattività degli organi locali è rappresentata dal razzismo – ipocritamente mascherato e per questo anche più subdolo – visto che la mancata adozione di tempestivi provvedimenti è derivata dalla appartenenza a fasce sociali emarginate sia delle vittime (affidate ai servizi sociali) sia dei criminali, di origine pachistana.

Si è fatto, quindi, l'esatto contrario di quel che dicono sia i Trattati sia la corposa e sofisticata normativa antidiscriminatoria di cui la UE si è dotata, istituendo a suo presidio l'Agenzia della UE per i diritti fondamentali (FRA), che ha sede a Vienna ed è operativa dal 2007, con il principale obiettivo di sostituire il precedente Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo e xenofobia e rendere più efficiente la tutela in questo settore.

Come si è detto, il caso di Rotherham si può considerare “emblematico” della situazione che si è venuta a creare in Europa nell'ambito della tutela dei diritti perché illustra alcuni profili fondamentali, ed in particolare che il tema dell'immigrazione non deve essere affrontato separatamente dalle generali tematiche in materia di emarginazione sociale, perché il degrado e la povertà non hanno cittadinanza, ma dipendono da cause uguali, rispondono a medesime logiche qualunque sia la nazionalità delle persone che ne sono vittime e possono produrre analoghe reazioni da parte delle autorità nonché problemi anche di ordine pubblico.

In altre parole, pur non negando le specificità di ogni situazione, non si può misconoscere l'analogia – rispetto al suddetto caso inglese – delle motivazioni e dei comportamenti registratisi nell'uccisione del nero Michael Brown avvenuta negli USA a Ferguson, Missouri, in quella del diciassettenne Davide Bifulco, avvenuta a Napoli nei pressi del rione Traiano, ma anche nelle violente proteste di immigrati e disoccupati delle periferie delle città svedesi del maggio 2013, in quelle delle *banlieue* parigine (cominciate nell'autunno 2005, durate per oltre 20 giorni e che,

ogni tanto, rischiano di riesplodere), così come nelle scene di guerriglia urbana verificatesi in Calabria a Rosarno (nella Piana di Gioia Tauro) nel gennaio 2010, per la rivolta di alcune centinaia di lavoratori extracomunitari impegnati in agricoltura e accampati in condizioni inumane in una vecchia fabbrica in disuso e in un'altra struttura abbandonata, per non parlare di quanto accade in Grecia e così via.

La matrice comune di tutti questi e degli altri casi di violenza così come delle molteplici altre situazioni di sfruttamento che si potrebbero ricordare (e che si verificano ovunque, nei confronti di cittadini europei “deboli” e di migranti) è quella della creazione di “steccati” tra i vari gruppi che compongono la società e quindi della relegazione dei soggetti scomodi o difficili in “ghetti” dove la democrazia diventa un concetto piuttosto etereo mentre la violenza è di casa, con una logica non dissimile da quella dei manicomi per i malati psichici.

La cartina di tornasole della pericolosa diffusione del suddetto sentimento razzistico e discriminatorio, anche nella nostra Europa – ove fino a poco tempo fa prevaleva decisamente uno spirito di “accoglienza” per tutti, anche alla luce di ciò che si era verificato nei campi di sterminio nazi-fascisti – la si ha nel trattamento preferenziale che alcuni Stati membri UE², seguendo l'esempio del Regno Unito (che per primo ha adottato misure di facilitazione per naturalizzare stranieri facoltosi) offrono a cittadini extracomunitari benestanti, onde indurli a parcheggiare nel proprio territorio le loro ricchezze, creando così un sistema di inclusione *golden visa*, la cui espansione sta procedendo speditamente, mentre l'Europa continua a mostrarsi come una “fortezza” difficilmente penetrabile per le persone che vengono comunemente definite “migranti”, termine che viene ad assumere anch'esso una valenza discriminatoria, visto che è generalmente riservato soltanto a coloro che lasciano il proprio Paese spinti dal bisogno e non ai *golden migrants*.

Democrazia in pericolo

Tutto questo è potuto e può quotidianamente accadere nonostante che in Europa – a partire dalla fine della seconda guerra mondiale e sulla scia dello sgoamento per le orrende atrocità commesse – sia stato creato, non senza difficoltà, un ordinamento molto evoluto, basato sul riconoscimento del diritto di tutti gli individui alla pari dignità, nell'idea che a tutti gli individui debba essere garantita la «possibilità di godere di quelle semplici gioie e di quelle speranze che fanno sì che la vita valga la pena di essere vissuta», secondo le parole pronunciate da Winston Churchill nel famoso *Discorso alla gioventù accademica*, tenuto all'Università di Zurigo il 19 settembre 1946, che ha dato l'avvio al processo con il quale si è giunti all'attuale UE.

E nonostante che il suddetto diritto, oltre ad essere considerato il principio fondante della Costituzione italiana, riceva analogo riconoscimento nella

² In particolare: Malta, Portogallo, Spagna, Cipro, Bulgaria.

maggior parte delle Costituzioni europee, sia solennemente contemplato dalla CEDU, dal Trattato di Lisbona e dalla Carta dei diritti fondamentali UE (per restare in ambito europeo).

Tanto che anche la autorevole Corte costituzionale tedesca (sentenza del 9 febbraio 2010) ha qualificato come “intangibile” il “superprincipio” della tutela della dignità umana.

Né va omissso di sottolineare che l'effettività della tutela dei diritti fondamentali, da sempre, è considerata il presupposto della legittimità democratica del “progetto europeo” e il suo tratto caratteristico in ogni settore.

E sappiamo che l'essenza della democrazia è rappresentata dal fatto che il benessere di ciascuno è la misura del benessere dell'intero corpo sociale di appartenenza.

Allora non si può non riconoscere che le suddette prassi – tollerate, se non addirittura favorite, dagli Stati ove vengono seguite – secondo cui, solo sulla base del reddito, alcuni sono privilegiati mentre a tutte le persone povere e vulnerabili che vivono in Europa – a prescindere dalla cittadinanza – hanno un trattamento deteriore e umiliante che ne impedisce, di fatto, l'inclusione sociale, minano, alla base lo stesso principio democratico, oltre a porsi in patente contraddizione con il diritto di ciascuno alla pari dignità e con il principio – che, nella Costituzione italiana è consacrato nel primo comma dell'art. 1 – secondo cui il lavoro equamente retribuito – e non una qualunque occupazione precaria e sottopagata – è lo strumento principale per vedere riconosciuta la propria dignità, non solo perché con il lavoro si mettono a frutto i propri talenti e si ottiene un reddito, ma anche perché è attraverso il lavoro che si può dare contenuto concreto alla propria partecipazione alla comunità dove si vive e quindi assumere una identità sociale.

E, al contempo, violano l'art. 2 del TUE, ove sono proclamati i principi fondanti dell'Unione, il cui effettivo rispetto è tutelato dagli strumenti – mai finora adoperati – che i Trattati (art. 7 del TUE e art. 354 del TFUE) forniscono allo scopo alle istituzioni UE.

Su questo è bene riflettere, come viene richiesto da più parti, a partire dal Presidente della Corte EDU Dean Spielman e, su un altro versante, anche da Papa Francesco, che, di recente, ha sottolineato che: «la crescita delle disuguaglianze e delle povertà mettono a rischio la democrazia inclusiva e partecipativa, la quale presuppone sempre un'economia e un mercato che non escludono e che siano equi».

Del resto, non si può negare che ciò che, in questi anni, ha consentito al razzismo, alla xenofobia e all'antieuropeismo di farsi sempre più strada e di organizzarsi in partiti politici attrattivi per le persone che sono maggiormente esposte agli effetti della crisi è stata proprio la diffusa mancanza della volontà e della forza morale necessarie per affrontare adeguatamente la questione del disagio sociale, in tutte le sue declinazioni.

Quindi, poiché come diceva il grande Thomas Mann: «la tolleranza diventa un crimine quando si applica al male» e poiché sarebbe inverosimile che razzi-

smo e xenofobia non fossero qualificati come “mali”, nella nostra Europa – che tanto ne ha sofferto, anche nella sua storia recente, ad esempio con la shoah, e che si è unita proprio per combattere simili sciagure – non possono nutrirsi dubbi sulla necessità di dismettere tale atteggiamento ipocritamente tollerante, facendo applicazione dei sofisticati strumenti giuridici e politici che, concordemente, abbiamo creato allo scopo.

Al riguardo il nostro continente non soltanto è l'unico ad essersi dotato di ben due Corti – quella di Lussemburgo e quella di Strasburgo – che, sia pure in ambiti diversi e con differenti modalità, svolgono il suddetto compito di controllo, ma è anche il solo nel quale tutti gli Stati hanno accettato di sottoporsi al controllo di tali due Corti, a differenza di quanto accade, ad esempio, per la Corte di San Josè.

E va anche detto che le suddette Corti europee “centrali” hanno avuto un ruolo importantissimo nel lungo, faticoso e non lineare cammino dell'integrazione europea cominciato più di cinquanta anni fa.

Infatti, come hanno sottolineato sia il Presidente Giorgio Napolitano sia Jacques Delors «l'Europa di Robert Schuman non sarebbe stata possibile senza la giurisprudenza», in quanto sono stati proprio il diritto e la giurisprudenza a porre «su basi nuove – pacifiche, di reciproca comprensione, di rispetto di regole comuni – i rapporti tra gli Stati riconosciutisi nel progetto europeo» e come proprio il diritto debba restare «alle fondamenta della costruzione europea».

E non si può negare che mentre fino allo scoppiare della crisi economica, la UE, pur con qualche contraddizione, nella sua azione complessiva, si è dimostrata abbastanza sensibile alla tematica della tutela dei diritti fondamentali, dal 2008 in poi la situazione è “precipitata”, sicché gli assoluti protagonisti dei provvedimenti e delle iniziative degli Stati UE, sono diventati l'economia, il mercato e le Agenzie di *rating* e quando si è discusso dell'immigrazione lo si è fatto principalmente in termini di “voci di spesa” del bilancio dei vari Stati, sottoposti all'austero tetto del 3% del deficit sul PIL, imposto da Maastricht e ora contestato da più parti, a partire dalla Francia.

Ma intanto – tra misure securitarie e voci di spesa – gli esodi forzati sono, via via, aumentati e spesso la causa di tale fenomeno è da ricercare – direttamente o indirettamente – in inappropriate iniziative occidentali, come rileva anche l'UNHCR nel rapporto *Global trends*, pubblicato a giugno 2014.

E adesso, sempre a causa di ritardi e tentennamenti, dobbiamo anche fare i conti con l'incombente pericolo del califfato ISIS e con la minaccia dell'ebola, per non parlare della situazione in Ucraina

Ma tutte queste situazioni possono determinare un ulteriore aumento del numero di profughi.

Inoltre, sarebbe bene prendere coscienza del fatto che il vertiginoso aumento dei migranti forzati degli ultimi anni è, in buona misura, pure un “effetto perverso” della impostazione prevalentemente poliziesca data finora alla politica e alla prassi migratoria UE, impostazione che ha le sue origini nel 1999 e che si

è progressivamente rafforzata con l'allargamento dello spazio Schengen, con il quale gli Stati UE hanno avvertito con sempre maggiore intensità la necessità di rafforzare i controlli alle frontiere.

Tale impostazione, infatti, ha anche ostacolato iniziative della UE, nel suo complesso, volte a creare un dialogo costruttivo con i Paesi di origine e di transito dei migranti, specialmente in Africa.

Ma va sottolineato che tutto ciò si è verificato per effetto di una “distorsione” dei principi e delle norme.

Infatti, quando nel trattato di Lisbona e nel coevo Programma di Stoccolma si è stabilito che, con riguardo alla condizione dei migranti, il bilanciamento tra le ragioni di ordine pubblico e quelle umanitarie che prima veniva effettuato, in via prioritaria, dai diversi legislatori nazionali dovesse essere effettuato in ambito comunitario, lo si è fatto nel presupposto che, secondo i Trattati, le politiche comuni in materia migratoria sono state concepite come riguardanti entrambi gli aspetti che caratterizzano la materia, cioè le ragioni di ordine pubblico e controllo delle frontiere, da un lato, e quelle di tutela dei diritti fondamentali, dall'altro lato.

Invece, nelle prassi, tale impostazione è stata del tutto dimenticata, disattendendosi anche la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nella quale è stata affermata la centralità della persona nelle politiche dell'Unione ed è stato ribadito il carattere comune delle politiche sulle frontiere, l'asilo e le migrazioni.

Così la concordata “comunitarizzazione” della materia è stata, nei fatti, interpretata come elemento di ulteriore implementazione della cooperazione tra gli Stati UE di tipo amministrativo-poliziesco, con l'adozione o il potenziamento di molteplici strumenti operativi, destinati ad affiancare quelli legislativi, nei quali sono state investite ingenti risorse, anche di recente.

In tale ultimo ambito, tra l'altro, si è provveduto a istituire diverse Agenzie specializzate, tra le quali anche FRONTEX, Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, che è stata istituita nel 2004 e che, almeno finora, è pur sempre da considerare un portato della impostazione securitaria della politica dell'immigrazione, tanto che le associazioni degli immigrati, anche dopo la c.d. “mattanza” del mar Mediterraneo del 3 ottobre 2013 hanno rinnovato la loro contestazione alla sopravvivenza di FRONTEX, considerata la “forza armata” del sistema di asilo UE.

Come si ricorderà, proprio la straordinaria tragicità di tale naufragio spinse il nostro Governo italiano a proporre – anche in vista del semestre di presidenza UE – un rafforzamento dei controlli alla frontiera attraverso il potenziamento della Agenzia FRONTEX e la messa in funzionamento di EUROSUR, a partire da 2 dicembre 2013, come sistema di scambio di informazioni tra i diversi Stati UE, oltre a dare l'avvio alla operazione MARE NOSTRUM.

Sicuramente tale ultima operazione – che ha avuto inizio il 18 ottobre 2013 ed è nata come risposta temporanea all'emergenza nell'attività di soccorso in

mare – è servita, fin qui, per salvare vite umane e “tamponare” la situazione, come dimostrano i continui salvataggi in mare eseguiti egregiamente da tutte le forze che vi hanno lavorato e vi lavorano, a partire dalla Marina militare e dalla Guardia costiera.

Né va omissa di ricordare che al successo dell'operazione ha collaborato anche la splendida e generosa iniziativa dell'Avvocatura italiana del “Progetto Lampedusa”, di cui si è detto.

Tuttavia, come ha anche sottolineato l'UNHCR, nell'elogiare l'operazione MARE NOSTRUM, la mancata condivisione tra gli Stati dei costi elevatissimi dell'operazione e la sua natura transitoria non hanno consentito di utilizzarla come strumento per incidere sul profondo rinnovamento della politica UE dell'immigrazione, di cui, anche per l'UNHCR, è necessario gettare le basi.

Certo, essendosi MARE NOSTRUM principalmente occupata di tutelare il diritto alla vita e alla sepoltura dei migranti, è quasi inspiegabile che non vi sia stata una folla di offerte di collaborazione oltre che di aiuti economici da parte di tutti gli Stati UE e della stessa UE (nel cui bilancio non mancano sprechi, nonostante la crisi economica), dal momento che erano in gioco diritti “fondamentali”, i “super diritti” della Corte costituzionale tedesca, come tali riconosciuti da tutti i cultori dei diritti umani, a partire da Tommaso di Aquino.

Tanto più che un coinvolgimento operativo allargato avrebbe potuto consentire di impostare insieme dei rapporti più proficui con i Paesi di origine e di transito dei migranti, anche per sviluppare ulteriormente una politica comune di lotta contro l'immigrazione illegale e la tratta di essere umani, implementando misure contro il lavoro non dichiarato e illegale e per proteggere le vittime della tratta di persone. E, quindi, cercare di creare canali umanitari.

Invece si è preferito non mutare la linea securitaria ormai “tradizionale” e si persevera nel parlare di protezione delle “frontiere”, anziché degli “uomini”, quando la gente ha continuato e continua a morire nel mar Mediterraneo, tanto che il naufragio del 3 ottobre 2013, che era stato considerato come la più grave catastrofe marittima nel Mediterraneo dall'inizio del XXI secolo, ha perso questo suo triste primato il 14 settembre di quest'anno, quando, in pieno alto mare, tra Creta e Malta (il punto esatto non sarà mai trovato) circa 500 persone, da una nave sono state deliberatamente annegate dai trafficanti, dopo aver lottato per 4 giorni e 4 notti per la sopravvivenza.

L'Europa “faro di civiltà”

Insomma, la UE nel suo complesso e i diversi legislatori nazionali seguendo – anziché indirizzare – l'opinione della buona parte dei rispettivi corpi elettorali continuano a preoccuparsi principalmente di garantire l'effettività delle misure di allontanamento dal territorio nazionale degli immigrati irregolari, senza dare l'impressione di accorgersi di ciò che sta realmente accadendo in Europa e nel mondo e quindi continuando a percorrere la strada ormai nota dell'abbandono,

più o meno dichiarato, delle politiche volte alla tutela dei diritti fondamentali dei migranti.

Questo dimostra, in modo evidente, come per sperare di modificare la attuale situazione – intrisa di diseguglianze, violenze e spreco di risorse – non basta più la via giudiziaria che è fisiologicamente volta a colpire le “patologie”, peraltro in continuo aumento, ma nel settore dell’immigrazione come in tutti gli altri ambiti del vivere civile si deve puntare a diffondere prassi degli Stati e comportamenti dei singoli “fisiologicamente” corretti e rispettosi del principio e per fare questo non si può più rimandare l’adozione di scelte di “lungo periodo” e strategiche, che i giudici – internazionali, comunitari o nazionali – non sono chiamati istituzionalmente a compiere.

In altri termini, quello che stiamo vivendo è il momento di mostrare il coraggio di fare autocritica – come fanno tutti i “grandi” – e quindi di cambiare rotta, prima che sia troppo tardi.

Dobbiamo fare tesoro degli errori commessi, per mancanza di coraggio e preveggenza, da ultimo, con l’epidemia dell’ebola in Africa occidentale, con la guerra siriana e con l’ISIS.

Dobbiamo prendere in mano la situazione, anche perché non farlo può costare molto non solo ai migranti, ma a noi tutti.

Infatti, l’immigrazione e l’inclusione sociale sono il vero “banco di prova” della UE perché sono temi che – trasversalmente – vengono a toccare le fondamentali stesse dell’Unione e, quindi, ne condizionano lo sviluppo economico e culturale.

Pertanto, solo se tali tematiche verranno trattate con un approccio diverso, più responsabile e coraggioso, l’Europa dimostrerà di rappresentare effettivamente “il faro di civiltà, la globalizzazione della civilizzazione”, secondo la descrizione fatta dal Presidente del Consiglio Matteo Renzi a Strasburgo, il 2 luglio scorso, in apertura del semestre italiano di presidenza del Consiglio europeo.

Questo è il nostro “compito”, la nostra missione comune, che viene prima e condiziona il rispetto dell’impegno di non superare il limite del 3% nel rapporto deficit-PIL, assunto reciprocamente da tutti gli Stati UE in posizione di parità e, come tale, anche, in ipotesi, rinegoziabile, a differenza del primo.

E, da quel che si è detto, risulta evidente che si tratta di una “missione” che porta ognuno di noi a fare la propria parte senza ipocrisie perché in essa viene in considerazione lo stesso rispetto della dignità umana che, per essere effettivo, ci porta a passare dalle belle parole ai fatti.

Soltanto se sapremo governare tali fenomeni, con misure adeguate, dimostreremo di non meritare il “declassamento”, in ambito globale, che viene paventato, peraltro solo quando si affrontano questioni economiche, senza neppure rendersi conto dello stretto collegamento esistente tra immigrazione ed economia.

Se per non volere adottare una politica chiara e lineare nei confronti dei migranti e dei poveri, in continuo aumento, pensiamo di “smantellare” tutta la costruzione di servizi sociali democratici che chi ci ha preceduto, con tanti

sacrifici, ha costruito, solo per assecondare le logiche di un mercato auto-regolantesi ma “impazzito”, nell’idea che comunque pagando si può ricevere una buona scuola privata, una buona sanità e si possono risolvere i problemi giudiziari (anche ricorrendo ad arbitri), vuol dire non soltanto che perdiamo la nostra onorabilità, ma anche che ci esponiamo a subire perdite economiche maggiori di quelle che potremmo avere affrontando “a testa alta” la situazione.

Questo, infatti, potrebbe consentirci di gestire l’immigrazione legale – anche se forzata – come una “opportunità”, in linea con uno degli obiettivi indicati nelle conclusioni del Consiglio UE tenutosi il 25 e il 26 giugno 2014.

Per fare questo bisogna cambiare rotta, in modo deciso. Ci vuole coraggio, come ci insegna la storia, perché deve essere chiaro a tutti che la strada per uscire da questa crisi – che, prima che economica, è morale – non può certamente essere quella di calpestare i diritti fondamentali dei più deboli, creando così eserciti di “fantasmi sociali”.

Pensarlo vuol dire aver perso la “bussola” e, per ritrovarla si potrebbe cominciare dal ricordare che Helmut Schmidt – nel bel discorso del dicembre 2011, tenuto a Berlino all’SPD – nel parlare del ruolo dell’UE e di quello della Germania al suo interno, ha definito l’Europa il «nostro piccolo continente», richiamando l’attenzione di tutti alla dura realtà di un continente europeo che si avvia a contare: a) solo per il 7 per cento della popolazione mondiale, rispetto a oltre il 20 per cento nel 1950; b) solo per il 10 per cento della produzione globale rispetto al 30 per cento nel 1950.

Ne consegue che non comprendere la portata del fenomeno migratorio e non percepire l’importanza del contributo dell’immigrazione per l’Europa vuol dire semplicemente non saper guardare alla realtà e al futuro.

Governare l’immigrazione, non “negarla”

Questo certamente non vuole – e non può volere – dire che l’Italia o l’Europa debbano accogliere tutti coloro che nelle aree a noi vicine hanno ragione di scappare dai loro Paesi in fiamme, per dittature, genocidi, carestie, catastrofi climatiche e ambientali, guerre senza fine contro il terrorismo.

Vuole dire soltanto che, a fronte del costante aumento delle criticità di tutti i tipi, la comunità internazionale, a partire dall’ONU per poi arrivare anche all’Unione europea e ai singoli Stati membri, devono dimostrare di aver capito che il fenomeno dell’immigrazione va “governato” e non “subito” o negato o scaricato sulle spalle di chi si trova ad avere una particolare posizione geografica.

E, per noi europei, vuol dire trovare, uniti, soluzioni conformi alla logica posta a fondamento del “progetto europeo” e di cui dobbiamo essere fieri, perché ha consentito di raggiungere traguardi che ai nostri progenitori, molti dei quali sono stati immigrati, sembrerebbero impensabili.

Date le dimensioni territoriali del nostro continente, il livello di produzione e quello demografico, come acutamente osservato da Helmut Schmidt, per

“contare” nel mondo globalizzato noi europei dobbiamo all’unisono far sentire la nostra voce per riaffermare il valore dei diritti fondamentali, soprattutto in favore delle persone in difficoltà.

Infatti, è veramente difficile competere, dal punto di vista economico, con colossi come gli USA, la Cina, l’India, il Brasile e così via.

Ma con questi Paesi e con molti altri Paesi possiamo sicuramente competere dal punto di vista culturale e giuridico.

E questo, se lo sappiamo valorizzare, può anche avere importanti ricadute economiche.

Viceversa, anche se abbattiamo tutte le garanzie che abbiamo conquistato nei secoli e arriviamo al livello più basso tra quelli esistenti nei suddetti Paesi non potremo mai ottenerne vantaggi economici duraturi e, in compenso, ci imbarbariremmo così come sta già succedendo da tempo, purtroppo.

Non rinunciamo alle nostre conquiste nel mondo del diritto perché esse rappresentano il nostro vero patrimonio, il nostro petrolio, la nostra acqua.

È un patrimonio che, in gran parte, abbiamo ereditato e che – come direbbe Hegel – ci identifica e, al contempo, ci differenzia dagli altri continenti e, quindi, anche dai colossi dell’economia globale.

Non dobbiamo sperperarlo, ma dobbiamo dimostrarci capaci di amministrarlo al meglio e questo dipende, in primo luogo, dalla capacità che riusciremo a dimostrare nel gestire il fenomeno migratorio e da quanto saremo capaci di creare le condizioni per la realizzazione dell’integrazione degli immigrati nell’ambito dell’integrazione europea. Nella consapevolezza che già nel concetto di integrazione è insito un concetto di sostenibilità, da tutti i punti di vista, sia per il singolo Stato sia per la UE.

In questa ottica, e quindi con un approccio di tipo pragmatico ed economico al fenomeno migratorio – inevitabilmente collegato all’idea di sostenibilità – si dovrebbe partire dalla premessa che – come ci ha ricordato anche l’ultimo *World Economic Forum* di Davos – uno dei protagonisti della economia mondiale è il crescente divario fra fasce ricche e povere della popolazione, che è una delle principali ragioni per cui il fenomeno delle migrazioni umane è destinato ad incrementarsi nel futuro.

Pertanto, per governare il fenomeno nel modo migliore, è necessario che siano adottate – in tutto il mondo occidentale – decisioni volte a una più equa distribuzione delle ricchezze, tema che si collega a quello fondamentale del “modello di sviluppo” da adottare per il futuro.

Da tutto questo si desume che siamo tutti sulla stessa barca, e per tutti intendendo non solo tutti gli Stati membri dell’Unione, ma anche tutti noi europei e occidentali e i migranti, i quali, oltre ad essere lo specchio in cui vengono riflessi i nostri comportamenti contraddittori, sono anche la nostra speranza di riuscire a mantenere un relativo benessere e di dimostrare che il nostro continente – seppur piccolo – è prezioso perché rappresenta, con le sue peculiarità e le sue gloriose tradizioni, la “culla del diritto”, da cui provengono tutte le Car-

te e le Costituzioni europee e internazionali nelle quali si riconoscono i diritti fondamentali di ciascun individuo.

Dopo tanti anni in cui si sono sperimentati gli effetti negativi sia della impostazione securitaria delle politiche migratorie UE sia della impostazione di rigida austerità delle politiche economico-finanziarie dell'Unione, dovrebbe essere chiaro che se non si cambia rotta si rischia di corrodere, a poco a poco, dal suo interno il welfare State creato con tanti sacrifici e che questo non equivale a creare benessere diffuso, ma anzi solo ad allargare la forbice tra ricchi e poveri – già esistente pure tra cittadini europei – ponendo le persone alla mercé dalla furia predatoria dei liberi mercati, anche per il soddisfacimento dei loro bisogni primari.

E dovrebbe essere evidente non solo che questo va evitato, ma che i primi ad avere interesse a farlo sono proprio gli Stati del Nord Europa, il cui welfare è particolarmente avanzato.

L'impegno sociale degli avvocati

In questo quadro, l'obiettivo ambizioso – ma essenziale per la sopravvivenza di un certo benessere nel mondo occidentale – è che possa giungersi a conciliare l'accettazione dei migranti con il recupero di luoghi degradati esistenti un po' ovunque nel mondo e, quindi anche in Europa e negli USA, visto che hanno una matrice comune, come si è detto.

Del resto, la creazione di “fortezze”, di “muri” e di “steccati” non è certamente la strada vincente, per nessuno, come dicono anche gli economisti del *World Economic Forum*.

Per cercare di raggiungere questo obiettivo sarebbe opportuno che, sulla base di un impegno di tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, venisse promosso un radicale cambiamento nei comportamenti dei singoli e quindi dei Governi, avvalendosi anche di spazi maggiori di approfondimento e dibattito da parte dei media, per diffondere una maggiore informazione, essenziale in ambiti come quello dell'immigrazione che si prestano ad approcci “emotivi”, per non dire “umorali”.

Naturalmente a queste misure di tipo genericamente sociologico, sarebbe necessario affiancare adeguate misure operative.

In questo ultimo ambito, attualmente l'unico strumento concreto di cui disponiamo è FRONTEX PLUS/TRITON, di cui si è deliberato il varo nella citata riunione del Consiglio UE del 25 e 26 giugno 2014.

Ebbene vi è da sperare che – al di là degli scetticismi e delle incertezze iniziali – l'operazione possa realmente diffondere l'idea che «il Mediterraneo è un mare europeo e un responsabilità europea», secondo le parole della Commissaria UE Cecilia Malmström e che quindi, grazie alla fattiva cooperazione sul campo di Stati diversi, TRITON possa servire come “grimaldello” per giungere alla auspicata modifica della normativa sul diritto di asilo

Siamo, quindi, tutti chiamati a metterci in “cammino” lungo questa strada e, in particolare, lo sono non soltanto coloro che direttamente parteciperanno alla missione e le organizzazioni umanitarie, ma anche gli organi di informazione, gli avvocati e gli studiosi che, con professionalità e mezzi diversi, possono comunque da un lato “vigilare” e dall’altro contribuire alla formazione di una opinione pubblica maggiormente consapevole.

Per quel che riguarda, in particolare, gli avvocati è bene ricordare le parole di Piero Calamandrei³, secondo cui: «Molte professioni possono farsi col cervello e non col cuore. Ma l’avvocato no. [...] L’avvocato deve essere prima di tutto un cuore: un altruista, uno che sappia comprendere gli altri uomini e farli vivere in sé, assumere i loro dolori e sentire come sue le loro ambascie. L’avvocatura è una professione di comprensione, di dedizione e di carità».

Non basta, quindi, avere capacità o efficienza tecnica, in quanto all’avvocato si richiede l’impegno sociale, da rinnovare giorno dopo giorno.

Certo, non sempre è facile farlo, ma riuscire a garantire la tutela dei diritti dei più deboli e quindi dei migranti è una sfida troppo importante per tutti noi e, quindi, nessuno può certamente tirarsi indietro, tanto meno un operatore giuridico e, in particolare, un avvocato o un giudice.

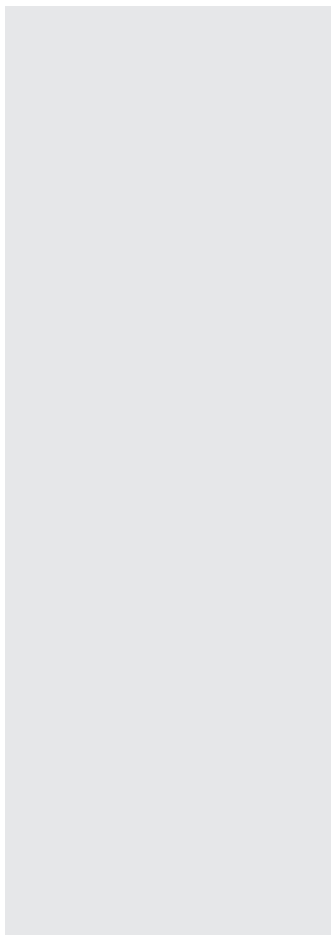
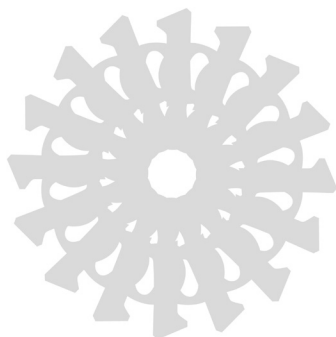
Infatti, in questo – per dirla con Dante – «si parrà la... nobilitate» della UE e di noi tutti cittadini europei.

Abstract

Immigration and social inclusion are the real “test bench” of United Europe, because these themes transversely touch the very foundation of the Union, thereby shaping its economic and cultural development. Therefore, only by different approach and treatment, more responsible and brave, Europe will really perform “the headlight of civility, the globalization of civilization”; according to words of Premier Matteo Renzi (Strasbourg, 2014, July, 2°), pronounced opening the Italian semester of presidency of the European Council. This is our “assignment”, our common unnegotiable mission. It comes first and prepossesses the respect of the 3% limit in deficit-pil ratio, because this ratio has been assumed by the UE members in parity’s position and, as such, it is ipotetically renegotiable. Of course, the mission requires human dignity’s respect from all members, switching from beautiful words to facts.

³ Dalla Commemorazione di Giorgio Querci (1955).

ETICA PROFESSIONALE E DEONTOLOGIA



La negoziazione assistita da un avvocato nella separazione e nel divorzio: profili deontologici

David Cerri

Sommario

L'esame degli obblighi gravanti sull'avvocato nella nuova normativa mostra come il successo della negoziazione assistita potrà essere assicurato soltanto da una rigorosa adesione dei professionisti alle regole deontologiche generali e speciali.

La "Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio" è l'ultimo coniglio uscito dal cilindro del legislatore (art. 6 del d.l. n. 132/2014 con le modifiche apportate dalla legge di conversione n. 162 del 10 novembre 2014¹).

Coniglio "pezzato", non puramente bianco come da tradizione prestidigitatoria, nel senso che non se ne può dare una lettura univoca né formulare un giudizio tutto positivo o tutto negativo (con una netta propensione, peraltro, per la seconda ipotesi).

Se era la stessa avvocatura ad aver manifestato la disponibilità al proprio maggior coinvolgimento nella gestione delle liti, ed in particolare di quelle familiari, il risultato finale merita di essere apprezzato per quel che è: molte contraddizioni, molte speranze, molte illusioni.

Se non è questa la sede per una esegesi della nuova normativa, visto che mi sono dato il compito di valutarne soprattutto i riflessi deontologici (se non nella misura in cui sarà utile al profilo scelto), è però utile affermare subito che essa potrà avere una valida diffusione e dare una corretta risposta sia alle esigenze di "giustizia sostanziale" insite nelle procedure partecipative, sia a quelle di "efficienza" richieste dal quadro generale del sistema (su cui torneremo tra poco) solo se gli avvocati vorranno far che sia così, perché – in poche parole – se non tutto moltissimo poggia sulla correttezza deontologica dei professionisti che sono protagonisti.

Vediamo il perché di questa convinzione.

¹ Sulla nuova normativa tra i già numerosi contributi ricordo soltanto: A. PROTO PISANI, *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato*, in *Foro it.*, V/2015, pp. 1 ss.; M. GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e "fuga dal processo"*, Leone, Messina 2014; F.P. LUISSO (a cura di), *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, Giappichelli, Torino 2014.

Il processo al servizio del contratto

Come anticipato, non soltanto non va sottaciuto, ma va anzi “evidenziato” come anche queste novità legislative vadano ad iscriversi in quel generale processo di adeguamento dell’ordinamento della giustizia civile alle esigenze della crescita economica, ovvero – come ha efficacemente scritto Remo Caponi² – nel prefigurare «*Doing Business* come scopo del processo civile», dove il riferimento è al noto rapporto annuale della Banca Mondiale³. Nelle interessanti discussioni sul tema, talvolta animate da un senso di impotenza, svoltesi in ambito accademico e professionale ed ampiamente anche sui social network, si è notato argutamente come anche l’incidente stradale di un disoccupato sarebbe desiderabile, visto che farebbe aumentare il PIL⁴; ed a mia volta rilevo che nel Rapporto 2015 di *Doing Business* la invero modestissima posizione dell’Italia nella categoria *Enforcing Contracts* addirittura sparisca al cospetto delle *performances* di Paesi come Singapore, frequentemente primo in molte classifiche; ma mi viene contemporaneamente in mente che quel simpatico ed efficientissimo Paese orientale è primo anche in altre classifiche, come quella che vede somministrare la sanzione penale corporale della fustigazione (esercizio virtuoso consentito peraltro fin dall’età scolastica per i maschi): sembrano almeno 2500 (su una popolazione di poco più di 5.000.000 di abitanti) le condanne inflitte nell’ultimo anno le cui statistiche sono note⁵. Con ciò non intendo ovviamente dire io, né sostenere che altri dicano, che fustigare fa bene all’economia, ma solo timidamente osservare che l’efficienza dovrebbe pur esser coniugata ai valori. Ebbene, dalle nostre parti anni di riforme “a costo zero” nel campo processuale sembrano comunque orientati a conseguire quel tipo di efficienza (senza frustate, ma comunque vuota) con la notevole aggravante dell’insipienza tecnica (le caratteristiche di quelle fruste, invece, sono perfettamente regolamentate così da far pensare che vi sia a monte una valutazione di tipo manageriale...).

Si sono sprecate le affermazioni di sconcerto di numerosi giuristi: dall’«intervento sconsolato» di Andrea Proto Pisani nel 2008⁶, al «basta, per favore basta!» di Michele Fornaciari sulle novelle dell’art. 360 c.p.c.⁷, fino al recentissimo

² R. CAPONI, *Doing Business come scopo del processo civile?*, in *Foro it.*, V/2015, pp. 10 ss.

³ I rapporti, incluso quello 2015, si leggono sul sito www.doingbusiness.org.

⁴ Così tra gli altri A. MARCHESELLI negli scambi sulla Lista Europa.

⁵ Fonte: SINGAPORE 2012 HUMAN RIGHTS REPORT, del dipartimento di Stato USA: <http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/humanrightsreport/index.htm?year=2013&dldid=220229>; non che ci sia da dimenticare che la forma di punizione è un portato dell’impero coloniale britannico: ma nel Regno Unito perlomeno è stata abolita dal 1948, mentre a Singapore il numero dei reati cui la pena si applica è stato esteso ancora nel 2008. Ne hanno fatto le spese a marzo due graffitari tedeschi.

⁶ A. PROTO PISANI, *Intervento sconsolato sulla crisi dei processi civili a cognizione piena*, in *Foro it.*, V/2008, pp. 11 ss.

⁷ M. FORNACIARI, *Ancora una riforma dell’art. 360, 1° comma, n. 5 c.p.c.: basta, per favore, basta!*, in *Rass. Forense*, 2012, p. 493.

«Per pietà, basta» di Giovanni Verde a proposito del d.d.l. concorrenza⁸. A me sembra che anche la negoziazione assistita – dopo la mediazione *à l'italienne*, vale a dire: come stravolgere uno strumento utilissimo perseguendo meri fini deflattivi – sia l'ultimo esempio di come tecniche e culture conciliative vengano distorte a fini che non sarebbero loro propri, o lo sarebbero solo parzialmente e comunque non in via esclusiva. Complici gli *input* dell'Unione, proprio in materia di procedure alternative, che – come ancora Caponi ha notato da ultimo⁹ – stanno spostando l'attenzione dal piano della composizione dei conflitti a quello del *Private Law Enforcement*, dove l'accento va posto sull'aggettivo (*Private*): si parla ormai più solo della rilevanza economica dell'esecuzione dei contratti¹⁰, quale ultimo esito dell'imperante ideologia neo-liberale.

Gli obblighi dell'avvocato nella negoziazione assistita. Gli obblighi generali

Dato il quadro generale, proviamo allora a verificare la validità dell'affermazione fatta poc'anzi, sulle premesse non “prevalentemente” o “principalmente”, ma “esclusivamente” deontologiche di una fruttuosa applicazione della normativa. I problemi generali delle nuove previsioni saranno esaminati più avanti, a conclusione della rassegna delle varie ipotesi.

Vi sono allora dapprima gli obblighi posti per ogni tipo di negoziazione assistita: mi riferisco intanto, in sede di conferimento dell'incarico, all'obbligo di informativa (art. 2, comma 7), non nuovo all'ordinamento (vedi l'analogo dovere previsto dall'art. 4, comma 2 del d.lgs. n. 28/2010 sulla mediazione) e che può considerarsi come ipotesi applicativa di quanto più in generale previsto dall'art. 27, comma 3 del Codice Deontologico (ma con la forza in più che deriva dalla espressa previsione del legislatore ordinario). È intuitivo come il corretto esercizio di tale dovere contribuisca ad un primo e decisivo orientamento del cliente e sia destinato a favorire o meno il ricorso a questo strumento.

All'avvocato compete poi il dovere di certificare l'autografia delle sottoscrizioni della parte, sia a proposito della convenzione (art. 2, comma 6) che dell'accordo (art. 5, comma 2).

⁸ G. VERDE, *Un'altra riforma a costo zero inutile e dannosa*, in *Guida al Diritto*, 10/2015, p. 10. Ancor più recente infine l'appello dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile sulle riforme della giustizia civile attualmente in corso in Italia (che si legge in www.academia.edu).

⁹ R. CAPONI, *op. cit.*, p. 13, che cita G. WAGNER, *Private Law Enforcement through ADR: Wonder Drug or Snake Oil*, in *Common Market Law Review*, 51/2014, p. 165.

¹⁰ Per sincerarsene si legga la Direttiva 2013/11/EU sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori attraverso l'intervento di organismi ADR, varata insieme al Regolamento Ue 514/2013 che disciplina la risoluzione stragiudiziale delle controversie riguardanti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi on-line tra consumatori e professionisti. Ed anche gli entusiastici commenti sulla conciliazione paritetica italiana nel *Rapporto I-Com 2014 sui consumatori* di ICom-Istituto per la competitività <http://www.i-com.it/>.

Dove sorgono molti – ma anche qui non nuovi – problemi è a proposito dell'altro dovere previsto nella norma da ultimo citata (l'art. 5, comma 2) sulla certificazione della *Conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico*. Se la previsione, come or ora accennato, non è nuova perché già conosciuta in sede di mediazione (art. 12 d.lgs. n. 28/2010), gli effetti possono diventare dirompenti in sede di separazione e divorzio, ora che sono stati rotti gli argini sulla “disponibilità” di diritti finora ritenuti non affidabili alla gestione privata delle parti (laddove per la mediazione tale ambito non è valicabile); specialmente – lo accennerò più avanti – se si desse la giusta autonomia alla posizione del minore.

L'avvocato non può poi «impugnare un accordo alla cui redazione ha partecipato» (art. 5, comma 4), come già prevede l'art. 44 del Codice Deontologico (che però fa salva l'ipotesi che l'impugnazione «sia giustificata da fatti sopravvenuti o dei quali dimostri di non avere avuto conoscenza»: eccezione che non vedrei motivo di non far propria anche per l'accordo frutto della negoziazione). Anche in questo caso, si noti, il legislatore – probabilmente preoccupato del successo della nuova normativa – si è spinto a sanzionare espressamente sotto il profilo disciplinare il comportamento censurato. È la tendenza dei nostri tempi quella di veder affermato a parole e contraddetto nei fatti il principio dell'autoregolamentazione deontologica, ma questa è più una constatazione che una critica; un inguaribile ottimista vedrebbe piuttosto nell'intervento “esterno” il riconoscimento che la via deontologica è comunque efficace per la tutela dei valori della collettività quando si tratta di rapporti sociali cui partecipa un professionista, andando col pensiero all'analoga importanza della responsabilità sociale d'impresa.

Essenziali sono i doveri e le tutele apprestate dall'art. 9: non mi soffermo qui sulle seconde, analoghe a quanto previsto nelle procedure di mediazione (art. 10, comma 2, d.lgs. n. 28/2010).

Dopo il divieto di prender parte quali arbitri alle controversie aventi il medesimo oggetto “o connesse” (formula quest'ultima che non mancherà di originare incertezze applicative) contenuto nel primo comma, sono riservatezza e lealtà a venire in primo piano in quello che segue.

Se l'efficace tutela della prima potrebbe costituire – insieme al collegato divieto di uso delle “dichiarazioni rese” e delle “informazioni acquisite” nel corso del procedimento: stesse espressioni degli art. 9 e 10 del d.lgs. n. 28/2010, e, in parte, già prima dal comma 3 dell'art. 40 del d.lgs. n. 5/2003 sulla conciliazione societaria – la differenza vincente rispetto all'omologo francese (regolato dagli artt. 2062-2068 di quel codice civile e 1542-1567 del codice di procedura¹¹), è alla clausola generale della lealtà che occorre rivolgere la maggiore attenzione.

¹¹ Secondo il Rapport d'information n. 404 (2013-2014) del 26 febbraio 2014 del Senato francese, sono solo 7 le richieste di omologazione di accordi raggiunti in quella sede nel 2013: <http://www.senat.fr/rap/r13-404/r13-4045.html>.

Il principio generale è posto in primo luogo dal comma 2 dell'art. 3 della l. n. 247/2012, e quindi dall'art. 9 del Codice Deontologico, che avrebbe un significativo riscontro nei casi di specie in quanto regolato dall'u. p. del primo comma dell'art. 28 (Riserbo e segreto professionale: mi riferisco al «massimo riserbo sull'attività prestata e su tutte le informazioni che gli siano fornite dal cliente e dalla parte assistita, nonché su quelle delle quali sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato») per evitare facili scorciatoie per interposto e compiacente collega.

Ora, se nel codice di rito una norma espressamente dedicata c'è, ed è l'art. 88 c.p.c., è anche vero che le conseguenze di una sua violazione si son finora viste soprattutto nell'ottica del dolo processuale revocatorio di cui all'art. 395 c.p.c., con una considerazione generalmente negativa della sua sufficienza a tal fine¹². Già nel processo civile si potrebbe sostenere con un maggior coraggio un più immediato riflesso del mero mendacio o della falsa allegazione, anche se finora il maggior progresso verso un atteggiamento di rigore si inizia a vedere solo nei provvedimenti che concernono piuttosto chiarezza, concisione e comprensibilità degli atti¹³. Oggi norme come quella in esame, però, non consentono alcun rimedio interno alla procedura partecipativa, costituendo soltanto – per così dire – la “premessa” di una considerazione successiva ad opera del giudice ordinario, se, e nella misura in cui, le conseguenze di quella slealtà si riversino e si apprezzino nel giudizio. All'interno della procedura di cui al Capo II del d.l. n. 132 gli unici *vigilantes* restano allora soltanto (la retta coscienza dell'avvocato) e l'ordine professionale: *quod erat demonstrandum*.

A chiusura ideale dell'iter vi è infine la norma posta dall'art. 11, sull'obbligo di trasmissione al Consiglio dell'Ordine di copia dell'accordo, ricollegabile a quanto previsto negli art. 19 (Doveri di lealtà e correttezza verso i colleghi e le Istituzioni forensi) e 71 (Doveri di collaborazione) del Codice Deontologico: una volta di più lo scopo rispondente all'interesse pubblico (di un efficace monitoraggio dell'applicazione dell'istituto), trova di fatto la tutela (solo) nell'ordinamento deontologico, benché stavolta senza un'esplicita previsione.

Gli obblighi specifici di cui all'art. 6

Quelli già esaminati in via generale sono i veri riferimenti deontologici di cui tener conto, giacché le specifiche previsioni nell'ambito della negoziazione per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio nulla aggiungono, se non la dimostrazione di quell'insipienza tecnica già ricordata.

Per cominciare, non si comprende infatti il senso del dare «atto che gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti» (art. 6, comma 3): se l'accordo si

¹² Da ultimo Cass. civ., sez. III, 15 novembre 2013, n. 25761; C. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5187.

¹³ In specie nel processo amministrativo, grazie all'art. 3 di quel codice: cfr. C. Stato, sez. I, 27 febbraio 2014, n. 346/13.

è fatto! si tratta probabilmente soltanto dell'affezione rimasta (o della cattiva coscienza) per il tentativo di conciliazione di cui agli art. 708 c.p.c. e 4, comma 7 l. n. 898/1970.

Ma anche la dovuta informazione «della possibilità di esperire la mediazione familiare» e dell'«importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori» da un lato paiono (o dovrebbero parere) ovvietà, e dall'altro sembrano destinate solo a far felici i solerti costruttori di formule, delle quali infatti già pullula la rete. Ancora, quindi, la trasformazione da esercizio retorico-formale a norma vivente è affidata inevitabilmente alle disposizioni deontologiche, che prevedono già, “nella sostanza” (ma sono queste ultime due parole a dare la stura alle considerazioni che seguiranno nel prossimo paragrafo), il dovere informativo (art. 27 Cod. deont.) e quello di competenza (art. 14), presupposto necessario della conoscenza delle problematiche familiari.

L'ultimo obbligo – quello della trasmissione dell'accordo all'ufficiale dello stato civile entro dieci giorni – non sembra francamente nulla di più del solito e maldestro tentativo di far cassa; e se a pensare male si fa peccato, la Circolare ministeriale n. 19/2014 sembrava confermare che si era indovinato, laddove prevedeva l'obbligo a carico di ciascun avvocato: fortunatamente è stata smentita dalla successiva Circolare n. 6 del 24 aprile 2015.

Alcune considerazioni conclusive

Ho accennato poco sopra al fatto che “nella sostanza” molti dei nuovi doveri potrebbero essere inquadrati in norme già poste dal Codice Deontologico. “Nella sostanza”, però, è espressione compatibile con quanto prevede l'art. 3, c. 3 della l. n. 247/2012: «Tali norme [quelle che hanno rilevanza disciplinare] per quanto possibile, devono essere caratterizzate dall'osservanza del principio della tipizzazione della condotta e devono contenere l'espressa indicazione della sanzione applicabile»?

Per esser più precisi: vero, intanto, che si tratta di rapporto tra norme di pari valore, l'una successiva all'altra, ma un po' di coerenza rispetto a quella che è comunque la legge-quadro della professione non sarebbe dovuta mancare. Passi anche la possibile equivalenza tra l'espressione da me usata ed il “per quanto possibile” della norma citata: si tratterebbe di far uso dei principi generali per collocare adeguatamente le nuove, esplicite, previsioni deontologiche; ma dove la norma del 2012 è chiara è sulla necessità che la tipizzazione disciplinare rechi comunque con sé l'indicazione della sanzione.

Come la mettiamo, allora, con i nuovi illeciti del d.l. n. 132 (che, riepilogo, sono quelli di cui agli artt. 2, comma 7; art. 5, comma 4; art. 9, comma 1 e 2) mancanti del tutto di tale indicazione?

In altre parole, è lecito il procedimento analogico per cercare nel *corpus* del nuovo Codice Deontologico la previsione più simile, ed applicare la relativa sanzione?

Un esempio facile: la violazione del dovere di informativa di cui all'art. 2, comma 7, come già ricordato ha un chiaro antecedente nell'art. 27, comma 3 del Codice Deontologico. Probabilmente corretto, allora, sanzionare la violazione con l'avvertimento (art. 27 cit., comma 9, p.p.). Un esempio meno facile: la violazione dell'obbligo di lealtà (art. 9, comma 2, d.l. n. 132/20124).

Per capire meglio quanto concrete possano essere le distorsioni cui un comportamento sleale può condurre (del resto inversamente proporzionali alle possibilità di successo della nuova procedura), pensiamo al caso dell'avvocato che, in perfetta mala fede, si faccia addirittura "promotore" di una procedura partecipativa al solo fine di acquisire informazioni dalla controparte (per es. l'esistenza di una relazione extraconiugale), per poi orientare efficacemente un'attività di indagine che varrà a superare di fatto le preclusioni di cui alla s. p. del c. 2 dell'art. 9. È certamente un comportamento sleale, ma potremmo contare solo sulla previsione della "non utilizzabilità" per non vederne godere i frutti a chi ne è l'autore? Mi sembra più efficace il richiamo già sopra operato all'u.p. dell'art. 28, c. 1 Cod. Deont. a proposito delle «informazioni delle quali sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato» che nella specie non sarebbero in nessun modo riferibili a terzi, neppure a collega che subentrasse nel mandato, il quale in ogni caso non avrebbe la possibilità di usarle se comunicate dal cliente. Tuttavia la duplice necessità di individuare dapprima la norma deontologica di riferimento, e poi la sanzione, desta legittime perplessità.

Il rimedio, peraltro, è a portata di mano; starà al Consiglio Nazionale Forense munire delle indicazioni mancanti le nuove esplicite previsioni deontologiche, e tipizzare ulteriormente i comportamenti egualmente illeciti ma non definiti espressamente tali dal legislatore, curando di non lasciar spazi ai più furbi che possano contare, ad esempio, su facili quanto apparenti sostituzioni nel mandato (si pensi a quanto severa è la disciplina deontologica sui rapporti tra colleghi posta dagli artt. 61 e 62 del Cod. Deont.). E si dovrebbe cogliere l'occasione della revisione del Codice per operare analogamente per quelle altre previsioni poste dal legislatore ordinario, deficitarie sotto l'uno o l'altro profilo¹⁴.

Ancora graverebbe sull'avvocato il dovere di colmare evidenti lacune dell'attuale regolamentazione della negoziazione assistita, a cominciare dalla mancata previsione dell'ascolto del minore (cui proprio il nuovo Codice Deontologico ha dedicato con l'art. 56 un'apposita norma¹⁵), per proseguire con i dubbi deri-

¹⁴ Un solo esempio: il comma 4 dell'art. 6 del d.lgs. n. 28/2010, che qualifica illecito disciplinare la violazione degli obblighi inerenti le dichiarazioni dei mediatori ivi previste; perché non chiarire espressamente che si tratta di quanto ora previsto dal 1 c. dell'art. 62 Cod. Deont.?

¹⁵ E ricordo che in Francia l'art. 1157 del codice di procedura civile prevede: «*Lorsque l'accord concerne un mineur capable de discernement, notamment lorsqu'il porte sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, la requête mentionne les conditions dans lesquelles le mineur a été informé de son droit à être entendu par le juge ou la personne désignée par lui et à être assisté par un avocat*».

vanti dalla anodina considerazione dei figli «maggioresi economicamente non autosufficienti», e terminare – provvisoriamente – con l'esclusione delle famiglie di fatto dal campo di applicabilità; lacune – intendo qui le prime due – cui non sembrano poter supplire i poteri d'indagine degli ufficiali dello stato civile (con, sullo sfondo, la discutibile scelta di lasciare alla Procura della Repubblica un controllo più o meno approfondito nelle diverse ipotesi regolate dall'art. 6, comma 2: cioè a quella che è sempre stata considerata una parte¹⁶, quando c'era un ben collaudato giudice a disposizione)¹⁷.

Il percorso argomentativo fin qui seguito, sulla falsariga del commento alle nuove norme, sembra condurre spontaneamente ad una considerazione finale ed assorbente, appunto e soprattutto dal punto di vista deontologico.

Mi riferisco al dovere di competenza di cui all'art. 14 Cod. Deont. (indissolubilmente coniugato a quello di aggiornamento, di cui all'articolo che segue).

Anche se le lacune ricordate non ci fossero; anche se fosse apprestata una tutela alle posizioni delle parti deboli quale il meccanismo previsto del controllo della Procura non sembra assicurare; anche se il controllo deontologico sullo sviamento ad altri fini della procedura partecipativa fosse occhiuto e puntuale, ebbene, senza la capacità professionale degli operatori non si andrebbe egualmente lontano.

Era stata oggetto di numerosi e sfavorevoli commenti la disciplina sulla mediazione, per la creazione di una categoria di mediatori “di diritto” (gli avvocati) senza aver posto le premesse per garantirne la preparazione (ed infatti, in coerenza con la impostazione qui seguita, è stato il CNF a munire di contenuto il percorso formativo previsto dall'art. 16, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 28/2010¹⁸). Oggi si profilano analoghe perplessità, se uno strumento da maneggiare con cautela quale la negoziazione è affidabile a qualunque avvocato, come senz'altro è possibile.

In realtà non ci si improvvisa “negoziatori”, come non ci si improvvisa mediatori, arbitri o – se mi si passa la (intenzionalmente) brutta espressione – “ascoltatori del minore”, tutti ruoli che richiedono una specifica preparazione ed il ricorso a conoscenze ed abilità non curricolari.

¹⁶ Cfr. F. DANOVÌ, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Famiglia e diritto*, 12/2014, pp. 1144-1145. Molte Procure si sono già dotate di Linee Guida: tra le prime quella di Milano, il cui documento – che si legge sul sito dell'Ordine degli Avvocati di Milano – è commentato da G. FINOCCHIARO in *Guida al diritto*, 6/2015, 13 ss.

¹⁷ Meglio astenersi da qualsiasi commento, poi, a proposito dell'assenza della difesa tecnica quando le parti si rivolgono direttamente al Sindaco come ufficiale dello stato civile (art. 12 d.l. n. 132/2014): per il legislatore italiano, evidentemente, le sue capacità sono tali da mettere nell'ombra quelle dei legali, della stessa Procura, per non parlare del Tribunale, dietro il solo viatico della “*doppia* (comparizione) *conforme*” di cui al singolare c. 3.

¹⁸ V. delibera del 21 febbraio 2013, che si legge col commento di F. VALERINI in http://www.dirittoeigiustizia.it/allegati/PP_PROF_formazioneCNF_valerini_s.pdf.

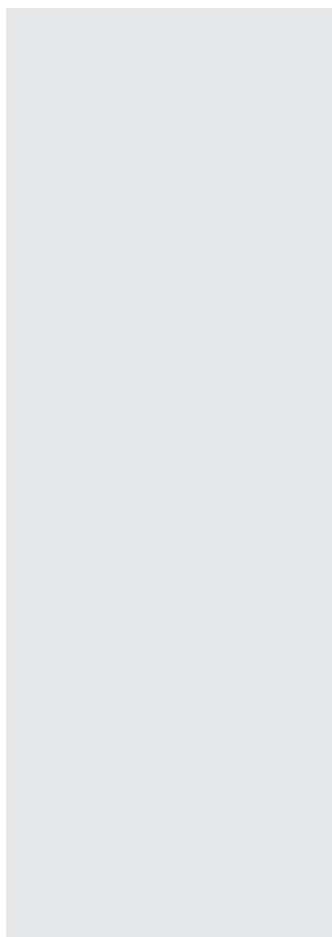
Solo per introdurre il discorso, rimando ad un contributo di Serena Tomasi apparso di recente su questa Rivista che illustra l'approccio argomentativo alle procedure partecipative secondo la teoria c.d. "pragma-dialettica". Chi avrà la pazienza anche soltanto di scorrere velocemente il saggio, si renderà conto della necessità di un non superficiale approfondimento, visto che la negoziazione «non si esaurisce nella fase argomentativa, ma è una modalità più complessa di attuazione di una ricerca di ragioni condivisibili tra le parti, al fine di impedire che la composizione del conflitto sia riservata alla volontà di un soggetto, dotato di potere decisionale coercitivo o di funzione conciliativa o promotrice del dialogo... Sono, cioè, le parti ad assumere un ruolo attivo nella procedura che si sviluppa in un confronto reciproco, volontario, consapevole e responsabile, delle posizioni, sì che la soluzione raggiunta sia accettabile e condivisa. Sotto questo aspetto, risolvere un rapporto controversiale nel contesto di una giustizia partecipativa significa costruire una comunicazione tra le parti impostata in termini di assunzione di un comune commitment: evidenziare ciò che accomuna al di là delle differenze»¹⁹. La lunga citazione mi esenta da ulteriori precisazioni, perché illustra agevolmente come diverse abilità siano necessarie: da una conoscenza sia pure elementare della psicologia e delle tecniche di comunicazione, alla padronanza della logica giuridica (la cui rilevanza, se sempre necessaria all'avvocato, assume qui un particolare rilievo), ed – infine – alla consapevolezza di un comportamento eticamente adeguato che non può esser soddisfatta da rinvii tralatici alle consuete esperienze professionali, ma richiede a sua volta una specifica, approfondita riflessione. Si pensi soltanto all'indispensabilità dei riferimenti alle Convenzioni sovranazionali per una esatta individuazione dei doveri deontologici dell'avvocato "di famiglia": non è affatto scontato che essi costituiscano un patrimonio comune della categoria (e son tutti da vedere gli sviluppi del sistema delle specializzazioni); di qui la necessità di una consistente e qualificata offerta formativa da parte, in primo luogo, delle istituzioni ed associazioni forensi, che l'entrata in vigore delle nuove norme non fa altro che sottolineare.

Abstract

Analysis of the new regulation of lawyer's duties shows that the success of "assisted negotiation" can be ensured only by strict adherence to general and special rules of professional ethics.

¹⁹ S. TOMASI, *La negoziazione assistita in dieci regole: giustizia partecipativa e teoria dell'argomentazione*, in *Cultura e Diritti*, 4/2014, p. 70. I riferimenti sono all'opera di F.H. VAN EEMEREN - R. GROOTENDORST, dei quali si può leggere in italiano, tra le altre opere, *Teoria sistematica dell'argomentazione. L'approccio pragma-dialettico*, trad. it. a cura di A. GILARDONI, Mimesis, Milano-Udine 2008 (2004).

APPROFONDIMENTI



Jobs act: le norme sul lavoro che cambieranno la vita del Paese?

Carlo Calvieri

Sommario

Nonostante l'enfasi con cui il Governo ha denominato il d.lgs. n. 23 del 4 marzo 2015 come "disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo determinato a tutele crescenti", molti dubbi si addensano sulla coerenza di tale titolo con il reale contenuto delle sue disposizioni.

Emerge con evidenza una scelta di politica legislativa volta a rendere complessivamente più flessibile il mercato del lavoro, ma ciò è attuato attraverso una marcata riduzione delle garanzie dei lavoratori dal licenziamento, sensibilmente ridotte rispetto al passato.

È evidente un forte sbilanciamento, tutto in favore del datore di lavoro e la marginalizzazione del diritto alla reintegrazione del posto di lavoro. Ciò alimenta sia dubbi di costituzionalità che di compatibilità con la Carta sociale europea e con l'art. 30 della CDFUE, con buona pace delle, solo asserite, "tutele crescenti".

Il nuovo ordine dei mercati e la tutela del lavoro

Il 7 marzo 2015 sono entrati in vigore i primi due decreti legislativi che secondo il Governo potranno cambiare il mondo del lavoro in Italia, producendo un incentivo alle assunzioni e tentando di ridurre la disoccupazione nel nostro Paese.

Si tratta delle disposizioni sui nuovi contratti a tutele crescenti e di quelle sui nuovi ammortizzatori sociali. Oggetto del breve commento che segue sarà il primo tra i due che incide in maniera significativa sulle tutele che, de futuro, saranno riconosciute ai lavoratori in caso di illegittimo licenziamento e che costituisce il prezzo che l'Italia è costretta a pagare sul fronte della crisi economica che ha colpito quasi tutti i paesi dell'eurozona.

Tuttavia l'analisi del c.d. decreto legislativo sui contratti a tutele crescenti ha a che fare con vicende sociali, economiche ed eventi giuridici che partono da lontano e che negli ultimi anni, sempre più spesso, hanno connotato il panorama internazionale determinando profondi mutamenti che impongono anche una rivisitazione dell'approccio all'analisi del rapporto tra libertà economiche e diritti sociali¹.

In questo nuovo spazio si sono rapidamente alimentate nuove concezioni del diritto e dell'economia, preconizzate già nella seconda metà del XIX secolo

¹ Fra i molteplici scritti in materia, particolarmente significativo l'articolo di M. LUCIANI, *Diritto di sciopero, Forma di Stato e Forma di governo*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2009, pp. 1 ss.

da Carl Schmitt che parla di una comunità del *liberum commercium* internazionale, slegata dalla dimensione statale del governo dell'economia².

In questo nuovo contesto il diritto ha cercato di adeguarsi alle nuove esigenze cambiando a sua volta la propria dimensione da statale a sovranazionale, svolgendosi in un nuovo ambito multilivello, sempre più ampio e complesso.

Si è così ben presto assistito allo svilupparsi e al moltiplicarsi di organizzazioni e accordi internazionali adottati con l'intento di dare una qualche regolamentazione ai fenomeni in questione. Tuttavia oggi, tanto i fautori quanto i detrattori di questo processo hanno concentrato l'attenzione prevalentemente sull'aspetto economico del fenomeno, tralasciando spesso l'altra faccia della medaglia, la tutela delle prestazioni sociali e dei diritti che riguardano i lavoratori coinvolti in tali meccanismi.

Da qui discende una sottovalutazione dei rischi che corrono alcuni istituti caratteristici dello Stato sociale, allorquando alcuni valori, che dal secondo dopoguerra in poi si sono affermati un po' ovunque in Europa, seppur in forme diverse (ed alla cui base stanno i diritti di contrattazione collettiva, di sciopero, di tutela da licenziamenti illegittimi ecc.), si trovano a dovere essere oggetto di bilanciamento diretto con la tutela delle libertà economiche e al loro ampliamento e sviluppo.

Tali libertà che stanno alla base della nascita dell'attuale Unione Europea, impongono di chiedersi quanto e come la natura di questa organizzazione sovranazionale sia cambiata e quali siano le risposte che essa può offrire al di là della tutela e promozione delle libertà economiche quando queste vengono a confrontarsi con diritti di nuova generazione come i cosiddetti diritti sociali e la necessità della loro tutela³.

In tale contesto emerge un preoccupante fenomeno che mette in concorrenza anche i diritti dei lavoratori generando pericolose spirali di "*dumping sociale*", grazie alle quali le imprese riescono ad ottenere maggiori margini di guadagno sfruttando la possibilità di collocare i propri stabilimenti in paesi dove il costo del lavoro e le tutele dei lavoratori con le connesse prestazioni sociali sono più basse.

Tali problematiche, fortemente acuite in tempi di crisi, sono ben note sul piano dell'economia intesa nella sua dimensione globale, che è quella dove è evidente il fenomeno, e gli strumenti giuridici a disposizione sono ben pochi.

Le fonti che in qualche misura trattano del problema (per esempio le dichiarazioni OIL) lo fanno senza che si possa disporre di strumenti giuridici vincolanti, tali da consentire forme efficaci di contrasto, risolvendosi spesso

² C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello jus publicum europaeum*, Adelphi, Milano 1991, pp. 298 ss.

³ Vedi, per una complessiva ricostruzione, M. DOUGAN, *The Spatial restructuring of National welfare state within European Union. The contribution of Union citizenship and the relevance of the Treaty of Lisbon*, in AA.VV., *Integrating Welfare function in the EU Law. From Rome to Lisbon*, DJOF Forlag, Copenhagen 2009, pp. 147 ss.

in mere dichiarazioni programmatiche, seppur produttive di qualche effetto giuridico indiretto.

Se invece si approccia il fenomeno partendo dalla sua dimensione interstatale geograficamente e giuridicamente più contenuta, quale quella dell'Unione europea o quella ancor più ristretta dei Paesi aderenti alla moneta unica, ci si accorge che una problematica del genere, seppur in parte oggi regolamentata (si veda l'articolo 51 della CDFUE, inserito con lo stesso valore dei Trattati, dall'articolo 6 del TUE), viene affrontata, come alcune pronunce della CGUE testimoniano, con un approccio fortemente "liberistico", poco incline alle tutele solidaristiche, accordando ancora una volta (in questo caso in via di interpretazione e applicazione delle norme), una prevalenza alle libertà economiche sui diritti sociali.

Ne consegue che in questo ambito il diritto dell'Unione europea rischia di finire col porsi come uno strumento di peggioramento delle posizioni dei lavoratori e delle loro garanzie e non viceversa.

Ciò appare ancora più preoccupante alla luce del progressivo allargamento dell'UE a nuovi Paesi che per storia, tradizioni, condizioni economiche e sociali, appaiono molto distanti da quelli che hanno costituito il nucleo base degli stati membri dell'Unione e che pertanto potrebbero portare ad un aumento di fenomeni del genere, addirittura avallato dall'interpretazione data fino ad ora dalla stessa CGUE.

Tutto ciò si manifesta in un momento storico di grande difficoltà economica globale, nell'ambito del quale gli effetti negativi e i limiti di un sistema normativo sovrastatale, che per tradizione e impostazione presenta questa struttura, sono sempre più evidenti.

A tal proposito si realizzano anche degli effetti indiretti o indotti delle scelte fatte a livello di UE. Infatti, sempre più frequenti sono gli interventi, non frutto di scelte obbligate in base ai Trattati, ma di liberi atti di indirizzo politico, da parte dei governi nazionali che tendono a rendere più attrattivo il proprio Paese agli occhi delle imprese estere in primo luogo, ma anche nazionali (emblematico in tal senso è il caso della FIAT, ormai da anni promotrice di una profonda revisione delle regole che riguardano il mercato del lavoro), in modo tale da convincere le une ad investirvi, le altre a non andare via.

Tutto ciò accade proprio in conseguenza di una irenica interpretazione della libertà di stabilimento che finisce per legittimare da un punto di vista giuridico la loro promozione, ma che, per come concepita, viene realizzata a scapito dei diritti dei lavoratori, strumento privilegiato per attrarre gli investimenti, con la conseguenza che le garanzie previste dagli ordinamenti nazionali si riducono sensibilmente (come avvenuto in Svezia a seguito del caso Laval)⁴.

⁴ Per una disamina complessiva di queste dinamiche si rinvia al completo saggio di S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, Milano 2012.

Ciò è chiaramente ancora più evidente in quei Paesi europei dove dal dopoguerra in poi i diritti sociali si sono affermati con maggior forza e ampiezza e nei quali è quindi più facile percepire il fenomeno in questione, considerato che si parte da un livello di tutele più alto che altrove. Questo ha portato alcuni a parlare di un effetto Bolkestein⁵ per il mercato del lavoro, con una gara al ribasso delle prestazioni sociali garantite ai lavoratori, realizzando un fenomeno analogo a quello che la prima stesura della citata direttiva, poi modificata, avrebbe potuto produrre nel settore dei servizi per la quale era stata concepita.

Così è possibile richiamare, a titolo esemplificativo, alcuni casi più noti, che hanno avuto riscontro anche a livello mediatico, nei quali lo spostamento dei lavoratori da un Paese ad un altro nell'ambito dell'UE è avvenuto per ragioni legate al fatto che l'ordinamento nazionale di destinazione presenta un sistema di tutele molto più debole di quello di provenienza.

Si pensi alla vicenda relativa allo stabilimento Nokia chiuso nel 2008 a Bochum in Germania per spostarsi in Romania (non a caso un Paese entrato solo l'anno precedente nell'UE e nel quale le tutele dei lavoratori non sono certo assimilabili a quelle proprie dei Paesi facenti parte del nucleo originario dell'Unione, dove tempo e tradizioni comuni hanno consentito una ben maggiore sedimentazione di tali diritti)⁶ o quello più recente, dell'estate del 2013, quando un'azienda del modenese, la FIREM, nel bel mezzo delle ferie ha spostato i macchinari per la produzione in Polonia, per beneficiare di condizioni di licenziamento molto più agevoli e semplificate di quelle presenti (all'epoca...) in Italia ed ottimizzare i profitti grazie anche ad un minore costo del lavoro.

Al di là di questi casi eclatanti che costituiscono una diretta conseguenza dell'attuale concezione del mercato unico europeo, è sicuramente con la direttiva n. 96/71, relativa al distacco transazionale dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi che la questione si è posta in maniera più evidente.

Si pensi al caso ben noto alle cronache internazionali, relativo alle vicende verificatesi nel 2009 in Inghilterra presso la raffineria *Lindsey Oil*, dove erano stati distaccati dei lavoratori italiani e portoghesi, e che innescò una dura reazione dei lavoratori del luogo.

In particolare, l'interpretazione che della direttiva e delle normative nazionali di trasposizione è stata data dalla CGUE con le famose sentenze Viking, Laval, Ruffert e Lussemburgo c. Commissione, ha messo in rilievo il diretto bilanciamento tra libertà di circolazione delle persone e relativi diritti sociali.

Si è giunti quindi ad un possibile ripensamento, sia degli atti normativi come la direttiva 96/71, che dell'idea stessa di UE e di quelle che ne constitui-

⁵ M. PALLINI, *Il caso Laval-Vaxholm, Il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2/2006, pp. 239 ss.

⁶ Stabilimento peraltro poi chiuso nel settembre 2011 anche in Romania e con uno strascico di contenzioso per la richiesta dello Stato rumeno di 20 milioni di Euro di cofinanziamento riconosciuti per attrarre l'investimento.

scono gli elementi caratterizzanti in campo economico e sociale. Ciò per evitare che un intreccio tra esigenze delle imprese e differenze storiche, sociali ed economiche tra i vari paesi dell'Unione finisca per andare a scapito dei diritti dei lavoratori e quindi di interessi costituzionalmente protetti di tutti i cittadini dell'Unione, anche alla luce del fatto che questi trovano tutela, non solo nei testi costituzionali di quasi tutti i paesi Europei, ma anche nella stessa CDFUE.

La valorizzazione dei principi che si traggono da tali Carte individuano un equilibrio diverso da quello che si desume dai Trattati, ma che rischia di essere superato non in virtù di una scelta chiara del legislatore ma in via interpretativa o comunque indiretta.

Da qui lo scenario generale da tenere in stretta considerazione per l'inquadramento delle attuali riforme ed analizzarne meglio gli effetti non solo nell'immediato, ma anche in prospettiva futura, di una diminuzione delle garanzie per i lavoratori.

Questo problema si pone dunque come una delle manifestazioni specifiche di tematiche di più ampio respiro quali l'assenza di una *governance* mondiale di regolazione dell'economia e del rapporto di questa con il diritto in un contesto di globalizzazione dei mercati sempre più ampio e di difficile gestione. Rappresenta inoltre un tema che stimola ulteriormente il dibattito e l'attenzione sull'UE intesa come organizzazione sovranazionale e sulla sua natura giuridica, con la consapevolezza da un lato dell'irreversibilità del processo che con la sua costituzione e implementazione di competenze si è avviato dal dopoguerra in poi, dall'altro del fatto che tale irreversibilità, necessaria per assicurare la competitività economica del vecchio continente in un contesto di economia globale, non deve costituire un elemento di preoccupazione per i diritti fondamentali dei cittadini degli Stati membri come fra l'altro i principi fondamentali della stessa UE suggeriscono in base agli articoli 2 e successivi del TUE.

Tutto ciò può essere di aiuto per capire se sia possibile trovare un equilibrio in tali rapporti per non correre il rischio che, come ci viene suggerito⁷, si perdano di vista quei valori fondamentali e quei limiti oltre i quali non si deve andare, da porre a base di ogni società civile quali ad esempio il rispetto della dignità umana, del principio di uguaglianza e la promozione della libertà individuale, intesa come strumento per realizzare un'esistenza libera e dignitosa. Tale equilibrio può essere utilizzato per risolvere problemi, come quelli cui si è accennato, che appaiono fortemente complessi da un punto di vista giuridico, ma che in realtà sono prima ancora il frutto di scelte di politica del diritto, le quali concretizzano una determinata idea della società piuttosto che un'altra in ogni contesto in cui trovano applicazione.

⁷ M. SANDEL, *Giustizia, il nostro bene comune*, Feltrinelli, Milano 2013.

Le ricadute sul diritto interno della giurisprudenza della CGUE

Il così detto *Jobs Act* parte quindi da molto lontano e si interseca anche con le regole di diritto pubblico comune che si ricavano dalla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia UE che nel suo svolgersi genera ulteriori regole di diritto pubblico comune che si stratificano su tutti gli ordinamenti dei paesi dell'Unione.

In particolare, dalle note Sentenze Viking, Laval, Ruffert e Commissione c/o Lussemburgo si ricava un insieme di principi non certo favorevoli alla piena tutela dei diritti dei lavoratori e tendenzialmente favorevoli a scenari in qualche modo orientati a favorire fenomeni di *dumping sociale* o se si vuole di *law shopping*⁸.

Con il caso Viking⁹, è il sindacato dei marittimi finlandesi ad opporsi avverso la scelta della compagnia di traghetti finlandese di “cambiare bandiera” per trasferirsi in Estonia (entrata nella CE dal 2004) nella frontiera Tallinn.

Il trasferimento della sede determina anche il mutamento della contrattazione con svantaggio dei diritti dei marittimi messi in concorrenza con i colleghi estoni.

Da qui il contenzioso che vede il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia costretta ad operare un bilanciamento fra valori contrapposti: da una parte i diritti sindacali fra cui lo sciopero e dall'altra la libertà di circolazione delle imprese concluso assiologicamente dalla CGUE a favore del secondo.

Nel caso Laval¹⁰ invece, l'impresa lettone vince un appalto per il Comune di Vaxholm in Svezia, e intende avvalersi di lavoratori distaccati in base alla Direttiva 96/71.

Si pone allora il problema di quale contratto collettivo sia applicabile e quale il relativo livello retributivo.

Fallito il negoziato con il sindacato svedese (in Svezia non esiste l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi), la Laval stipula un contratto con il sindacato lettone cui aderisce il 65% dei lavoratori distaccati.

Il ricorso che segue è volto quindi ad impedire meccanismi di *dumping sociale* in grado di incidere sui meccanismi di garanzia esistenti in Svezia e l'azione collettiva intrapresa porta al blocco dei cantieri.

Il Comune di Vaxholm risolve il contratto con Laval, che poco dopo fallisce a causa della mancata esecuzione del contratto.

La procedura, per conto della società, intenta una causa per il risarcimento che viene rinviata alla Corte di Giustizia.

⁸ Analizza compiutamente questi fenomeni S. GIUBBONI in *Diritti e Solidarietà in Europa*, cit. mettendo in evidenza come a monte delle decisioni della Corte del Lussemburgo vi sia la necessità del bilanciamento tra libertà di circolazione e «*lex loci laboris*». Vedi pp. 81 e 91 ss.

⁹ Vedi Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 11 dicembre 2007, C 438-05.

¹⁰ Vedi Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, in C 341-05, 16 dicembre 2007.

La Corte di Lussemburgo pur richiamandosi all'art. 28 della Carta di Nizza, ritiene illegittima la restrizione alla libera prestazione di servizi determinata dall'esercizio di un'azione collettiva di un sindacato che dovrà considerarsi recessiva rispetto alla libera circolazione dei lavoratori.

Analogamente, nel caso Ruffert¹¹, verrà considerata in contrasto con la Direttiva 96/71 la legge del Land tedesco della Bassa Sassonia che imponeva l'applicazione a tutti i contratti d'appalto del livello retributivo e contributivo minimo vigente nel Land.

Ancora più significativa è poi la decisione della Corte di Giustizia nel caso Commissione c/o Lussemburgo¹².

In tal caso infatti, a differenza dei precedenti, non siamo in presenza di un ricorso pregiudiziale proposto da un Giudice di uno Stato membro, ma di un ricorso per impugnazione diretta da parte della Commissione CE che contesta la legislazione dello Stato membro che, di fatto, impone l'applicazione dei contratti collettivi nazionali, sulla base di una clausola considerata discendente da vincoli di ordine pubblico interno.

Per la Commissione invece ciò si porrebbe in contrasto con la libertà di circolazione dei lavoratori che se distaccati potrebbero vedere applicare nei loro confronti tutele differenziate.

La Corte di Giustizia UE accoglie il ricorso ritenendo non coinvolte vere e proprie esigenze di ordine pubblico interno che per essere giustificate dovrebbero superare i test di proporzionalità¹³, il ché, nel caso in esame, non si

¹¹ Corte di Giustizia CE 3 aprile 2008 in C-346/06.

¹² Corte di Giustizia CE 19 giugno 2008 in C-319/06.

¹³ In realtà il principio di "proporzionalità", come nuovo principio di matrice comunitaria, che è stato trasfuso attraverso la giurisprudenza nel campo dell'azione amministrativa, viene sostanzialmente esteso anche alla legislazione, ma non pare violato proprio perché le misure di carattere legislativo e contrattuale adottate dalle autorità, mostrano un sostanziale equilibrio tra tutela dei diritti e raggiungimento degli scopi pubblici sembrano in linea con la tutela dei reciproci interessi e quindi in linea con i margini di apprezzamento della stessa proporzionalità. Un tale principio, infatti, se ha ormai assunto il rango di vero e proprio "principio generale" dell'azione amministrativa deve essere declinato in forme tali da tradurlo ai fini di una sua corretta applicazione, non essendo facile coglierne i peculiari profili quando lo si debba utilizzare come parametro esteso sul piano delle leggi nazionali in genere libere nei fini e vincolate dai soli parametri costituzionali. Sembrano quindi meritevoli di valorizzazione e particolarmente utili ai nostri fini, quei test utilizzati dalla giurisprudenza, prima comunitaria e poi amministrativa, volti a dare maggior concretezza ad un principio come quello di "proporzionalità" che se lasciato ad una libera e personale valutazione, potrebbe prestare il fianco a possibili forme di interpretazione arbitraria. Ci si riferisce in particolare ai "tre gradini" utilizzati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato nel noto caso *SEA Aeroporti Milano* con cui si perviene a dare contenuto alla proporzionalità attraverso la verifica della: "idoneità, necessità ed adeguatezza". È attraverso questi "tre gradini concettuali" che si possono sottoporre al test di compatibilità con il principio di proporzionalità le misure sanzionatorie applicabili ad una fattispecie. Ma difficilmente giustificabili nel caso in esame.

ravvisa se non a danno delle libertà economiche e di libera circolazione dei servizi.

È questo lo scenario, che non cambia neanche dopo Lisbona, come attestano i casi Commissione c/o Germania e Santos Paljota¹⁴, in cui devono essere lette le riforme sul tema del *Jobs Act*.

Questo, a mio avviso, dovrà essere valutato alla luce dei controllimiti costituzionali rispetto alla primazia dello stesso Diritto Comunitario, nella speranza che la stessa Corte Costituzionale abbia il coraggio di svolgere fino in fondo il ruolo che la stessa Costituzione gli affida.

Brevi note sul decreto relativo ai contratti di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti

Tra le cinque deleghe contenute nell'articolo unico della legge n. 183 del 2014, che ricordo è stata approvata in seconda lettura dalla Camera con la sola maggioranza dei presenti, 327 Deputati (su 630) di cui 316 favorevoli, 6 contrari e 5 astenuti, il comma 7, ha delegato il Governo all'adozione di un d.lgs., indicando alla lettera c) il seguente oggetto ed i connessi relativi principi: «la previsione per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro», si prevede poi un indennizzo economico, certo e crescente con l'anzianità di servizio ma «limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e o specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato», fissando altresì termini certi per l'impugnazione del licenziamento.

È questo pertanto il riferimento centrale ed a mio avviso di pesante condizionamento, per valutare la conformità alla delega del successivo decreto legislativo e per ipotizzare eventuali figure sintomatiche di eccesso di delega.

Veniamo ora all'esame del testo del decreto che superato il vaglio del Capo dello Stato che ha proceduto all'emanazione ai sensi dell'art. 87 Cost. è ora in vigore dal 7 di marzo 2015.

Già l'articolo 1 articolo genera non poche perplessità sin dal primo comma.

Si genera infatti una duplice tutela sul piano del diritto alla reintegrazione, dove la tutela per gli assunti successivamente all'entrata in vigore del *Jobs Act*, non sarà più la disciplina dello Statuto dei lavoratori (come già ammorbido dalla legge Fornero nel 2012), ma quella, piuttosto riduttiva, che esce dall'art. 3 del decreto che vedremo di qui a poco.

Questa evidente disparità di trattamento fra situazioni giuridiche soggettive in realtà omogenee e diverse solo per la data di stipula del contratto, entrambe

¹⁴ Corte di Giustizia UE 7 ottobre 2010 in C. 515/08, ma vedi anche la più recente sentenza della stessa Corte del Lussemburgo, terza sezione, del 3 dicembre 2014 nel caso Termotec, sempre in materia di distacco di lavoratori.

connotate dalla previsione di contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, subiscono così una netta diversità di trattamento che non è certo in linea con il principio “fondamentaltissimo” di eguaglianza di cui all’art. 3, primo comma Cost.

Tuttavia anche recenti prese di posizione della Corte Costituzionale non sembrano porsi da adeguato parametro di tutela (si veda in proposito la recente Sentenza n. 245 del 2014 che non ha ravvisato la violazione del principio di eguaglianza in forza di due diverse discipline succedutesi nel tempo e dove la successiva riduca le tutele previste dalla precedente).

Anche il secondo comma dello stesso articolo lascia stupiti. Si consente l’estensione della, diversa e meno intensa, tutela nel caso di licenziamento anche collettivo per le imprese che, a seguito dell’entrata in vigore del decreto, procedono ad assunzioni, così superando la soglia dei 15 dipendenti prevista per l’applicazione delle tutele di cui all’art. 18 (commi 8 e 9) dello Statuto dei lavoratori. Anche i lavoratori assunti precedentemente all’entrata in vigore del decreto potranno quindi vedere applicata una disciplina di minor tutela. Ed anche in questo caso peseranno precedenti quale appunto la Sentenza della Corte Costituzionale sopra richiamata.

Quanto all’art. 2 del decreto legislativo, le ipotesi di licenziamento discriminatorio nullo e intimato in forma orale (unico vizio formale a questo punto rimasto ed in grado di garantire la reintegrazione), sembra effettivamente garantito l’impianto dello Statuto dei lavoratori, ma con evidente restringimento delle ipotesi suscettibili di applicazione, che restano esclusivamente quelle inserite nel titolo della disposizione.

Molte perplessità desta invece l’art. 3 relativo ai licenziamenti per giustificato motivo e giusta causa.

Il primo comma è categorico e risente dello stesso impianto della delega: nel caso di licenziamento per crisi aziendale o altro motivo oggettivo, in caso di annullamento del licenziamento non esiste possibilità di reintegrazione, ma al più un diritto ad una indennità non soggetta a contribuzione tra 4 e 24 mensilità.

Invece, esclusivamente per le ipotesi di giustificato motivo soggettivo o giusta causa qualora sia dimostrata in giudizio l’inesistenza del giustificato motivo soggettivo o la giusta causa, rispetto alla quale resta estranea la sproporzione del licenziamento, il Giudice può condannare alla reintegrazione con un massimo di indennizzo di 12 mensilità.

Ma è evidente che così statuendo il lavoratore rischia di dover andare incontro ad una vera e propria “*probatio diabolica*” assai difficilmente dimostrabile in giudizio, con la conseguenza che pur in presenza di “un fatto diverso”, magari suscettibile di sanzione disciplinare meramente conservativa, esiste la forte probabilità per il lavoratore di non poter ottenere la reintegrazione, dovendosi al più accontentare della sola indennità.

Al comma quarto si esclude l’applicazione dell’art. 7 della l. 604 del 1966, cioè la previsione di un licenziamento garantito da una previa comunicazione

scritta e motivata con le ragioni del giustificato motivo oggettivo o soggettivo, e previa assistenza della Direzione Territoriale del lavoro che convocherà le parti innanzi alla Commissione Provinciale del lavoro con compiti conciliativi.

Tutto ciò ovviamente sparisce, sbilanciando la tutela del lavoratore al datore di lavoro.

Ma quello che è più grave a mio avviso è ciò che non è espressamente detto dalla disposizione ma solo implicitamente abrogato.

La nuova disciplina dell'art. 3 sposta infatti l'onere della prova dalla sussistenza della giusta causa e giustificato motivo dal datore di lavoro al lavoratore a cui spetta dimostrare la diretta insussistenza del fatto materiale causa di licenziamento!

Insomma un evidente regresso sul piano della tutela del lavoro che mette in pericolo e relega in un novo ambito di "debolezza" importanti conquiste sociali.

Anche l'articolo 4 segna sul punto un evidente regresso.

Di fatto, nessun vizio formale e/o procedurale potrà mai assurgere ad aspettative di reintegrazione, mentre estremamente preoccupante è la possibilità prevista dall'art. 5 di affidare all'esclusiva *potestas* del datore di un potere di revoca, una sorta di diritto *vitalis ac necis* di feudale memoria, che se esercitato pone in chiara posizione di sudditanza il lavoratore e la sua stessa dignità umana, prima che professionale.

In linea a tale deprecabile contenuto normativo è anche lo stesso articolo 6 che in caso di licenziamento rende possibile al datore di lavoro di offrire, entro i termini di proponibilità dell'impugnazione stragiudiziale, un importo (che non costituisce reddito imponibile) tra due e diciotto mensilità e la cui accettazione comporterà la rinuncia all'impugnazione.

Sono insomma lontani i tempi in cui nessun accordo poteva valere in sede sindacale di Direzione del lavoro o giudiziale¹⁵.

Viene invece stralciato il vecchio articolo 11 sul c.d. contratto di ricollocazione, forse la parte più importante e *costruens*, seppure banalizzata dalla previsione di un mero voucher a garanzia della ricollocazione da presentare alla nuova Agenzia per il lavoro ed incassabile solo al momento dell'individuazione di un nuovo posto di lavoro (anche demansionante!). Ma la ragione dirimente per la quale lo stralcio è stato effettuato è dovuto alla presa di posizione di Tito Boeri nuovo presidente dell'INPS che aveva espresso una valutazione negativa a causa della mancanza di copertura finanziaria.

Insomma un evidente regresso della tutela dei lavoratori, che forse cambierà la vita del Paese come prospettato da chi tale riforma ha fermamente voluto e come titola il presente scritto, ma sicuramente non in meglio per le classi lavoratrici.

¹⁵ Per una lettura a caldo dei possibili profili di illegittimità costituzionale del testo definitivamente deliberato dal Consiglio dei Ministri il 20 febbraio scorso, vedi anche S. Giubboni, *Il contratto a tutele crescenti e la Costituzione*, in *Eticaeconomia* del 16 febbraio 2015.

Abstract

Despite the emphasis with which the Government has called the lgs. n. 23 of March 4, 2015 “provisions on fixed-term employment contract with increasing protections,” many doubts are gathering on the consistency of this title with the actual content of its provisions.

We can read a choice of legislative policy aimed overall at making more flexible the labor market, and this is implemented through a marked reduction of the guarantees of workers from dismissal, significantly reduced compared to the past.

It's a clear, strong imbalance, all in favor of the employer, and the marginalization of the right to return to the workplace. This feeds both doubts of constitutionality, and of compatibility with the European Social Charter and with Art. 30 CFREU, notwithstanding the “increasing protections”, only alleged.

L'arbitrato come strumento di riconoscimento del valore della domanda di giustizia*

Andrea Pisani Massamormile

Sommario

L'arbitrato non rientra fra le a.d.r. perché è un processo e proprio perciò la domanda di arbitrato ha il valore di una domanda di "giustizia". Ed, anzi, rispetto alla domanda di giustizia rivolta al giudice togato, l'arbitrato presenta alcuni specifici vantaggi. Il d.l. n. 132 del 2014 (convertito in l. n. 162 del 2014) cade nell'equivoco di considerare l'arbitrato come un'a.d.r. e, più in generale, mostra di credere, secondo la recente visione panmercantilistica della politica, che l'unico modo di far funzionare la giustizia sia di allontanare da essa i cittadini e di coltivare l'illusione che una riforma della stessa possa realizzarsi a costo zero.

Debbo premettere tre cose, abbastanza eterogenee fra loro. La prima è che sono molto lieto di essere di nuovo qui, a Reggio Emilia. La seconda è che mi congratulo con la Fondazione Giustizia per questo importante corso. Mi congratulo perché è sempre importante ed utile parlare dell'arbitrato e soprattutto per la scelta di dedicare questo corso alla formazione dell'arbitro, che mi sembra obiettivo molto opportuno. È difficile improvvisarsi arbitro, infatti, e lo è anche per gli avvocati, come è difficile improvvisarsi giudice e non è tutto e solo un problema di adeguata preparazione. D'altra parte, arbitri non all'altezza del loro compito minano gravemente l'efficacia e soprattutto la credibilità di questo istituto. Eppure, nonostante ciò, nonostante cioè la delicatezza dell'istituto ed il particolare rilievo che potrebbe avere, come poi tenterò di dire, nell'ambito dei meccanismi offerti dall'ordinamento per rispondere alla domanda di giustizia della gente, nessuna specifica formazione è istituzionalmente dedicata all'arbitro, a differenza di quel che accade per gli avvocati, per i giudici togati ed ora anche per i conciliatori e per i gestori della crisi da sovrindebitamento.

La seconda premessa, come si vede, mi ha già portato in *medias res* e mi ha consentito di far cenno ad alcuni degli argomenti di cui vorrei parlare.

Ancor di più si muove in questo senso la terza ed ultima premessa, che è questa: confesso che non mi è stato facile comprendere il tema assegnato alla mia relazione e non sono sicuro di esservi riuscito, nonostante i diligenti tentativi svolti.

Ad un certo punto ho pensato di chiedere agli organizzatori una sorta di interpretazione autentica, ma poi ho preferito seguire il mio istinto o, se prefe-

* Relazione svolta il 20 febbraio 2015 a Reggio Emilia nell'ambito del corso per la formazione dell'arbitro, organizzato dalla Fondazione Giustizia di Reggio Emilia.

rite, la mia fantasia, posto che sono convinto da sempre che uno dei requisiti richiesti al giurista in generale ed all'avvocato in particolare – ed io, nonostante il lungo e convinto impegno universitario, mi sento innanzitutto avvocato – uno dei principali requisiti richiesti all'avvocato, dicevo, è proprio la fantasia.

Ma dunque è tempo di dire come ho risolto i miei dubbi sul tema e di intraprendere il percorso assegnatomi o, forse meglio, di passare alla seconda tappa dello stesso.

Premesso che mi riferirò esclusivamente all'arbitrato rituale, partirei da due osservazioni, forse inattese, funzionali a calare nell'attualità il discorso di sistema che mi attende: la prima è che l'arbitrato non è uno strumento o, come sarebbe meglio dire, un istituto di a.d.r., cioè di risoluzione alternativa delle liti; la seconda è che non condivido, anzi ritengo deprecabile la recente tendenza alla degiurisdizionalizzazione di cui vi è ampia mostra nel d.l. n. 132 del 2014, convertito nella legge n. 162 del 2014 e, di conseguenza, non mi piace non tanto la disciplina, quanto la considerazione stessa che in quel provvedimento legislativo è riservata all'arbitrato.

Per spiegare la prima osservazione occorre intendersi sul significato da attribuire all'alternatività. Quando si parla di a.d.r. l'alternatività è riferita all'esistenza stessa di un processo nel significato tecnico dello stesso, come poi delineato e voluto nell'art. 111 cost.; ci si vuol riferire, in altri termini, a istituti che sono alternativi al processo perché lo escludono e dunque risolvono una lite senza ricorrere a quest'ultimo.

In questo senso l'arbitrato non è alternativo e non è uno strumento di risoluzione alternativa delle controversie, per la semplice ragione che è un processo, destinato a svolgersi, per legge, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio ed a concludersi con un atto, il lodo, che non solo produce gli stessi "effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria" (art. 824-bis, c.p.c.), ma è per giunta dotato, rispetto a quest'ultima, almeno *de iure*, di maggior stabilità, perché è soggetto solo, oltre che a revocazione ed opposizione di terzo, all'impugnazione per nullità, dunque ad un'impugnazione a critica limitata, fondata solo sulle cause tassativamente elencate dalla legge (art. 827, comma 1°, c.p.c.).

Di alternatività dell'arbitrato si può parlare invece in tutt'altro senso, all'interno cioè del perimetro dei processi. L'arbitrato è infatti alternativo rispetto al processo civile di cognizione condotto dal giudice togato, così come quest'ultimo è alternativo rispetto all'arbitrato, trattandosi infatti di due processi diversamente disciplinati. Alternativa valida, è vero, con riferimento alle sole materie che possono formare oggetto della convenzione di arbitrato, che cioè non riguardino "diritti indisponibili" (art. 806, comma 1°, c.p.c., con poi le difficoltà, note e crescenti, relative all'identificazione degli stessi). Ma ciò non toglie che, sia pure all'interno di questi confini, peraltro molto ampi, l'arbitrato è un processo, non un qualcosa d'altro. La recente, netta affermazione delle Sezio-

ni Unite della natura giurisdizionale dell'arbitrato rafforza senz'altro questa conclusione, posto che si fonda proprio sull'equiparazione fra atto di promovimento del processo arbitrale e domanda giudiziaria e, tuttavia, la conclusione non era e non è incompatibile, a mio avviso, con le diverse impostazioni che a lungo, ed in parte tuttora, si sono sostenute e si sostengono sulla natura negoziale o meramente privatistica del lodo.

Dunque è questa, che cioè l'arbitrato non rientra tra le tecniche di *alternative dispute resolution* e che sarebbe erronea una qualunque equiparazione fra l'uno e le altre, una prima e sia pure interlocutoria tappa guadagnata dal discorso. Su di essa si può far leva per proseguire il viaggio alla ricerca di quel "valore" che il tema della mia relazione indica e nasconde al tempo stesso.

Una prima considerazione da svolgere, allora, è che proprio l'aver escluso l'arbitrato dal catalogo delle tecniche di a.d.r. milita nel senso di attribuire ad esso il "valore" di una domanda di giustizia. Ma cos'è questo valore? In verità per stabilire cos'è, a cosa mira e perché ha un elevatissimo valore sociale la domanda di giustizia, occorrerebbe prima comprendere cos'è quest'ultima. Occorrerebbero però a tal fine un centinaio di pagine e forse neppure sarebbero sufficienti se si volesse condurre l'indagine con il rigore e l'approfondimento che meriterebbe.

Propongo allora una sintesi, forse brutale, ma in questa sede indispensabile: i conflitti *inter cives* (e quelli fra cittadini e comunità) sono tanto inevitabili quanto dannosi a livello sociale e dunque non possono essere lasciati ai meri rapporti di forza. È perciò un valore fatto proprio dallo Stato moderno quello di governarli, attribuendo d'autorità il torto e la ragione e ristabilendo, per quanto possibile, l'ordine di ciò che è giusto o tale appare all'esito di un processo. Dunque giustizia è quell'attività istituzionale che, in presenza di una controversia, giudica, decide e poi, a seconda dei casi, accerta, condanna, costituisce, modifica o estingue rapporti. Viceversa, encomiabile o meno che la si ritenga, non è giustizia e dunque non ha lo stesso valore, l'attività che, in presenza di una controversia, media, compone, negozia, suggerisce, transige.

Una cosa è risolvere una controversia, insomma, altra è deciderla. La seconda è giustizia, non la prima, e per amministrarla è necessario, per acquisiti e irrinunziabili principi di civiltà, il processo, nel senso moderno del termine, caratterizzato cioè dal rigoroso rispetto del contraddittorio, dalla terzietà del giudice, dall'effettività della difesa, da regole procedurali stabilite *ex ante*. Perciò il processo è visto, dal secolo dei "lumi" in poi, anche e soprattutto come banco di prova della dignità che alla persona umana non può essere tolta, neppure quando è tradotta al cospetto dell'autorità costituita. Si tratta di un bagaglio culturale che ciascuno di noi reca con sé e dunque posso ritenermi esentato da una più puntuale dimostrazione di tutto ciò.

L'arbitrato possiede questo valore perché, come si è già notato, si svolge attraverso un processo e tende ad una decisione. Una decisione, il lodo, che, come

si è ricordato, produce gli stessi effetti della sentenza pronunciata dal giudice ordinario ed a cui si giunge attraverso un vero e proprio processo, nel rigoroso rispetto del contraddittorio e secondo regole di procedura che, se pur possono essere stabilite dalle parti o dagli arbitri, devono comunque essere poste e conosciute prima dell'inizio del procedimento (art. 816 *bis*, c.p.c.). È possibile allora alzare il tiro ed affrontare un ulteriore quesito: come si pone l'arbitrato nei confronti della domanda di giustizia veicolata invece attraverso il processo civile dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria? Possiede lo stesso valore? Crederei di sì, ma è previamente necessario accordarsi sul metro da adottare.

Il valore di una domanda di giustizia è funzione della qualità della risposta che sollecita e, più in generale, della complessiva qualità della giustizia di cui una comunità gode.

Non vi è dubbio che, proprio perché l'arbitrato costituisce una valida alternativa, anch'essa processuale, rispetto al processo civile dinanzi al giudice togato, ha il pregio di contribuire alla auspicata deflazione dei ruoli dei tribunali e quindi, indirettamente, ad una maggiore rapidità delle cause ivi celebrate, che sembra essere ormai l'unico scopo veramente caro al nostro anche per ciò miope legislatore. Ed anzi, se opportunamente valorizzato attraverso alcuni interventi normativi (ad un paio dei quali accennerò nel prosieguo), questo valore dell'arbitrato potrebbe essere ulteriormente enfatizzato. Tuttavia, da un lato non sarebbe corretto, per le ragioni che poi tenterò di dire, spingere troppo in questa direzione, dall'altro sarebbe riduttivo confinare solo in quest'ambito il valore dell'arbitrato come domanda di giustizia.

Al contrario, almeno con riferimento a determinati processi, l'arbitrato non solo può fungere da alternativa al processo dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, ma può offrire altresì, rispetto a quest'ultimo, significativi vantaggi che possono portare ad una risposta alla domanda di giustizia tramite esso introdotta migliore rispetto alla risposta che consentirebbe l'analoga domanda altrimenti posta.

Sono noti, in verità, i benefici che l'arbitrato in linea generale offre o può offrire e qui allora ci si può limitare ad una rapida rassegna: la maggiore rapidità, che però in gran parte svanisce a causa dell'impugnazione dinanzi alle lentissime Corti d'Appello italiane (e questo è perciò uno dei punti che richiederebbe qualche seria modifica normativa); la maggior riservatezza, che certo dipende anche da fattori umani, ma che comunque nel procedimento arbitrale trova conforto nella circostanza che il processo si svolge normalmente presso uno studio professionale, dove sono ridotti i potenziali "spifferi"; la possibilità di avere giudici particolarmente preparati e realmente specializzati (dico realmente perché specializzazione non vi è nelle aule giudiziarie e non è tale quella che talvolta si pretende di affermare basandola non sui titoli già posseduti dal giudice, ma sull'attività che questi sarà chiamato a svolgere da un certo momento in poi). Ancora è un'opportunità dell'arbitrato la consueta collegialità del giudice e la maggior attenzione che normalmente garantisce anche l'arbitro

unico, per ragioni umane che l'ordinamento giudiziario finge di ignorare. Voglio dire che mentre carriera e stipendio del magistrato sono perlopiù indipendenti dalla qualità del suo lavoro, l'arbitro unico sa bene di non essere giudice "naturale", che dunque la qualità della decisione che renderà inciderà sulla sua reputazione e che da quest'ultima dipenderà non solo e non tanto la possibilità di essere chiamato nuovamente a svolgere quel compito, ma più in generale il suo futuro professionale e con esso la qualità della vita che sarà in grado di assicurare a se stesso, alla sua famiglia, ai suoi collaboratori e dipendenti.

Se tutto ciò è vero, com'è vero, la domanda di giustizia proposta attraverso un arbitrato acquista un peculiare valore non solo in termini di deflazione e velocizzazione che il ricorso ad esso è in grado di riflettere sul processo dinanzi al giudice ordinario, ma anche e soprattutto perché spesso consente (o può consentire) di ottenere esiti qualitativamente migliori (e non solo nel senso della durata "ragionevole") di quelli offerti dal processo celebrato dinanzi a quest'ultimo.

Le considerazioni svolte, dunque, ci dicono che l'esistenza dell'arbitrato eleva il valore della domanda di giustizia, nella misura in cui è in grado di elevare, sia direttamente che indirettamente, tempestività e qualità della risposta di giustizia di cui può complessivamente godere una comunità.

Può ritenersi questa un'altra importante tappa guadagnata dal discorso, anche se in senso parzialmente contrario alla conclusione testé tracciata giocano ancora alcuni aspetti. In primo luogo quello dei maggiori costi che l'arbitrato normalmente richiede, benché quelli della giustizia ordinaria si stiano pericolosamente avvicinando ai primi. Soprattutto, dalle considerazioni svolte emerge un altro punto che richiederebbe un urgente intervento normativo, per incrementare e valorizzare davvero, in ragione dei benefici che può offrire, il ricorso all'arbitrato. Parlo della necessità di intervenire sui protagonisti di questo processo e perciò introdurre sia, come si è ricordato in apertura, una disciplina di legge della formazione degli arbitri, sia, e prima ancora, la previsione di requisiti minimi di professionalità necessari per essere nominato arbitro. Quest'ultima esigenza è ora avvertita dal d.l. n. 132 che infatti, all'art. 1, comma 2, dapprima circoscrive ai soli avvocati la possibilità di essere nominati arbitri in quel particolare arbitrato appendice che lo stesso art. 1 introduce (ed a cui farò qualche rapido cenno in seguito) e poi, al comma 5 *bis*, affida ad un futuro decreto ministeriale l'individuazione di ulteriori e specifiche competenze professionali degli arbitri. E non si vede allora perché requisiti professionali degli arbitri debbano valere per questo particolare arbitrato (che ha tutto sommato un valore residuale) e non invece per tutti gli arbitrati.

Ma non basta. Perché protagonista di un processo è anche (e forse soprattutto) il difensore. È allora necessario introdurre anche per l'arbitrato l'obbligatorietà della difesa tecnica, perché in mancanza di essa né la domanda, né la risposta di giustizia che l'arbitrato consente può garantire i valori che la lettura attuale dell'art. 24 della Costituzione correttamente richiede.

Anche grazie a queste ultime riflessioni, il gioco ora si fa duro, per usare una terminologia sportiva, perché sul discorso compare minaccioso un interrogativo micidiale: che valore ha oggi, nel nostro Paese e nella società in cui viviamo, la domanda di giustizia? Cosa intende per domanda di giustizia il nostro legislatore, come intende tutelarla ed, anzi, intende tutelarla? Il discorso si incrocia con quello sull'arbitrato perché in proposito il legislatore del 2014 da un lato sembra essere caduto in un equivoco, dall'altro mostra ed anzi accentua una tendenza già in atto ed a mio avviso in nessun modo condivisibile.

L'equivoco è quello di aver equiparato l'arbitrato ad alcune tecniche di a.d.r., la conciliazione e la negoziazione assistita, e di aver confidato anche in esso come "cestino dei rifiuti" del processo dinanzi al giudice togato. Col rischio di confonderne e depotenziarne gli aspetti positivi. La confusa disciplina dettata dall'art. 1 del d.l. n. 132 del 2014, infatti, non riesce a rendere appetibile la soluzione arbitrale e crea poi non indifferenti problemi esegetici.

Non posso certo approfondire in questa sede la lettura critica delle soluzioni ipotizzate da quella norma, ma può dirsi con certezza che difficilmente parti già da tempo in lite, magari già in grado di appello, si accorderanno per firmare l'istanza congiunta di trasferimento del processo in sede arbitrale, anche perché si esporrebbero così a nuovi costi, vanificando quelli – ormai, come sappiamo, onerosissimi – già sostenuti per accedere dinanzi al giudice ordinario.

La norma descrive, insomma, un'inattesa e curiosa appendice del processo dinanzi al giudice ordinario, inidonea evidentemente ad abbreviare ed anzi presumibilmente destinata ad allungare i tempi necessari perché sia resa giustizia. Un processo per sostituire un altro processo, vincolato però dalle decadenze e dalle preclusioni già verificatesi ed anche dall'istruttoria già svoltasi nel primo, posto che il trasferimento può avvenire sino al momento dell'assunzione in decisione della causa. Si ha così la sensazione che si tratti di uno strumento offerto ai giudici togati per liberarsi da quell'incombente fastidioso, ad essi sempre più sgradito, che è la redazione della sentenza, appaltandola ad altri a spese delle parti. Più che un arbitrato, fra le righe della norma emerge una sorta di "lodificio", azionato magari grazie alle sapienti pressioni che il giudice togato potrà mettere in atto al momento opportuno.

A ciò si aggiungono, come accennato, non lievi dubbi esegetici. È già, sorto, ad esempio, il dubbio che quelle norme escludano inopinatamente l'arbitrato secondo equità e le confuse disposizioni in tema di riassunzione (comma 4 del ricordato art. 1) creeranno inevitabili incertezze applicative ed il rischio di non uniformi soluzioni giurisprudenziali. Ma poi, cosa accade, quando è il processo d'appello ad essere trasferito in sede arbitrale? Il comma 4 del predetto art. 1 sembra riferire anche al lodo reso in questi frangenti l'impugnazione per nullità, ma chi la pronunzia? La stessa Corte d'Appello che si è spogliata del processo? Si deve cioè passare, sostanzialmente, per un secondo giudizio dinanzi la Corte di Appello, con i tempi biblici che esso normalmente ha?

Su un altro piano si mira, molto chiaramente, a contenere i compensi degli arbitri, affidando anche questo compito al predetto decreto ministeriale, nella speranza di favorire pure così la soluzione proposta. Ma si tratterà comunque di costi aggiuntivi e se la riduzione dei compensi sarà eccessiva, ciò non gioverà alla qualità di questa sorta di surrogato dell'originaria domanda di giustizia introdotta dinanzi al giudice ordinario.

Non saranno i migliori, infatti, presumibilmente, ad accettare una nomina penalizzante e si ha allora il sospetto che si voglia nuovamente far leva sullo stato di bisogno di molti avvocati indotta dal numero eccessivo di questi ultimi, lucidamente voluto per parcheggiare nei nostri albi un esercito di potenziali disoccupati, e da quelle false liberalizzazioni che hanno avuto l'unico, vile risultato di assecondare i comandi dei signori del mercato e di ulteriormente indebolire i deboli, mortificando sull'altare del profitto d'impresa persino il rilievo sociale del lavoro intellettuale.

In definitiva mi sento di dire con certezza che la scelta del legislatore del 2014, non è certo è un modo per valorizzare l'arbitrato e che quest'ultimo non può essere pensato come una via di fuga dal processo già sviluppatosi dinanzi al giudice togato.

Il punto è che anche queste fuorvianti e confuse norme in materia di arbitrato si inseriscono nella tendenza recente cui si è fatto cenno e sulla quale è opportuno ora soffermarsi, nella speranza non di dissipare il buio che ci circonda, ma di riuscire almeno ad orientarci in esso per trovare la via di uscita che una luce flebile e lontana ancora segnala.

La tendenza di cui parlo – volendo esprimerla in estrema sintesi – è quella di allontanare in ogni modo i cittadini dalla Giustizia, perché nell'ottica panmercantistica che domina ormai ogni scelta politica e normativa, questo è l'unico modo per farla funzionare. In quest'ottica non conta ciò che giusto, ma solo quel che è utile ed allora ci si può permettere di dimenticare che rendere giustizia è storicamente alla radice della nascita e della stessa esistenza dello Stato moderno, di cui rappresenta un obbligo istituzionale inalienabile; ci si può permettere di dimenticare altresì che la possibilità di rivolgersi liberamente ad un giudice è un diritto fondamentale dell'uomo, universalmente riconosciuto, che viene prima dell'equilibrio di bilancio, del patto di stabilità e di tante altre cose importanti quanto si vuole, ma non come l'organizzazione di una giustizia degna di questo nome.

Ben vengano, allora, le tecniche di a.d.r., ma deve trattarsi di scelte libere della gente, non di inammissibili ed obbligatorie barriere all'accesso al giudice ordinario, né di striscianti suggerimenti per sradicare un processo dal suo giudice naturale.

Lo stesso arbitrato, pur con i suoi molti pregi, in precedenza sia pur sommariamente ricordati, viene così tradito, perché non è e non può divenire un modo per alleggerire i ruoli giudiziari o per ridurre il lavoro, che resta insondabile ed incontrollabile, dei magistrati. E poi deve restare pienamente una libera

scelta. Come libera scelta, infatti, l'arbitrato è una risorsa, altrimenti rischia di divenire anch'esso un odioso meccanismo per negare l'effettivo esercizio di una libertà fondamentale. Questo è peraltro, secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale, che ha perciò negato ingresso all'arbitrato obbligatorio, il corretto modo di intendere legittimità e dignità dell'arbitrato anche in rapporto agli artt. 24 e 102 della Costituzione ed al disegno che essi compongono.

La verità è che le scelte dell'ultimo legislatore sono un'ulteriore manifestazione per un verso di una colossale ipocrisia, quella per cui la riforma della giustizia si potrebbe fare a costo zero, e per l'altro di una visione di esasperata grettezza economicistica, che travolge tutto e tutti, sinanche la dimensione etica delle cose e l'effettività delle libertà fondamentali.

Il riscoperto arbitrato, la resuscitata media-conciliazione, la neonata negoziazione assistita celano in definitiva un nuovo inganno, frutto di questa visione e di una buona dose di ignoranza. Un inganno di cui bisogna acquisire e diffondere piena consapevolezza.

Perché infatti, se sino ad ora si è pensato di risolvere i problemi della giustizia dissuadendo pesantemente, quasi minacciosamente i cittadini dall'accostarsi ad un giudice, ora si pensa di farlo addirittura degiurisdizionalizzando la giustizia e ribaltandone così sui privati costi, peso organizzativo e responsabilità.

Siamo partiti da considerazioni condivisibili, quella ad esempio che bisogna contenere la spesa pubblica o quella che una giustizia troppo lenta scoraggia gli investimenti, ma siamo giunti a conclusioni aberranti, perché ormai misuriamo la validità delle proposte di riforma della giustizia non più sulla base del grado di tutela che assicurano, ma sul parametro del risparmio che comportano per le casse dello stato o su quello dell'auspicato ritorno al profitto delle imprese, che infatti solo sui tagli dei costi sembrano ormai fare affidamento. E, nella foga di aderire tardivamente alle peggiori espressioni di un liberismo che si è già prodotto in reiterati, devastanti fallimenti, ci spingiamo così a ritenere che anche i diritti siano merce, acquistabili e scambiabili a fronte di un prezzo, ma dimentichiamo che rendere la giustizia un fatto privato significa consentire che in essa si replichino le regole o, peggio, l'assenza di regole del mercato e che dunque anche in essa possa prevalere chi è più forte, chi sa cosa, come e quando comprare ed ha i mezzi per farlo.

Lasciatemi dire, allora, che stiamo rasentando il limite di guardia, quello di confondere la democrazia con il mercato. Abbiamo già reso la politica docile ancella dell'economia e dei suoi capricci e mostriamo ormai di ritenere che gli unici valori degni di essere perseguiti siano quelli dell'efficienza e del profitto, anziché quelli della solidarietà e della libertà, di cui componente fondamentale ed irrinunciabile è appunto una vera giustizia.

Sono allora da applaudire professionisti che si impegnano nel ricercare ed anzi accrescere il valore dell'arbitrato come domanda di giustizia, ma prima ancora è tempo di riaffermare con forza il significato ed il valore della giustizia,

come irrinunziabile presidio di civiltà. Ed è compito che spetta innanzi tutto agli avvocati, che della giustizia sono protagonisti essenziali e che la storia ha costituito sentinelle, testimoni ed artefici della libertà.

Lo spazio in cui muoversi è, ancora una volta, quello, ad un tempo seducente ed allarmante, che divide legge e giustizia. Uno spazio dove regna (o dovrebbe regnare) la cultura. Ma devo concludere e vorrei farlo con le parole, nelle quali mi rispecchio ed alle quali vorrei però ribellarmi, di un grande scrittore italiano: «C'è un punto della vita in cui le seduzioni della realtà, della memoria, dei libri, diventano tante; in cui si vorrebbe dire tutto di quel che alla mente si affaccia, di non ancora detto (che, si capisce, già è stato detto); di nuovo (che, si capisce, è già antico); ed è il punto stesso in cui sentiamo che non abbiamo più tempo». Provo questa consapevolezza, ma conservo la speranza di avere ancora tempo per ricordare che se la legge va rigorosamente rispettata, l'ingiustizia va combattuta anche quando si annida nella fredda architettura delle norme e che legalità non è solo applicazione tecnica dello *ius positum*, ma soprattutto ricerca: ricerca filosofica di giustizia, ricerca sociale di equità, ricerca personale di verità.

Abstract

Arbitration is not one of the a.d.r. because it is a process and exactly for this reason the request for arbitration has the value of a demand of "justice". And, indeed, compared to the demand of justice turned to the professional judge, arbitration has some specific advantages. The d.l. n. 132 of 2014 (converted into l. 162 of 2014) falls into the ambiguity of considering arbitration as a means of alternative dispute resolution and, in general, seems to believe, according to the recent "pan mercantilistic" view of politics, that the only way to make justice works is to remove it from the public and to cultivate the illusion that a reform of the same justice can be achieved at no cost.

Per una proposta di semplificazione delle attività della Pubblica Amministrazione

Raffaella Veniero

Sommario

La semplificazione è obiettivo dell'attività della PA funzionale alla realizzazione del principio di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa fondata sulle scelte del legislatore contenute in normative di carattere generale e di settore. L'attuazione delle scelte di semplificare i procedimenti amministrativi incentiva la legalità, riattiva gli investimenti, riduce inutili attese, risponde alla richiesta di un'azione amministrativa efficace ed imparziale. La risposta della PA alle istanze degli amministratori deve essere espressa e tempestiva. L'efficienza della PA, interna ed esterna, è migliorabile con una migliore gestione delle risorse e della tecnologia (dematerializzazione). La PA deve diventare uno degli operatori del mercato. I modelli informatici uniformi per categorie omogenee di atti a livello centrale ed a livello regionale, sono funzionali alla realizzazione di una PA competitiva.

Premessa

Nel 2011 ho concluso il volume *Edilizia, condoni e modelli informatici* precisando che «l'obiettivo dell'amministrazione pubblica non è il conseguimento di una *utilitas* purché sia, ma il frutto di una giusta ponderazione di tutti i beni ed interessi coinvolti: processo che pretende certezza del diritto, in termini di adeguata conoscenza del fondamento giuridico e delle pretese del cittadino, dei tempi di tutela e di materiale soddisfazione»¹.

Ed in quelle conclusioni avevo auspicato che la preoccupazione per la definizione di pratiche da tempo giacenti potesse essere definitivamente superata e che gli istituti normativi di semplificazione (nel volume riferiti alla materia edilizia), fossero correttamente invocati dai cittadini ed applicati dalle amministrazioni, avendo entrambi, quale unico interesse comune, l'equilibrata utilizzazione del territorio al fine di potere attuare il migliore governo dello stesso, superando in tale ottica gli interessi del singolo ma, nel contempo, guardando alla proprietà in una visuale per così dire "europea", dovendo oggi porsi il quesito se la proprietà sia un diritto umano inviolabile o se, a tutt'oggi, sia prevalente la funzione sociale della stessa².

¹ M. SPASIANO, *Forme di irresponsabilità nei nuovi modelli di amministrazione*, in AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Giuffrè, Milano 2005.

² Cfr. A. SANDULLI, *La scienza italiana del diritto pubblico e l'integrazione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4/2005, pp. 837-876. La Corte Costituzionale con la sentenza n. 293/2010 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 43 del Testo unico in materia di

In tal senso, peraltro, rinviando più avanti i temi dell'attuale dibattito sul processo amministrativo (di cui al d.lgs. n. 104 del 2 luglio 2010), ricordo che era già criticabile la scelta del legislatore secondo la quale solo per la definizione di alcuni interessi economici era ritenuta necessaria l'accelerazione del processo mentre non era stata prestata sufficiente attenzione a situazioni giuridiche soggettive direttamente o indirettamente connesse a diritti costituzionalmente garantiti, situazioni che possono dare luogo a risarcimento anche per lesione di interesse legittimo³ e che necessitano di risposte celeri oltre che da parte della PA, anche da parte del Giudice Amministrativo.

Mi riferisco non solo alla proprietà, ma anche alla libertà di iniziativa economica⁴, situazioni cui oggi si deve prestare attenzione in una diversa ottica, perché connesse alle libertà dell'individuo e, quindi, a diritti fondamentali e perché connesse allo sviluppo, che deve essere insieme lo strumento e l'obiettivo cui tendere per superare il periodo di particolare crisi economica.

Ed in tal senso sembra muoversi l'attuale legislazione che ponendo attenzione alla materia urbanistica (d.d.l. c.d. Lupi 24 luglio 2014 – Principi in materia di politiche pubbliche territoriali e trasformazione urbana) ed a quella edilizia (d.l. 12 settembre 2014, n. 133), sembra volta a favorirne la ripresa economica, anche attraverso l'accelerazione del contenzioso. Il d.d.l. cd Lupi, ha previsto (cfr art. 15, co. 2)⁵, oltre a misure sostanziali, la delega al Governo a modificare il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104 (c.p.a.), al fine di: a) adeguare la disciplina del processo alle previsioni di cui al comma 1 del presente articolo; b) prevedere per le controversie di cui al comma 1 la disciplina specifica stabilita all'art. 119 del codice del processo amministrativo.

Anche l'urbanistica, quindi, dovrà essere trattata dai TT.AA.RR. con il rito semplificato dell'art. 119 c.p.a. (quello attualmente applicato, ad esempio, agli appalti)⁶ ed anche a tale settore dovranno applicarsi strumenti analoghi a quelli qui previsti per il settore degli appalti, volti a diminuire il contenzioso, offrendo la possibilità al soggetto titolare di una posizione giuridica di

espropriazioni, d.P.R. n. 327/2001); sul punto cfr. G. RAMACCIONI, *La proprietà dopo il Trattato di Lisbona, funzione sociale o diritto umano?*, in *Diritto e formazione*, 1/2011.

³ F. LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2003.

⁴ In un recente rapporto Censis è emerso che circa il 60% degli imprenditori del sud ritiene che la causa del divario tra nord e sud sia da ascrivere alla inefficienza delle PA.

⁵ Art. 15, comma 1 (*Giurisdizione e strumenti di tutela*) “1. Le controversie relative a provvedimenti di adozione, approvazione e attuazione degli strumenti e degli accordi urbanistici, comunque denominati, ivi compresi quelli che comportano la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza, sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”.

⁶ L'intento è quello di superare la sterilità della mera programmazione, lontana dalla fase di attuazione e realizzazione. Scelta questa auspicata dalla sottoscritta nelle conclusioni di R. VENIERO, *Edilizia, condoni e modelli informatici*, Sorbona, Parigi 2011, p. 203.

interesse legittimo verso altro soggetto di una giustizia interna alla stessa amministrazione, procedimentalizzando le relative fasi e determinando in tempi stretti la possibilità per l'amministrazione di reintervenire in una situazione già negativamente (ma talvolta illegittimamente) definita per il soggetto inciso dal provvedimento.

Ripercorrendo l'idea di semplificazione ed il metodo già esposto (con particolare riferimento al settore dell'edilizia) ma tenendo qui conto di tutte le attività della pubblica amministrazione nell'attuale contesto legislativo, sempre più complesso, intendo approfondire l'idea di semplificazione finalizzata in concreto alla creazione di un'amministrazione competitiva, ove le norme del singolo settore (auspicabilmente ridotte e sistematicizzate) possano trovare immediata uniforme applicazione su tutto il territorio nazionale, con l'ausilio di strumenti e categorie propri del diritto e con un significativo supporto da parte dell'informatica.

Partendo dalla ricostruzione delle norme generali che avrebbero dovuto determinare un'epocale trasformazione dell'attività della PA, da impositiva a concertata, ritengo, infatti, si possano individuare metodi e sistemi operativi concreti perché la PA possa funzionare in modo efficiente, così da recuperare il ruolo di operatore del mercato, attraverso la sostanziale semplificazione, la dematerializzazione e la diffusione di metodologie proprie della "*open innovation*".

Il tutto garantendo la conclusione di tutti i procedimenti in modo esplicito ed in tempi rapidi e tali da consentire la rimozione di ostacoli alla realizzazione di interessi dei cittadini così da consentire la ripresa degli investimenti, troppo spesso inibiti dalla complessità della legislazione e da forme di assenso implicite, ma a grave rischio per il privato e per la stessa PA (nonché per i funzionari).

Con l'auspicio che la risposta alle istanze dei cittadini con provvedimenti formali ed in tempi rapidi da parte dell'amministrazione, possa divenire il metodo di amministrazione efficiente e che tale metodo possa definitivamente sostituire autorizzazioni per *silentium* su cui da anni legislativamente si è intervenuti apparentemente in modo ampliativo, ma in realtà inutilmente illusorio.

Ed in tal senso l'azione amministrativa deve essere ispirata al principio di proporzionalità, e cioè al rispetto dell'equilibrio tra gli obiettivi perseguiti ed i mezzi utilizzati; tale principio, infatti, limita nella misura più ridotta possibile gli effetti che possono prodursi sulla sfera giuridica dei destinatari di un provvedimento amministrativo.

Principio di proporzionalità che va verificato secondo i canoni della idoneità, della necessità e dell'adeguatezza.

L'idoneità è la capacità dell'atto di raggiungere gli obiettivi che lo stesso si propone; la necessità orienta la scelta tra più mezzi astrattamente idonei al raggiungimento dell'obiettivo prefissato e permette di individuare quello ugualmente efficace, ma che incida meno negativamente nella sfera del singo-

lo; la tollerabilità da parte del privato in funzione del fine perseguito dà certezza della attuabilità della scelta, soprattutto se programmatica di carattere generale (cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. IV, sentenza 8 aprile 2014 n. 928).

Il mito che la legge contenga la scelta tra gli interessi e che l'amministrazione sia solo attuazione della legge deve essere superato.

Passando dal "sistema del Principe" all'amministrazione democratica, i percorsi valutativi si articolano diversamente. Ed in un sistema di amministrazione concertata (sulla base degli strumenti di partecipazione offerti in generale dalla legge 241/1990, e per singolo settore dalla normativa specifica) le scelte dell'amministrazione devono essere precedute da una necessaria programmazione, al fine di tenere conto sin da quella fase, in modo attento e ponderato degli interessi contrapposti.

In tale ottica la programmazione non può più essere un "elenco" di attività in quanto in assenza di condivisione da parte dei soggetti coinvolti, l'attuazione della scelta da programma diventa estremamente difficile, e spesso impossibile, scontrandosi nelle istanze dei soggetti esclusi dalla partecipazione alla programmazione e talvolta di alcune parti delle istituzioni. Il momento della programmazione deve invece essere inteso come il guscio costruttivo della attività dell'amministrazione, ed oggi più che mai occorre restituire la programmazione ai titolari degli interessi anche contrapposti (fermi restando i vincoli di legge e tra questi quelli di bilancio). Non considerare in fase di programmazione gli interessi contrapposti, e non valutare attentamente gli stessi, significa non attuare le scelte programmate.

Le autorità amministrative, quindi, soprattutto quando gli interessi ed i valori contrapposti sono di rilievo costituzionale (ambiente, lavoro, salute, ecc.), devono attuare tutti gli strumenti di partecipazione perché i programmi possano essere definiti, a monte, con la necessaria mediazione.

L'incertezza generata da scelte della PA spesso rivela poi inattuabili determina infatti anche un forte resistenza ad investire. Perché la programmazione non sia un guscio solo formale è allora necessario il dibattito pubblico preventivo alle scelte, cosicché caso per caso sia verificata anche la loro "accettabilità territoriale" che si ha quando le stesse siano state precedute dal confronto sugli interessi contrapposti e sulla individuazione degli "interessi prevalenti che devono poi coincidere con quelli della programmazione".

Ai fini della ripresa del Paese occorrerebbe importare il modello francese del dibattito pubblico, attraverso cui si individuano le condizioni di accettabilità che determinano "l'interesse prevalente". Il tutto tenendo in adeguato conto, nella fase del dibattito, le valutazioni dei tecnici specialisti (dell'ambiente, del paesaggio, della finanza, della salute, ecc.), spesso non note alle collettività, e ponendo in campo nella programmazione anche le necessarie misure di compensazione. Sotto tale profilo è opportuno ricordare che l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha valore vincolante per gli stati membri al

pari dei Trattati, riconosce quale diritto umano e fondamentale quello «ad una buona amministrazione». E la buona amministrazione presuppone la corretta programmazione dell'attività amministrativa a monte ed a tutti i livelli di amministrazione, ove sempre deve essere garantita la partecipazione dei soggetti portatori di interessi differenziati nella fase precedente l'adozione delle scelte di programmazione. Tale modalità da un lato elimina contenziosi impeditivi della attuazione delle scelte stesse, dall'altro consente anche la più corretta ed immediata procedimentalizzazione delle attività per singolo settore omogeneo, così da definire i procedimenti a valle in tempi certi e comunque nel minore tempo possibile, con emanazione di provvedimenti formali (di assenso o di diniego). La procedimentalizzazione delle attività per singolo settore omogeneo con informatizzazione dei procedimenti, consente, peraltro la ricostruzione in qualsiasi momento dell'iter logico giuridico che ha condotto alla adozione di provvedimenti amministrativi a valle, in applicazione di scelte di programmazione adottate, nei sensi di cui sopra, a monte.

La semplificazione dell'attività amministrativa; la dematerializzazione, l'*open innovation*

La semplificazione è obiettivo dell'attività della pubblica amministrazione, funzionale alla realizzazione dei principi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, fondata sulle scelte del legislatore contenute sia in normative di carattere generale, quali la legge n. 241/90 e s.m. e i. ed il d.P.R. 445/2000, sia in normative di settore.

In particolare la semplificazione dei procedimenti ampliativi deve garantire lo snellimento delle procedure e la riduzione dei tempi, anche attraverso la concentrazione nel medesimo procedimento della tutela dei diversi interessi coinvolti, così da consentire la definizione dei procedimenti nei termini normativamente definiti. L'attuazione della scelta di semplificare i procedimenti amministrativi incentiva la legalità, riattiva gli investimenti nelle diverse forme, riduce inutili attese, risponde alla richiesta di un'azione amministrativa efficiente ed imparziale⁷.

In particolare in quelle materie ove la discrezionalità dell'ente può essere considerata prevalentemente una discrezionalità tecnica, si può affermare che l'applicazione corretta del dato normativo per singolo settore nelle fattispecie concrete possa avvenire "anticipando" l'esercizio della discrezionalità da parte della PA alla fase della progettazione ed informatizzazione dei procedimenti.

Le istruttorie con procedimenti semplificati si possono determinare in astratto attraverso modelli di istanze – progettati anche informaticamente – da fornir-

⁷ Sulla semplificazione dell'azione della PA cfr. G. ABBAMONTE, *Funzioni pubbliche per settori organici (Principi della Costituzione e della legislazione per il riordinamento dei poteri pubblici in relazione alle istanze del Corpo Sociale)*, in G. ROSSI - G. ABBAMONTE, *L'amministrazione per settori organici*, Cedam, Padova 1990.

re ai richiedenti il singolo titolo, che diano luogo a riposte univoche e da cui la macchina, secondo programma, fa scaturire le scelte dell'amministrazione, così anticipando al momento della progettazione l'esercizio della discrezionalità tecnica, sulla base di criteri oggettivi predeterminati e di "moduli ad atto aperto", suscettibili di recepire anche le eventuali successive modifiche normative.

Il metodo è quello dei "modelli aperti" in edilizia ed urbanistica, metodo ovviamente applicabile a tutti i settori dell'amministrazione.

Per questo motivo ritengo utile soffermarmi qui di seguito ulteriormente sul metodo e sui concetti allo stesso sottesi, provando a svilupparli nell'ottica della creazione di una sorta di cabina di regia, interfaccia tra il legislatore e l'amministrazione, strumentale alla corretta ed uniforme applicazione delle norme attraverso il metodo della creazione dei modelli.

Il tutto con particolare attenzione ai supporti e strumenti informatici, al fine di determinare uno sviluppo sul territorio e sui territori, che consenta di attuare la *open innovation*, nonché la esportazione delle buone pratiche.

La dematerializzazione dell'attività della PA

«Il tema della dematerializzazione dei servizi della PA presuppone un inquadramento del tema nel più generale, grave, problema del rapporto Stato-economia in Italia»⁸.

La crisi economica del mercato genera peraltro modelli (economici) alternativi a quello tradizionale⁹; basti considerare che secondo i parametri dell'economia tradizionale, anche le negatività dal punto di vista sociale partecipano alla crescita del Pil. Spinte pertanto sono sorte nel senso di considerare quale "alternativa" la decrescita, nella quale si tiene conto solo di indicatori di qualità (e non di negatività), e nel senso di considerare che l'economia non debba essere fondata su beni di consumo, ma su quelli relazionali, quelli cioè che creano maggiore benessere sociale.

Questa è la cosiddetta critica dello allo "sviluppiamo", basato su criteri per valutare la crescita illimitata che produce costi esterni che determinano la distruzione di beni comuni (ad esempio i beni ambientali), e che distruggono i legami sociali.

Si vuole dire che le politiche economiche dovrebbero rafforzare il benessere del gruppo sociale, sulla base di spinte già presenti nel mercato quali alternative, che propugnano appunto la decrescita e l'economia cosiddetta del dono (dare, ricevere, ricambiare) che oggi è alla base di sistemi di scambio innovativo, *open source*, *free software*, sistemi che consentono l'acquisizione di prodotti

⁸ P. CIOCCA - F. SATTA, *La dematerializzazione dei servizi della P.A. Un'introduzione economica e gli aspetti giuridici del problema*, in *Riv. Diritto Amministrativo*, XVI-2/2008.

⁹ Cfr. S. FORTUNATO, intervento al Convegno "Luci ed ombre di una legislazione per la crisi", Napoli, Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi Federico II, 14 giugno 2012.

(informatici) in modo gratuito per la collettività e che rappresentano la c.d. “*open innovation*” (sul punto vedi *infra*, par. VI).

La produttività non cresce più, anzi tende a diminuire: quella del lavoro ancora di più – cosa mai accaduta nella storia del capitalismo avanzato. Ulteriori concause di ristagno economico, la finanza pubblica (il disavanzo di bilancio oramai cronicizzato), il diritto dell’economia (mancanza di un sistema legislativo adeguato per lo sviluppo) l’(in)efficienza dell’apparato statale. L’efficienza della PA è interna ed esterna ed è notevolmente migliorabile con una migliore gestione delle risorse e delle tecnologie, così da fare della PA un operatore del mercato; se la produttività della PA salisse, ne beneficerebbe, evidentemente, anche la produttività privata.

Si ridurrebbero gli oneri di costi e di tempi che la PA, anche quanto risparmia, fa ricadere su imprese e famiglie. L’efficienza dell’amministrazione, in tale ottica diventa essenziale in un processo di sviluppo, però non si raggiunge attraverso procedimenti che non hanno una esplicita conclusione, perché basati sul silenzio al quale per effetti degli artt. 19 e 20 della legge 241/1990 nonché di singole norme di settore, viene riconosciuto significato di assenso, con tutte le conseguenze del caso.

L’efficienza è data da una proceduralizzazione snella ove ogni procedimento, in tempi solleciti, trova la sua conclusione con un provvedimento esplicito dell’amministrazione procedente.

Alla luce di quanto sopra un’ipotesi di semplificazione informatica delle attività amministrative per singolo settore potrebbe peraltro intervenire, come meglio si dirà, oltre che all’interno di ogni singola amministrazione, ancor più a monte, e cioè con la creazione di modelli anche informatizzati di applicazione delle norme statali, da completare poi, con riferimento alle materie di legislazione concorrente, con quelli di applicazione delle norme regionali, ovvero, per le materie di competenza esclusiva con modelli locali generali.

I modelli informatici uniformi per categorie omogenee di atti all’interno della singola amministrazione

Come anticipato, con la creazione di modelli di procedimenti uniformi ed informatizzati all’interno della singola amministrazione, già allo stato attuale della legislazione è possibile realizzare un primo *step* del seppure confuso progetto legislativo di semplificazione amministrativa.

A tale progetto le amministrazioni possono uniformarsi adottando i necessari atti e procedimenti che nel rispetto del principio di leale cooperazione tra amministrazione e cittadino consentono di perseguire il «diritto ad una buona amministrazione» ribadito nel Trattato di Lisbona, ed a mantenere livelli essenziali ed uniformi di protezione.

In sintesi, partendo dalla dematerializzazione delle attività della PA, si propone un metodo per la progettazione di modelli procedurali di semplificazione e

di informatizzazione delle pratiche per ciascun settore di attività, semplificazione consentita dalla recente normativa generale e da quelle speciali e di settore¹⁰, nel convincimento che, attuando il principio di leale cooperazione, opportunamente governato da meccanismi di controllo e di autotutela da parte delle amministrazioni, si possa giungere ad una definizione in tempi brevi dei procedimenti, a salvaguardia della certezza delle situazioni giuridiche, e della sostanziale ed efficace repressione dei fenomeni di illegalità, nel rispetto degli interessi contrapposti¹¹.

Tale metodo concreto si basa sul concetto che la discrezionalità amministrativa e quella tecnica debbano essere esercitate in fase di progettazione dei procedimenti amministrativi per singolo settore; in questa fase preliminare, infatti, tenendo conto delle variabili prevedibili, è possibile operare scelte da parte dell'amministrazione in via generale ed astratta e perciò trasparenti, uniformi ed imparziali, in ossequio al precetto costituzionale di cui all'art. 97, scelte che in modo automatico ricadono a cascata su tutti i procedimenti aventi il medesimo oggetto, con economia di mezzi e soprattutto di tempi.

Non può sottacersi che la complessa articolazione delle fonti, interne e non, la sovrapposizione delle stesse e la conseguenziale difficoltà di rinvenimento della norma che regola il caso concreto e, poi, la corretta applicazione della stessa, evidenziano oggi più che mai la necessità che gli operatori nella loro attività, siano supportati anche da figure professionali specializzate ed aggiornate.

È, infatti, compito delle figure professionali specializzate, da un lato, orientare i privati nelle proprie scelte nei confronti della PA, dall'altro, fornire alle amministrazioni stesse il proprio supporto professionale; ma ciò non solo in termini di consulenza generale e specialistica (tecnico giuridica), ma anche e soprattutto in termini di trasposizione delle idee e delle soluzioni astratte in progettualità tecnico-operative che consentano, una volta individuata la normativa da applicare e le variabili prevedibili, per il tramite dei cd. esperti di dominio e dei programmatori, di proceduralizzare anche informaticamente le "scelte" dell'amministrazione.

Il tutto al fine di garantire che tra l'adozione di un indirizzo da parte dell'amministrazione e l'attuazione degli obiettivi ci sia una assoluta ed immediata con-

¹⁰ Dal d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 e s.m. e i., normativa di tipo generale, alle normative specifiche di semplificazione, e tra queste da ultimo il d.P.R. 139/2010, Regolamento di attuazione dell'art. 146 co. 9 d.lgs. n. 42/2004 e s.m.ei.

¹¹ Si rammenta che la CEDU è intervenuta con la sentenza del 20 gennaio 2009, nel ricorso Sud Fondi srl ed altre due contro Italia, ricorso n. 75909/01, il caso "Punta Perotti". Ed in tale giudizio innanzi alla *Grand Chambre* è stata ritenuta la violazione dell'art. 7 e dell'art. 1 del protocollo 9 n. 1 della Convenzione, in relazione all'applicazione da parte del Giudice italiano dell'istituto della confisca in violazione del diritto di proprietà, essendo stata considerata la confisca dei beni una misura sproporzionata, in assenza di una condanna penale dei costruttori, assolti dal reato di lottizzazione perché il fatto non costituisce reato, in quanto gli stessi erano stati indotti in errore dall'oscura formulazione delle leggi e dal comportamento degli amministratori pubblici che avevano rilasciato le autorizzazioni (peraltro mai annullate), provocando in tal modo un cattivo funzionamento dell'apparato ordinamentale.

tinuità, tale da consentire l'efficace realizzazione degli obiettivi stessi in tempi brevi e quindi funzionali alla rapida evoluzione delle esigenze e delle situazioni.

Appare evidente, infatti, come un procedimento progettato per giungere a conclusione in tempi ragionevoli, sia l'unico sistema per dare certezza alle situazioni giuridiche, concentrando procedimenti spesso complessi ed articolati con sub-procedimenti e contemperando gli interessi ed i valori contrapposti.

I modelli informatici uniformi per categorie omogenee di atti a livello centrale ed a livello regionale per la definizione di procedure di attuazione uniforme delle norme statali e regionali

Come anticipato il processo di semplificazione di tutte le attività della PA, con modifiche anche alla attuale legislazione, potrebbe attuarsi utilizzando il medesimo metodo, ma ancora più a monte, e cioè in una "zona intermedia tra legislatore (rispettivamente statale e regionale) ed amministrazione, per trasformare le norme in procedimenti.

Occorrerebbe, quindi, creare una sorta di cabina di regia centrale, che determini gli schemi procedurali di attuazione delle norme statali in modo uniforme e delle cabine di regia regionali (con lo stesso tipo di competenze, ma nell'ambito della Regione).

Open innovation e competitività della PA

Si è detto che l'ottica nella quale si sta ragionando è quella dell'amministrazione pubblica quale soggetto protagonista del mercato, fornitore di beni e servizi, e non stazione appaltante. In tale senso la PA deve diventare competitiva. La realizzazione dell'obiettivo della competitività può a mio avviso raggiungersi, quindi, proprio attraverso la progettazione preliminare delle attività amministrative attraverso altrettanti procedimenti specifici per fasi che seguano quella sotto indicata. Progettazione, logica ed informatica di base, che se fosse realizzata nella sopra ipotizzata cabina di regia in modo generalizzato per tutte le amministrazioni (ad esempio per l'edilizia, attuativi del TU, ecc.), potrebbe consentire la diretta, immediata adozione di procedimenti per fasi, uguali dovunque ed informatizzati.

Mi chiedo: c'è un motivo per cui la ASL tal dei tali debba avere procedimenti informatizzati ed automatici che comprendano ogni variabile (comprese le necessità alimentari del parente di un ammalato, che può essere dotato a pagamento di cd. ticket mensa) ed un'altra no? C'è forse un motivo perché la DIA o Scia on line possa essere utilizzata in un Comune piuttosto che in un altro? No, non c'è. In realtà c'è stato qualcuno che ha avuto la lungimiranza di comprendere che la modalità di funzionamento di un ufficio, di una struttura, ecc. vada progettata per la realizzazione di un bene, l'erogazione di un servizio ai cittadini, attraverso un metodo.

E se è vero, come è vero, che il provvedimento amministrativo si definisce attraverso un procedimento a formazione progressiva, quel soggetto ha pensato di prendere atto della complessità del procedimento (di emanazione di un

provvedimento o di un servizio al cittadino) e lo ha diviso per fasi, per raggiungere nel tempo predefinito gli obiettivi, con ausili che consentano di rendere neutre le variabili. Ha, quindi, informatizzato in tutto o in parte alcune attività (di un procedimento), le ha testate nella sua funzionalità, ha probabilmente avuto la necessità di fare dei successivi adeguamenti operativi e/o specifici, anche dei sottoprocedimenti.

Ed allora perché non usufruire in modo generale di tali schemi procedurali informatizzati ed estendere, in un sistema di *open innovation* le risultanze di un metodo pensato e ben settato anche informaticamente alle altre amministrazioni dello stesso tipo?

E perché oggi, in un moto di rinnovato interesse per la semplificazione, non determinare quella cabina di regia capace di trasformare le idee in standard procedurali per singole attività, con definizione di tempi, moduli applicativi ecc., ed informatizzare? Perché non definire la cabina di regia del procedimento e della semplificazione in cui – ciascuno con le proprie competenze – realizzare la vera *intelligence* operativa del paese?

Riporto qui di seguito, riferito alla soggettività di una singola amministrazione, la modalità per organizzare un procedimento con tempi certi e per informatizzarlo, con evidente immediata considerazione in ordine alla circostanza della inutilità, per ripetitività, che ogni amministrazione debba proceduralizzare l'applicazione delle norme.

Inizio				Fine
STEP 1	Step 2	STEP 3	STEP 4	STEP 5
Avvio delle attività di formazione del personale.				
	Avvio delle attività di predisposizione di modulistica cartacea e di moduli informatici con definizione dei flussi delle pratiche per singola categoria di procedimento. Avvio delle attività per rendere funzionali i servizi per il cittadino (call center, front office, faq, ecc.)			
	Avvio delle attività di programmazione dei moduli informatici da concludere con i test di funzionamento dei medesimi, ed eventuale adeguamento della procedura a seguito dei test di funzionamento. Maschere di programma. Creazione di interfaccia grafica digitale identica alla modulistica cartacea per l'inserimento dei dati dichiarati con attribuzione automatica ed immediata della pratica al flusso.			
	Conclusione delle operazioni di predisposizione della modulistica. Fine delle attività di formazione del personale			
	Redazione del manuale esplicativo contenente precise indicazioni per la gestione del processo operativo in tutte le sue fasi successive da parte degli operatori (Linee guida, predisposizione di un manuale). Attivazione dei servizi in favore dei cittadini (call center, front office, faq, ecc.)			

Di qui la necessità, oramai imprescindibile se si vuole determinare la semplificazione delle attività delle PPAA in modo percepibile a tutti i livelli, della costituzione della cabina di regia delle PPAA (centrale e regionale) che rappresenti una *intelligence* operativa capace di tradurre immediatamente le norme in procedimenti amministrativi e di recepire – con moduli aperti – le innovazioni che dovessero intervenire nei vari settori. Una *intelligence* capace di delineare in astratto moduli applicativi e procedimenti informatizzati per ciascuna delle attività, e di divulgarli per settori omogenei di attività.

Solo in tale modo, infatti, si potrà assistere all'applicazione di leggi e di decreti legge sull'intero territorio nazionale (e nell'ambito della singola regione) in tempi certi ed in modo uniforme.

E non sembri tale affermazione ultronea, ove si consideri che molte norme, in particolare quelle in materia edilizia, sono state modificate e/o abrogate senza che le stesse avessero avuto applicazione su tutta o parte del territorio nazionale¹²!

Perciò la cabina di regia che ipotizzo, oltre a fornire un supporto per la traduzione di norme in altrettanti procedimenti, dovrebbe avere anche una funzione per così dire consultiva nell'ambito del percorso per la adozione di norme di legge statali e regionali, affinché ove occorra, la norma stessa sia suscettibile di immediata procedimentalizzazione.

Come anticipato, «la complessa articolazione delle fonti, interne e non, la sovrapposizione delle stesse e la conseguenziale difficoltà di rinvenimento della norma che regola il caso concreto e, poi, la corretta applicazione della stessa, evidenziano oggi più che mai la necessità che gli operatori nella loro attività, siano supportati anche da figure professionali specializzate ed aggiornate»¹³.

Il progetto di semplificazione delle attività della PA può essere quindi attuato attingendo anche a figure professionali esterne, che oltre al compito di orientare i privati nelle proprie scelte nei suoi, debbono assumere quello di collaborare alle attività del singolo procedimento amministrativo, per singolo settore di attività, così mettendo a disposizione il proprio bagaglio professionale specialistico.

Il tutto nei limiti in cui le norme (legge professionale e ordinamento dell'impiego alla dipendenze della PA, nonché ordinamento degli enti locali, ecc.), consentono la partecipazione di soggetti "esterni" non legati da rapporto di subordinazione alle attività della PA, e quindi, compatibilmente con la legislazione vigente (ovvero promuovendo modifiche alla legge, nel rispetto dei principi e dei limiti costituzionali).

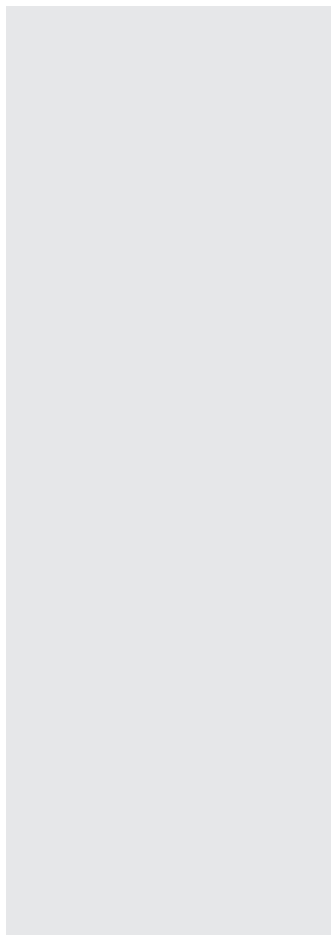
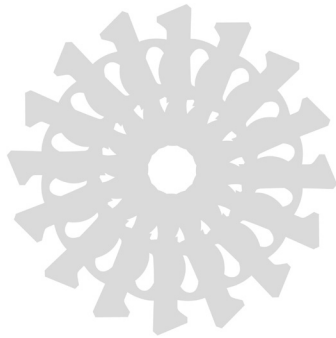
¹² E ciò è tanto vero che l'attuale legislatore, tra l'altro, ha posto tra gli obblighi relativi ad alcuni settori quello di uniformare a livello nazionale, ad esempio i regolamenti edilizi comunali, cfr. art. 4, co. 1-sexies d.P.R. 380/2001, introdotto dal d.l. 133/2014, modificato in sede di conversione dalla legge 164/2014.

¹³ Così G. ABBAMONTE, presentazione a R. VENIERO, *Edilizia, condoni e modelli informatici*, cit.

Abstract

Simplification is the goal of PA functional to the realization of the principle of effectiveness, efficiency and economy of administrative action based on the choice of the legislature contained in regulations of general and sector. The implementation of the decision to simplify the administrative procedures encourages legality, reactivates investment, reduces unnecessary waiting, responds to the request for an administrative action effective and impartial. The response of P. A. instances of individuals must be expressed and in a short time. The efficiency of PA, internal and external, can be improved with a better management of resources and technology (dematerialisation). The PA hopefully become one of the market players. Computer models uniform homogeneous categories of acts at central and regional level, are functional to the realization of a PA competitive.

CULTURA E PROFESSIONE



Legge e giustizia nella *Commedia*

*Diligite iustitiam qui iudicatis terram*¹

Brunella Bruno e Elisabetta Ferrarini

Sommario

Dante, in virtù della sua visione teologica della realtà, traccia una gerarchia trinitaria della Giustizia, che dalla pura idea divina si oggettiva nello *ius gentium*, quella ratio giuridica che regola i comportamenti umani, ispirati ad innati criteri morali; noi laici, invece, procediamo all'inverso, riconoscendo le azioni individuali come effetto del libero arbitrio di ciascuno, al di là dell'intervento di fattori esterni; sostenendo la necessità delle norme giuridiche a fondamento del consorzio civile ed auspicando, semmai, l'esistenza di una Giustizia assoluta, che trascenda i limiti della ragione umana e della contingenza storica.

Nel 1302, spinto dalla straziante amarezza dell'esilio da Firenze, Dante compone una delle più intense canzoni dottrinali *Tre donne intorno al cor mi son venute* (Rime, 47/CIV), per esprimere il suo stato d'animo, denunciare l'ingiustizia subita e rappresentare drammaticamente il decadimento dei valori e della giustizia ai suoi tempi. Ci risulta che questa canzone fosse destinata ad essere commentata nel XIV trattato del Convivio, da dedicarsi al tema della giustizia; il poeta interrompe però improvvisamente la composizione dell'opera filosofica, forse nel 1307, assorbito dalla *Commedia*, in cui lo stesso tema, comparando ripetutamente, diventa struttura portante della sua azione salvifica. Nostro intento è quello di interpretare il suo pensiero e di tentare l'esegesi filosofica del testo, provando a ricostruire quel trattato mancante, ispirate dalle pagine del poema.

Le *tre donne, belle e virtuose*, che si accostano al cuore del poeta, dominato da *Amore*, appaiono disprezzate e affrante, misconosciute e in odio a tutti gli uomini; loro unico rifugio è dunque il luogo dove regna *Amore*. La prima stanza si potrebbe ancora prestare ad interpretazioni stilnovistiche per la presenza dei *topoi* usuali della donna simbolo di virtù, della personificazione d'Amore, dell'introspezione poetica, ma nella seconda stanza, in una accentuazione di immagini sceniche, popolari e realistiche, una delle protagoniste, *discinta e scalza*, denudata di ogni decoro, rivela mestamente la propria identità: ella è *Drittura*, figlia di Giove, sorella di Venere, colei che ha generato la seconda donna sulle rive del Nilo, e quest'ultima, contemplandosi nelle acque limpide, ha infine creato la terza. In una sorta di emanazione triadica la Giustizia Universale ha prodotto la Giustizia Umana, la quale si riflette a sua volta sulla Legge

¹ *Armata la giustizia, voi che governate la terra* è il primo versetto dei libri della Sapienza di Salomone che Dante richiama nel XIII canto del Paradiso.

Naturale, che coincide secondo San Tommaso con la Giustizia Universale. Dinanzi a tanto sgomento *Amore*, brandendo *l'uno e l'altro dardo*, le due frecce una d'oro con la punta aguzza e l'altra di bronzo con la punta arrotondata, allegoria rispettivamente dell'amore per il Bene e dell'odio per il Male, le consola e le ammaestra: come loro anche *Larghezza e Temperanza... mendicando vanno*, ma è destino che chi ora spregia ogni valore se ne penta amaramente, mentre chi è disprezzato tornerà in auge. Da questa rievocazione delle virtù cardinali, *Giustizia e Temperanza*, squisitamente naturali e pertanto patrimonio di ogni individuo in ogni età, mescolate con quelle tipicamente feudali, *Amore e Larghezza*, emergono la nostalgia del poeta per le donne e cavalieri, *li affanni e li agi / che ne 'nvogliava amore e cortesia* (Purg. XIV, vv. 109-110) e nel contempo la ferma convinzione che certi valori siano comunque imperituri e destinati a riaffiorare; ecco perché l'io lirico, scevro da ignobili connivenze, torna a rivendicare la dignità di un esilio immeritato, consapevole che *cader co' buoni è pur di lode degno* (*ibid.*, v. 80).

Analogo sentimento prevale nel Paradiso, quando dopo l'acerba profezia del trisavolo Cacciaguida sul suo futuro, Dante si rivolge a Beatrice e lei lo induce ad affidarsi a *colui ch'ogne torto disgrava* (cfr. Par. XVIII, v. 6). Così, nel momento in cui trapassa dal cielo di Marte a quello di Giove, riesce ad accantonare l'urgenza delle sue vicende autobiografiche e ad assurgere alla contemplazione degli spiriti giusti, i quali in volo nel VI cielo disegnano il motto salomonico: *Diligite iustitiam qui iudicatis terram*; dal suo martirio per la verità nasce l'anelito all'equità.

Se Dante in virtù della sua visione teologica della realtà, traccia una gerarchia trinitaria della Giustizia, che dalla pura idea divina si oggettiva nello *ius gentium*, quella ratio giuridica che regola i comportamenti umani, ispirati ad innati criteri morali, per noi laici è inevitabile procedere all'inverso, riconoscendo le azioni individuali come effetto del libero arbitrio di ciascuno, al di là dell'intervento di fattori esterni; sostenendo la necessità delle norme giuridiche a fondamento del consorzio civile; auspicando l'esistenza di una Giustizia assoluta, che trascenda i limiti della ragione umana e della contingenza storica. Ciascuna di queste asserzioni trova sviluppo concettuale nella Commedia, dalla cui trama si desumono assiomi filosofici, principi etici e stringenti argomentazioni dialettiche, che travalicano con la loro attualità il contesto medievale in cui nascono. Alcuni personaggi, in particolare Marco Lombardo nel XVI canto del Purgatorio e Giustiniano nel VI del Paradiso, si fanno depositari del pensiero di Dante in merito alle prime due questioni, mentre è proprio la folla festante delle anime beate del sesto cielo che, nel trittico dei canti XVIII, XIX e XX del Paradiso, si assumerà il compito di sviscerare la profondità dell'ultima.

Dante, giunto nella terza cornice del purgatorio ove, dopo quella dei superbi e degli invidiosi, si purifica la colpa dell'ira, si imbatte in un peccatore, che lo interPELLA con un chiaro accento di stupore, dopo averlo udito parlare con Virgilio; il poeta riserva solo brevi cenni alla figura storica di Marco Lombardo,

tuttavia sembra voler proiettare su di lui i tratti nobilitanti dell'uomo magnanimo, dai quali è possibile inferire una comunanza di atteggiamenti e di virtù morali:

*Lombardo fui, e fu' chiamato Marco;
del mondo seppi, e quel valore amai
al quale ha or ciascun disteso l'arco.
(Purg. XVI, vv. 46-48)²*

Ciò fa sì che l'anima si arricchisca inopinatamente di quei requisiti che caratterizzano la figura del vate *del mondo esperto / e de li vizi umani e del valore* (cfr. Inf. XXVI, vv. 98-99), sui quali non lesina il suo severo giudizio, e per di più l'assenza del volto e del corpo, offuscati dal *fummo* (v. 5) che acceca tutti i peccatori come lui, ne enfatizza la voce sentenziosa e oracolare; per questi motivi proprio a lui è affidato il compito di chiarire finalmente³ al pellegrino una questione filosofica più volte toccata nel poema e variamente dibattuta tra i contemporanei:

*Lo mondo è ben così tutto deserto
d'ogne virtute, come tu mi sone,
e di malizia gravido e coverto;
ma priego che m'addite la cagione,
sì ch'i' la veggia e ch'i' la mostri altrui;
ché nel cielo uno, e un qua giù la pone.
(ibid., vv. 58-63)*

Il problema è, in sostanza, quello dell'origine del male: in che rapporto stanno dunque l'influenza degli astri ed i comportamenti degli uomini?

Il conflitto tra scienza (astronomia, ma soprattutto astrologia) e fede rimanda alla disamina più ampia sulla responsabilità dei singoli nella storia, poiché la sua risoluzione tende a smascherare gli alibi e le ipocrite giustificazioni di chi demanda al Cielo la propria incapacità di agire sulla terra.

Il poeta aveva già preso un'ardita posizione al riguardo, collocando *coloro / che visser senza 'nfamia e senza lodo* (cfr. Inf. III, vv. 35-36) nel vestibolo dell'Inferno: *questi sciagurati, che mai non fur vivi* (Inf. III, v. 64) sono colpevoli di negligenza, cioè incapaci di scegliere tra il Bene e il Male, se guardiamo all'etimologia della parola, e la loro pusillanimità indigna Dante, uomo

² Uomo di corte, legato ai valori cortesi decaduti nel *moderno uso* (cfr. *ibid.*, v. 42), di questo personaggio, vissuto nella seconda metà del XIII sec., si legge in Novellino, 46 e G. Villani, *Cron.* VII, 121.

³ Nell'interpellare Marco Lombardo lo stesso Dante fa riferimento ad analoghe affermazioni pronunciate da Guido del Duca in Purg. XIV (vv. 37 ss.), per cui il suo dubbio *«prima era scempio, e ora è fatto doppio»* (*ibid.*, v. 55).

d'azione, e lo induce ad esporli al ludibrio dei lettori, emarginandoli tra tutti i peccatori e sottraendoli a qualunque giudizio che non sia il supremo disprezzo:

*Fama di loro il mondo esser non lassa;
misericordia e giustizia li sdegna:
non ragioniam di lor, ma guarda e passa.*
(Inf. III, vv. 49-51)

L'interrogativo che Dante pone dunque al penitente non è privo di fondamento: se davvero fossero i cieli a determinare la volontà degli esseri, gli ignavi non sarebbero responsabili della loro viltà e la denuncia della loro accidiosa indolenza si potrebbe considerare solo frutto di rancori personali da parte di chi, come lui, ha subito l'esilio per sostenere con coerenza le proprie idee. Ma Marco Lombardo sgombra il campo da ogni equivoco:

*Se così fosse, in voi fora distrutto
libero arbitrio, e non fora giustizia
per ben letizia, e per male aver lutto.*
(*ibid.*, vv. 70-72)

La struttura ipotetico-irreale dell'affermazione di Marco è risolutiva: se gli uomini agissero *di necessitate* (v. 69) si annullerebbe la loro facoltà di decidere autonomamente e di conseguenza le loro azioni dovrebbero essere esenti da ogni giudizio di merito; vero è che gli influssi celesti sono provvidenziali⁴, ma non possono esonerare nell'individuo la volontà che, insieme all'intelletto, costituisce il massimo dono elargito da Dio alle *alte creature* (cfr. Par. I, v. 106):

*Lo maggior don che Dio per sua larghezza
fesse creando, e a la sua bontate
più conformato, e quel ch'e' più apprezza,
fu de la volontà la libertate;
di che le creature intelligenti,
e tutte e sole, fuoro e son dotate.*
(Par. V, vv. 19-24)

Pertanto, Dio crea *l'anima semplicetta che sa nulla* (v. 88), emotivamente infantile *a guisa di fanciulla / che piangendo e ridendo pargoleggia* (vv. 86-87); ed essa, sempre disposta ad accogliere *ciò che la trastulla* (v. 90), s'inganna nella percezione del bene per cui, convinta di tornare al Creatore, devia verso i falsi beni⁵.

⁴ Cfr. Par., c. I, c. III, c. VIII, c. XI, c. XXI ecc.

⁵ «...da questo corso si diparte / talor la creatura, c'ha podere / di piegar, così pinta, in altra parte» (Par. I, vv. 130132).

Ciò che diletta l'anima è l'amore o *naturale* o *d'animo*⁶: ora, l'amore naturale si distingue dall'amore d'animo perché è *sempre senza errore* (cfr. Purg. XVII, v. 94), ossia costituisce quell'istinto immediato *che ciò che scocca drizza in segno lieto* (Par. I, v. 126); il secondo, invece, *puote errare* (cfr. Purg. XVII, v. 95), perché è amore di elezione, ossia procede dalla consapevolezza del bene e del male e coincide con la volontà⁷. Dunque, anche ammesso che gli esseri risentano delle inclinazioni dei corpi celesti⁸, ad essi è dato *lume... a bene e a malizia* (cfr. *ibid.*, v. 75), ossia quella ragione che è a fondamento del *libero voler* (v. 76):

*Quest'è 'l principio là onde si piglia
racion di meritare in voi, secondo
che buoni e rei amori accoglie e viglia.
Color che ragionando andaro al fondo,
s'accorser d'esta innata libertate,
però moralità lasciaro al mondo.
Onde, poniam che di necessitate
surga ogne amor che dentro a voi s'accende,
di ritenerlo è in voi la podestate.*
(Purg. XVIII, vv. 64-72)

La sollecitazione dei beni terreni è dunque la prima causa del peccato: finché l'amor d'animo è diretto verso il primo bene – Dio – e modera il suo appetito verso i secondi beni – quelli materiali – esso non può esser *torto da falso piacere* (cfr. Par. I, v. 135); ma se si rivolge al male con maggiore intensità che al bene o a quest'ultimo con minore cura di quanto dovrebbe, la creatura umana agisce contro il Creatore⁹. Proprio perché dotato di libero arbitrio, dunque, l'uomo deve render conto a Dio del suo operato:

*A maggior forza e a miglior natura
liberi soggiacete; e quella cria
la mente in voi, che 'l ciel non ha in sua cura.
Però, se 'l mondo presente disvia,
in voi è la cagione, in voi si cheggia;
e io te ne sarò or vera spia.*
(Purg. XVI, vv. 79-84)

⁶ Cfr. Purg. XVII, vv. 91-93.

⁷ Cfr. *Convivio* IV, XII, 15-16.

⁸ Cfr. *Convivio* IV, XXI, 7: «E però che la complessione del seme puote essere migliore e men buona, e la disposizione del seminante puote essere migliore e men buona, e la disposizione del Cielo a questo effetto puote essere buona, migliore e ottima (la quale si varia per le costellazioni, che continuamente si transmutano), incontra che de l'umano seme e di queste vertudi più pura (e men pura) anima si produce».

⁹ «Mentre ch'elli è nel primo ben diretto, / e ne' secondi sé stesso misura, / esser non può cagion di mal diletto; / ma quando al mal si torce, o con più cura / o con men che non dee corre nel bene, / contra 'l fattore adovra sua fattura» (Purg. XVII, vv. 97-102).

Gli influssi celesti interferiscono, semmai, con l'indole degli individui, non con le loro azioni.

Come ribadito nel canto VIII del Paradiso da Carlo Martello¹⁰, Dio ha disposto che i cieli infondano la loro virtù operativa sulla terra, provvedendo non solo all'esistenza degli esseri, ma anche alla realizzazione delle loro qualità, che dovrebbero esprimersi al meglio nella vita sociale. Per bocca di Carlo Martello Dante, fedele ai precetti aristotelici che individuano come prioritaria la dimensione civile dell'uomo¹¹, da premesse teologiche, di deduzione in deduzione, perviene a tematiche di moderna valenza pedagogica¹²:

*La circular natura, ch'è suggello
a la cera mortal, fa ben sua arte,*

differentiando opportunamente nella società ruoli e funzioni, *ma non distingue l'un da l'altro ostello* (Par. VIII, vv. 127-129).

*Ond'elli avvien ch'un medesimo legno,
secondo specie, meglio e peggio frutta;
e voi nascete con diverso ingegno.*
(Par. XIII, vv. 70-72)

S'infrange così quel determinismo ereditario, già sostenuto da S. Tommaso, secondo cui si escluderebbe la difformità tra generante e generato:

*Natura generata il suo cammino
simil farebbe sempre a' generanti,
se non vincesses il proveder divino.*
(Par. VIII, vv. 133-135)¹³

Esclusa anche l'incidenza della genetica sui comportamenti umani, che ruolo gioca la Fortuna nella vita terrena? Essa è *general ministra* (cfr. Inf. VII, v. 78) di Dio e, non più concepita come la capricciosa Dea bendata dell'età pagana, interviene tuttavia come forza occulta ed imprevedibile sugli *splendor mondani* (cfr. Inf. VII, v. 77), pur sempre conformandosi all'ordine universale. *Colui lo*

¹⁰ Carlo Martello (1271-1295), primogenito di Carlo II d'Angiò, morto prematuramente prima di potergli succedere, compare tra gli spiriti amanti del terzo cielo, quale emblema del principe perfetto animato dall'amore per i sudditi.

¹¹ Cfr. *Convivio* IV, 4, 2: «E però dice lo Filosofo che l'uomo naturalmente è compagnevole animale...».

¹² È la pedagogia psico-sociologica che studia l'interazione sociale del fanciullo (Dewey-Hessen, Ferriere, Decroy ed altri).

¹³ Cfr. anche *Purg.* VII, vv. 121-123 e *Convivio* IV, XX, 5: «il divino seme non cade in ischiatta, cioè in istirpe, ma cade ne le singolari persone».

cui saver tutto trascende (Inf. VII, v. 73) l'ha disposta quale intelligenza angelica sulla terra, come le altre gerarchie preposte al movimento dei cieli concentrici *questa provvede, giudica e persegue / suo regno* (cfr. Inf. VII, vv. 86-87) e, come essa esegue di *necessità* (cfr. Inf. VII, v. 89) rapidamente il suo mandato, così con la medesima velocità si determinano nella vita terrena mutamenti ed avvicendamenti; non si tratta di un cieco meccanicismo, ma di una predestinazione occulta, tale...

*che permutasse a tempo li ben vani
di gente in gente e d'uno in altro sangue,
oltre la defension d'i senni umani;
perch'una gente impera e l'altra langue,
seguendo lo giudicio di costei,
che è occulto come in erba l'angue.*
(Inf. VII, vv. 79-84)

Essa ci ammonisce sulla vanità del nostro orgoglio, sulla spocchiosa sicurezza che ci fa credere eterna la nostra condizione di vantaggio o perenni le nostre difficoltà. Se dunque la ragione umana non è in grado di comprenderne gli scopi e di resisterle in ogni modo, sua unica virtù può consistere nel tener conto di questa *...alterna / onnipotenza delle umane sorti*¹⁴, non *dandole biasmo a torto e mala voce* (Inf. VII, v. 93), poiché essa può solo favorire o ostacolare le azioni che rimangono prerogativa della persona.

Tante forze interagiscono e concorrono, dunque, al dispiegamento delle cose umane: la Provvidenza, grazie agli influssi astrali dall'alto e all'intervento della Fortuna dal basso, regolerebbe perfettamente la convivenza civile se non intervenisse il libero arbitrio, per cui uomini atti ad intraprendere la vita politica indossano l'abito religioso e ad altri inclini alla predicazione è invece assegnata la corona regale, *Onde la traccia vostra è fuor di strada* (Par. VIII, v. 148).

Dio vede ogni azione prima che sia compiuta, perché in Lui tutti i tempi sono presenti, ma ciò non significa che sia Lui a determinarla, così come il movimento di una nave, che discende giù per un torrente, non viene impresso dall'occhio che la guarda. La Prescienza divina non annulla la responsabilità del singolo, come dimostra Dante nei vv. 37-42 del XVII del Paradiso, perché si ha, comunque, la facoltà di scegliere se precipitare nel baratro dello stato ferino o se sublimarsi tra i cieli rotanti sino alla dimensione angelica; ciò che conta è che l'uomo sia sempre il «risultato del proprio atto»¹⁵. Allora, quando si può parlare di peccato e quando di reato? Per Dante gli esseri dotati di intelletto e volontà peccano quando la loro azione, infrangendo l'ordine prestabilito dal disegno divino, si limita a violare criteri morali e commettono peccato, ma

¹⁴ Cfr. UGO FOSCOLO, *Dei Sepolcri*, vv. 182-183.

¹⁵ E. GARIN, *L'Umanesimo italiano*, Laterza, Bari 1958, p. 124.

anche reato, quando la loro azione contribuisce alla corruzione sociale e la sovvertimento delle leggi.

Se gli uomini non fossero dotati di *libero arbitrio* si assoggetterebbero docilmente alle prescrizioni divine:

*E se 'l mondo là giù ponesse mente
al fondamento che natura pone,
seguendo lui, avria buona la gente*
(Par. VIII, vv. 142-144)¹⁶

mentre invece, allontanandosi dal corso provvidenziale, travisano la loro natura e corrompono la società: unico rimedio al disordine mondano sono le leggi, ma quand'anche esse esistano, occorre una guida che grazie ad esse garantisca la giustizia e la pace¹⁷.

Insignito *de l'alto lavoro* di trarre *il troppo e 'l vano* dalla sterminata mole delle leggi romane è nel poema Giustiniano, imperatore dell'Impero Romano d'Oriente dal 527 al 565, a cui il poeta conferisce particolare rilievo, attribuendogli un singolare monologo nel c. VI del Paradiso. Egli è l'emblema dell'imperatore ideale perché, affidate le armi al nipote Belisario e riconquistati in parte gli antichi territori della Romania, ricostituisce l'impero universale sotto l'egida dell'aquila romana, la quale, sostenuta dalla compilazione del *Corpus iuris civilis*, completato nel 533, diventa non solo simbolo del potere politico-militare, ma anche della Giustizia umana. Egli inoltre regge il potere assoluto in perfetta concordia con il magistero papale, dopo la sua provvidenziale conversione dal monofisismo all'ortodossia cristiana ad opera di Agapito I: questi tre elementi fanno di Giustiniano un anti-Costantino, colpevole di aver arbitrariamente invertito l'ordine storico voluto da Dio, trasferendo la capitale da Roma a Bisanzio, dilaniando così la tunica inconsutile dell'impero con la scellerata donazione al papa Silvestro, da cui origina il funesto temporalismo dei papi.

Per bocca sua l'ampia giunta, dedicata alla celebrazione della storia di Roma dalla fondazione sino al Sacro Romano Impero, fa di noi lettori i destinatari ideali di questa *lezione delle cose antiche*: la pace garantita dagli imperatori, condizione essenziale per il conseguimento della felicità terrena, si pone in antitesi con *l'esperientia delle cose moderne*, ossia lo scontro di potere che caratterizza l'attuale situazione politica a Firenze (cfr. Inf. VI), in Italia (cfr. Purg. VI) e in Europa (cfr. Par. VI, XIX), in cui faziosità intestine o municipalismi esasperati si oppongono alla sacertà dell'aquila imperiale, utilizzata dai Ghibellini per interessi privati e osteggiata dai Guelfi per smodata ambizione. L'analisi politica procede in climax: per sineddoche Firenze costituisce la parte per il tutto e nel suo piccolo raffigura il disordine civile che dilaga in tutto il Paese,

¹⁶ Cfr. *ibid.*, v. 105.

¹⁷ Cfr. *Convivio* IV, 9, 4-10 e *De Monarchia* I, 13.

ma nel c. VI del Purgatorio l'ironia del poeta trasfigura la sua squallida realtà in antifrasi; protagonista diviene demagogicamente *il popolo fiorentino che si argomenta* (v. 129), che *ha giustizia in cuore* (v. 130), e grida: «*I'mi sobbarco!*» (v. 135). Giustizia e leggi sembrano presiedere alla vita civile:

*Atene e Lacedemona, che fenno
l'antiche leggi e furon sì civili,
fecero al viver bene un picciol cenno
verso di te, che fai tanto sottili
provedimenti, ch'a mezzo novembre
non giugne quel che tu d'ottobre fili
(ibid., vv. 139-144).*

Ma l'ironia di questi versi non riesce a mascherare il dolore e l'amarezza di chi è in esilio, perché la Firenze *ricca, con pace e con senno* (v. 137), che a memoria d'uomo ha rinnovato *legge, moneta, officio e costume e ...membre* – ossia gli stessi cittadini! – (*ibid.*, vv. 146-147), è in realtà un'*inferma* (*ibid.*, v. 149), in cui *ogne villan che parteggiando viene* (*ibid.*, v. 126), ossia quella *gente nova* inurbata dal contado, forte di *subiti guadagni*¹⁸ osa opporsi sfrontatamente alla autorità legittima. La figura di Giustiniano compare indirettamente in questo canto del Purgatorio, all'esordio dell'accorata digressione, in cui Dante escogita la più cruda delle metafore poetiche, apostrofando l'Italia

*non domina provinciarum, sed meretrix:
Abi serva Italia, di dolore ostello,
nave senza nocchiere in gran tempesta,
non donna di provincie, ma bordello!
(ibid., vv. 76-78)*

Dante confida allora che sia l'Imperatore, a ripristinare la dignità dell'impero di Roma, di cui si fa provvidenziale reggitore, pur rimanendo devoto figlio della Chiesa; ed infatti il potere temporale da lui incarnato non riguarda la Chiesa né da essa deriva¹⁹ e come sostiene nel *Convivio* (IV, 9, 10):

E però è scritto nel principio del vecchio Digesto «*La ragione scritta – lo ius – è arte di bene e di equitate a questa... è questo ufficiale posto, di cui si parla, cioè lo Imperatore, ...Sicché quasi dire si può dello Imperadore, volendo lo suo ufficio figurare con una immagine, che egli sia il cavalcatore della umana voluntade. Lo qual cavallo come vada senza cavalcatore per lo campo assai è manifesto, e spetialmente nella misera Italia, che senza mezzo alcuno alla sua governazione è rimasa*».

¹⁸ Cfr. Inf. XVI, v. 73.

¹⁹ Cfr. *De Monarchia*, III, 13: «*Ecclesia non existente aut non virtuate, Imperium abuit totam suam virtutem*».

L'immagine del Convivio trova precisa rispondenza nel c. VI (cfr. vv. 88-89), in quella metafora del cavallo secondo la quale l'Italia *indomita e selvaggia* (v. 98) *per non esser corretta da li sproni* (v. 95), non ha un imperatore che ne inforchi *li arcioni* e ne occupi *la sella*; piuttosto, la *gente* che dovrebbe *esser devota* (v. 91) ne trattiene le briglie, incapace di domarla. L'Italia possiede, dunque, il morso delle leggi, ma non v'è *lo cavalcatore* che le amministri:

*Che val perché ti racconciasse il freno
Iustiniano, se la sella è vota?
"Sanz'esso fora la vergogna meno"
(Purg. VI, vv. 88-90)*

tuona con sdegno il poeta.

*Le leggi son, ma chi pon mano ad esse?
(Purg. XVI, 97)*

Nessuno al momento è in grado di farlo, secondo Marco Lombardo, poiché dalla morte di Federico II l'impero è tragicamente vacante e soprattutto l'autorità papale si è sovrapposta ed ha sostituito quella imperiale, insensibile al precetto evangelico del *Date a Cesare quel che è di Cesare*²⁰.

Colpevoli entrambi di esercitare male l'arbitrio loro assegnato da Dio, l'Imperatore pecca per *«poco di vigore»* ed il Papa per *«troppo di vigore»*; ma in più quest'ultimo, col suo esempio degenerare, ha la responsabilità di frastornare gli appetiti umani, inducendo le anime *semplicette* a cibarsi di quei beni mondani, di cui anche è ghiotta la loro guida spirituale. In forza di tali considerazioni, Dante sostiene indirettamente le posizioni filo-ghibelline e rivolge la sua polemica contro i *decretalistae*, i giuristi della Curia, che, pervertendo l'insegnamento della Chiesa, forniscono una giustificazione teoretica ai decreti dei Pontefici, attribuendo loro la stessa autorità della Sacra scrittura; l'ostilità è manifesta soprattutto contro il principio teocratico deliberato dalla bolla papale *Unam sanctam*, promulgata da Bonifacio VIII nel 1302, con cui si sancisce la *plenitudo potestatis*, ossia la legittimità di congiungere la spada col pastorale²¹.

Parafrasando il libro della Genesi, infatti, Dante dimostra nel III libro del *De Monarchia* che i *duo magna luminaria* biblici non sono affatto l'uno *maius* e l'altro *minus*, ossia l'uno brillante di luce propria e l'altro di luce riflessa, ma sono in realtà due soli, ciascuno dei quali, diversamente deputato alla felicità dell'uomo, è destinato *a menare dritto altrui per ogni calle* (cfr. Inf., I, v. 18).

Che le autorità universali tralignino per l'incapacità delle persone che le rappresentano o che si degradino per la cattiva gestione di una sola delle due

²⁰ Cfr. Luca XX, 25 e Matteo XXII, 21.

²¹ Cfr. Purg., XVI, vv. 109-110.

o di entrambe, secondo quanto sostiene il Nostro, comunque ciò non esime l'uomo, per sua natura un πολιτικόν ζῶον, dal contrastare con la dirittura del suo operato l'iniquità altrui:

*O milizia del ciel cu' io contemplo,
adora per color che sono in terra
tutti sviati dietro al malo esemplo!*
(Par., XVIII, vv. 124-126)

L'accorata supplica, rivolta dal poeta agli spiriti giusti, si conclude con l'accusa diretta a Papa Giovanni XXII che, a colpi di scomuniche ora comminate ora revocate per danaro, opera iniquamente e viola sia le leggi umane che quelle divine, piegando il diritto canonico ai propri interessi privati: la sua devozione, piuttosto che essere rivolta all'apostolato di Pietro e di Paolo, su cui si fonda la *vigna* della Chiesa, è riservata solo all'effigie del Battista, impressa sul fiorino di Firenze. In quegli stessi anni Dante, nell'*Epistola ai Cardinali*, si era scagliato contro i Curialisti per le giustificazioni addotte alla brama di danaro degli alti prelati, contrapponendo alla loro voracità la proverbiale povertà francescana: «*illi Deum quaerebant ut finem et optimum; isti census et beneficia consecuntur*» (Ep. XI,16); nel XII canto del Paradiso, indicando espressamente *Ostiense* e *Taddeo*²² in contrapposizione a San Domenico, punta il dito sul mondo accademico di Parigi e Bologna, perché in quelle Università dagli studi di diritto canonico, teologia e filosofia si traevano vane prebende e illecito denaro. L'unico decretalista a condannare l'ingordigia dell'intera istituzione ecclesiastica e per questo innalzato tra gli spiriti sapienti nel cielo del sole, è il giurista Graziano²³, «*che l'uno e l'altro foro / aiutò sì che piace in paradiso*» (cfr. Par. X, vv. 104-105), mediatore tra il Diritto civile (*hominis ad hominem*) e quello canonico (*hominis ad Deum*), con cui si stabilisce definitivamente il connubio tra Ragione e Fede.

²² Cfr. Par. XII, vv. 82-84. Il primo, Enrico di Susa (m. 1271), maestro nelle Università di Bologna e Parigi, fu cardinale e vescovo di Ostia. La sua grandezza vera è però nell'opera di giurista, che si esprime in due grandi commenti al *Decreto* di Graziano e alle prime decretali, la *Summa super titulis decretalium*, che ebbe l'epiteto elogiativo di *Aurea*, e la *Lectura*. Il secondo, Taddeo degli Alderotti (1223-1295), fondatore della scuola medica di Bologna e filosofo, fu uno fra i primi e più attendibili traduttori di Aristotele, a tal punto da essere definito da Dante "ippocratista". Amico di Corso Donati, per lui compose un libro *Sulla conservazione della salute*.

²³ Graziano (Chiusi 1075/80 - Bologna 1147/48) è autore del cosiddetto *Decretum Magistri Gratiani* o *Concordia discordantium canonum*, con cui, mettendo ordine nei canoni contrastanti della Chiesa, si realizza un codice che contempera il codice civile e quello canonico. Tale lavoro costituisce il fondamento del *Corpus Iuris Canonici*, abrogato soltanto nel 1917 dal *Codex Iuris Canonici*, testo base per l'insegnamento di una scienza nuova, ovvero il diritto canonico indipendente dalla teologia.

Non meno affamati dei chierici, i re della terra, Alberto d'Asburgo di Germania, Filippo IV il Bello di Francia, Roberto Bruce di Scozia e Edoardo I d'Inghilterra, Ferdinando IV di Spagna e Venceslao IV di Boemia, Carlo II d'Angiò di Napoli e di Gerusalemme, Federico II d'Aragona di Sicilia, Giacomo di Maiorca e Giacomo II di Sicilia e di Aragona, Dionisio l'Agricola di Portogallo e Acone VII di Norvegia, Stefano Urosio II di Jugoslavia, tutti bestiali e forsennati, *fal-seggiando la moneta* (cfr. Par. XIX, v. 119), tratteggiano uno spaccato inquietante dell'Europa medievale, ove conflittualità secolari sembrano ricomporsi in un equilibrio solo apparente che ruota intorno alla più sfrenata cupidigia. Preda della concupiscenza anche i principi negligenti nella *Valletta* dell'antipurgatorio, tentati al calar del sole dalla *mala striscia* perché, immersi nelle loro meschine contese, furono sordi alle ammonizioni di Dio e dimentichi dei *duo remedia* concessi per guidare l'uomo nell'itinerario parallelo terreno e celeste.

Quindi per Dante le leggi di ispirazione divina dovrebbero essere inviolabili, date *ab aeterno*, affidate a principi e magistrati, che, in quanto custodi e amministratori del Diritto, dovrebbero ricoprire una funzione elitaria, garanti dell'ordine universale. Ciò però non accadeva ai tempi del poeta e non accade forse neanche ai nostri giorni per il velleitarismo, per i personalismi, per l'avidità delle istituzioni preposte alla gestione della Politica e della Giustizia. «Lo scarto tra ciò che impropriamente si pretende dalla giustizia e ciò che questa può garantire si riflette, poi, persino sul modo d'interpretare e applicare la legge. Capita sempre più spesso, infatti, che la magistratura, anche nel suo vertice di legittimità [...] risolva i problemi dando vita ad una «giurisprudenza legislativa [...] Quando la formulazione lessicale viene considerata plastilina linguistica tra le dita dell'interprete, che può modellarla alla bisogna, questi non applica la norma, la forgia»²⁴.

È inevitabile, allora, che risuoni perentorio il monito degli spiriti giusti *Diligite iustitiam qui iudicatis terram* ed è comprensibile che lo stupore di Dante si accresca quando tutte le luci sante concentrate nell'ultima lettera, la *M* di *terram*, gradatamente ne modificano la forma, aggiungendole un apice sulla sommità a formare *la testa e 'l collo d'un'aguglia* (Par. XVIII, v. 107).

Altre anime completano la metamorfosi, sagomando uno stemma araldico: l'immagine che ne deriva è fortemente simbolica, poiché sovrappone alla *M* di Monarchia l'aquila, simbolo universale della Giustizia umana. All'aquila beata Dante affida la risoluzione definitiva di una *question* teologica *che lungamente l'ha tenuto in fame* (cfr. Par. XIX, v. 26), ossia l'imperscrutabilità della giustizia divina. Essa nasce dall'*infinito eccesso* della *Ratio* celeste, per cui ogni natura generata è *corto recettacolo a quel bene / che non ha fine e sé con sé misura* (*ibid.*, vv. 50-51); pertanto l'occhio umano scorge soltanto la superficie della *giustizia sempiterna* senza riuscire a coglierne la profonda verità.

²⁴ Glauco Giostra (docente ordinario di Procedura penale presso la Sapienza di Roma), in *La lettura*, «Corriere della sera» del 23 novembre 2014.

Così dalla dissertazione delle anime giuste scaturisce l'inquietante dilemma:

*Un uom nasce a la riva
de l'Indo, e quivi non è chi ragioni
di Cristo né chi legga né chi scriva;
e tutti suoi voleri e atti buoni
sono, quanto ragione umana vede,
senza peccato in vita o in sermoni.
Muore non battezzato e senza fede:
ov'è questa giustizia che 'l condanna?
Ov'è la colpa sua, se ei non crede?*
(Par. XIX, vv. 70-78)

Il problema era già stato affrontato dal poeta quando aveva scelto di collocare nel Limbo, il primo cerchio dell'inferno, gli *spiriti magni*, non battezzati, ma meritevoli per aver operato secondo virtù: tra di essi i grandi personaggi del mito e della storia, i fondatori della filosofia, della matematica, della medicina, della musica, dell'astronomia, senza differenze di valore e di credo²⁵. La loro condizione è solo apparentemente privilegiata rispetto agli altri dannati, poiché essi abitano l'unico andito illuminato nella tenebrosa cavità sotterranea, proprio in virtù della loro magnanimità e della loro fama intellettuale, ma soffrono comunque di una dolorosa sospensione dalla grazia, che è *carentia divinae visionis*, per cui *senza speme* di poter vedere Dio, vivono nell'incessante desiderio di Lui: pertanto la grandezza che ogni essere umano può raggiungere con le sue doti intellettuali e pragmatiche non è sufficiente, se non supportata dalla fede, a garantirgli la salvezza, anche se ciò può apparire incomprensibile secondo un criterio umano.

Quanto allora l'ardua Giustizia che punisce gli *spiriti magni* si deve avventare contro gli ignavi che, mancanti contro la Giustizia umana, meritano di subire la punizione divina! Ma, se non si salverà chi non ha creduto in Cristo venturo né in Cristo venuto, è certo che i molti cristiani a parole saranno assai meno vicini a Cristo nel giorno del Giudizio dei tanti pagani infedeli.

Così prorompe l'Aquila indignata nella perorazione finale:

*Or tu chi se', che vuo' sedere a scranna,
per giudicar di lungi mille miglia
con la veduta corta d'una spanna?*
(*ibid.*, vv. 79-81)

²⁵ Col solito criterio atemporale Elettra, Ettore, Enea, Cesare, Cammilla, Pantasilea, il re Latino, Lavinia, Bruto, Lucrezia, Iulia, Marzia, Coniglia, Aristotele, Socrate, Platone, Democrito, Diogenes, Anassagora, Talete, Empedocles, Eraclito, Zenone, Dioscoride, Orfeo, Tullio Cicerone, Lino, Seneca, Euclide, Tolomeo, Ipocrate, Galieno condividono lo stesso habitat e la stessa dimensione ultraterrena; con questi il Saladino, Avicenna e Averroè, noti esponenti del mondo arabo, dimostrano la libertà culturale dell'autore. Paradigmatico è che da questo luogo venga salvato *Moisè, legista e ubidente*, grazie all'intervento di Cristo.

Nonostante ciò la volontà di Dio, inflessibile nell'erogare la pena corrispondente per analogia o per contrasto con la colpa commessa, secondo la nota legge del contrappasso, può essere piegata dall'ardente carità e dalla inesauribile speranza di chi a Lui rivolge la sua preghiera, concedendo una ricompensa più grande di quella richiesta, poiché la Giustizia divina è misericordiosa²⁶: nessuno può sapere chi sono *li eletti*, né i *mortali* né i beati che pure vedono la verità direttamente in Dio.

La salvezza di Dante, ad esempio, è stata propiziata da una staffetta di *tre donne benedette* operanti nella corte del cielo in suo favore: esse scandiscono la successione delle tre fasi allegoriche della grazia preveniente, Maria, capace di frangere il duro giudizio di Dio con la sola efficacia della sua carità, la grazia illuminante, Lucia, e cooperante, Beatrice.

Nel canto successivo l'aquila esorta il poeta a *fisamente riguardar* (v. 33) il suo occhio, costituito da anime eccellenti: quella che brilla nella pupilla è David, autore dei salmi ispirati da Dio e custode dell'Arca santa, premiato per il messaggio sapienziale dei suoi inni, a fondamento della futura Ecclesia. Altre cinque modellano il ciglio: Traiano, famoso per aver fatto giustizia alla *vedovella* (v. 45); Ezechia, re di Giuda, che implorò Dio di allontanare da lui lo spettro della morte, ottenendo di vivere altri quindici anni; Costantino che, pur animato da intenti di giustizia nei confronti della Chiesa e dell'Impero, *fè mal frutto* (v. 56); Guglielmo II d'Altavilla, *giusto rege* di Sicilia (v. 65), tanto apprezzato dai contemporanei da essere soprannominato il Buono; quinto splendore, il troiano Rifeo che, citato più volte nell'*Eneide*, lo stesso Virgilio definisce *iustissimus unus / Qui fuit in Teucris et servantissimus aequi*. «*Che cose son queste?*» (v. 82), esplode Dante meravigliato: se Davide, Ezechia, Guglielmo il Normanno hanno creduto rispettivamente in Cristo venturo e venuto, come giustificare la beatitudine dei due pagani Traiano e Rifeo e dell'imperatore Costantino, colpevole di aver stravolto il disegno di Dio? Ciò avviene perché la giustizia divina è insondabile, capace di elevare tra i giusti persino Costantino, nonostante che *'l mondo sia distrutto dal suo bene operar* (cfr. Par. XX, vv. 59-60); e perché essa *violenza pate / da caldo amore e da viva speranza* (*ibid.*, vv. 94-95), per cui Traiano, risuscitato dal Limbo per le preghiere di Gregorio Magno e convertitosi al cristianesimo, può miracolosamente assurgere alla beatitudine, mentre Rifeo, *per grazia* (v. 118) in virtù del suo amore per la giustizia concepì la rivelazione futura, le credette e, ripudiando il paganesimo, acquisì le virtù teologali. L'Aquila ammonisce: *E voi, mortali, tenetevi stretti / a giudicar...* (cfr. *ibid.*, vv. 133-134); unica *soave medicina* (v. 141) è accettare la volontà di Dio: *che quel che vole Iddio, e noi volemo* (*ibid.*, v. 138).

Nella visione teologica di Dante la predestinazione altro non è che l'impene-trabilità della Provvidenza divina, *...che governa il mondo / con quel consiglio*

²⁶ Cfr. Par. XX, vv. 94-99.

nel quale ogni aspetto / creato è vinto pria che vada al fondo (cfr. Par. XI, vv. 28-30); così anche la *vendetta*, che oscura sembra abbattersi sugli uomini, altro non è che il *giusto giudizio* (cfr. Purg. VI, v. 100) di Dio, come l'etimo della parola denuncia: *vindex dicare*, farsi riscattatore, cioè redimere. Agli uomini spetta non di indagare sull'operato di Dio, ma di applicare con rigore le leggi che Egli ha dettato, inequivocabili nella loro perspicuità.

Al contrario, guardando alla storia passata e a quella attuale, l'oscurità della Giustizia umana risiede nella arbitraria interpretazione delle leggi che, quasi gride manzoniane, si susseguono nel tempo arricchite e modificate da articoli e commi, soggetti ad esegesi cavillose e contrastanti, tali da determinare infinite lungaggini burocratiche e incertezza di giudizio. La risposta giudiziaria risulta, quindi, tardiva e perdente paragonata al processo allestito dai media dinanzi al tribunale dell'opinione pubblica, apparentemente più trasparente, più indipendente, più immediato. «Vi è qualcosa di persino più grave della crisi della giustizia... la crisi di fiducia nella giustizia»²⁷.

Di conseguenza la Giustizia umana si rivela più inafferrabile di quella divina; se invece applicassimo il motto *sub lege libertas*, otterremmo il primato della ragione, la priorità delle leggi e la supremazia della giustizia.

Abstract

Dante, by his theological vision of reality, traces a trinitarian hierarchy of Justice. From a pure divine idea, Justice becomes concrete in the "ius gentium", a kind of juridical ratio that governs human behavior, only inspired by inner moral criteria. Lay people, instead, proceed in the opposite direction, recognizing the individual actions as the consequence of the free will (not considering the implication of external elements). They state the necessity for the legal rules to be at the basis of the civil community in the hope of the existence of an unconditioned Justice, overcoming the limits of the human intellect and the historical circumstances.

²⁷ Cfr. nota n. 25.

Recensione a *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano* di Guido Calabresi*

Michele Marchesiello

Sommario

Le tre lezioni tenute da Guido Calabresi all'università di Macerata sono un'importante occasione per aiutare i giudici italiani a riflettere sulla loro vocazione in una società che cambia tumultuosamente. Ebreo italiano, naturalizzato americano, divenuto uno dei più prestigiosi giuristi statunitensi, egli stesso un giudice d'appello, Calabresi descrive il lavoro del giudice come "mestiere" caratterizzato da una "creatività modesta", che comporta un continuo rimodellamento del diritto. Il "mestiere di giudice" comporta la chiarezza del linguaggio, il rifiuto di una esasperata specializzazione, il continuo riferimento ai principi costituzionali: nel caso americano, in particolare, al principio dell'*equal protection of the laws* e a quello del *due process of law*. Grazie alla Costituzione, il giudice americano non è mai – o quasi mai – impotente di fronte alla legge manifestamente ingiusta.

Quando si vogliono affrontare temi davvero seri, conviene farlo cominciando col parlare d'altro.

Questa affermazione vale in particolare per il libriccino di Guido Calabresi, intitolato *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano* contenente le "*Alberico Gentili Lectures*", tenute nel 2012 all'università di Macerata dall'illustre giurista ed egregiamente curate da Benedetta Barbisan.

Cosa può dire a un giudice italiano chi, nel titolo, si definisce "accademico", per di più "americano"?

Guido Calabresi, in realtà, non è propriamente né del tutto americano né del tutto accademico. È rimasto italiano, sino al midollo ("noi italiani..." gli scappa da dire; il giorno in cui dovette comparire davanti al Senato per la conferma della nomina a giudice era lo stesso della partita Italia-Messico per i mondiali di calcio, che si disputava proprio a Washington e alla quale Calabresi avrebbe voluto "disperatamente assistere").

Dal 1994, inoltre, dopo una straordinaria carriera accademica, è giudice nella *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit*.

Lo scopo di questa recensione non è dunque quello di tessere l'elogio – o la critica – delle tre lezioni "magistrali" tenute da Calabresi sotto la forma di conversazione con gli studenti italiani, ma – piuttosto – di cercare cosa Calabresi può dire anche ai giudici (o agli aspiranti giudici) di casa nostra circa la loro vocazione specifica, approfittando dell'esperienza straordinaria che la sua vicenda

* G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Il Mulino, Bologna 2014.

di ebreo italiano, costretto ad abbandonare la patria in fuga dal fascismo, gli ha permesso di vivere. In questo senso ciò che egli ci dice dal punto di vista del giudice-giurista americano può in gran parte essere preso a esempio di quello che dovrebbe (e forse potrebbe) essere anche il modello di giudice italiano.

L'autore parla insomma di un mondo "altro", per parlare del nostro mondo.

A cominciare dal suo voler descrivere il lavoro del giudice come "mestiere": termine per niente riduttivo o dettato da falsa modestia, ma corrispondente all'aspetto fondamentale che deve caratterizzare il lavoro giudiziario: quello che l'autore definisce della "creatività modesta" e in gran parte artigianale di cui il buon giudice è chiamato a dare prova.

Egli scrive a questo proposito:

«Non si tratta di un giudice che crea il diritto tutto da sé – il che sarebbe un gravissimo errore – né di un giudice del tutto impotente. Il suo è piuttosto un ruolo che definirei *modesto ma creativo*» (corsivo mio) (p. 16).

E ancora: «non si tratta né di una creazione assoluta e solitaria, tutta imputata ai giudici, né di una creazione del tutto marginale, quanto piuttosto di un'opera incessante – talvolta ardita, altre volte modesta – *di rimodellamento del diritto* [...] Non sarà difficile comprendere quali responsabilità gravino sulle spalle dei giudici e quale *solidità di mestiere* si chieda loro (corsivi nostri)».

Cosa deriva da questo essere "mestiere" del lavoro di un giudice?

Prima di tutto, Calabresi mette in guardia contro il rischio sempre presente del narcisismo.

Il giudice deve essere consapevole del fatto che non a lui spetta stabilire cosa sia giusto in assoluto (dove "giusto" vorrebbe coincidere con "vero"), ma, piuttosto, che sua missione specifica è quella di sapersi misurare – con l'ausilio del suo mestiere e del suo "spessore giuridico e umano" – con tutto ciò – ed è tanto – che non è giusto:

«dalla piccola, minuscola, banale ingiustizia quotidiana fino ai drammatici risvolti di una legge che dà prova di essere moralmente ingiusta», come quella che prevede la pena di morte.

Quello del narcisismo è il peccato più grave in cui un giudice possa incorrere, soprattutto quando scrive una sentenza e – così facendo – pronuncia la legge del caso concreto.

In questo senso, ammonisce Calabresi, per scrivere una sentenza «bisogna cercare di scriverla bene» (p. 31), che vuol dire prima di tutto con onestà intellettuale.

"Scrivere bene" una sentenza non significa, o non si esaurisce nello scrivere con eleganza, arguzia, sapienza giuridica. Il dovere di un giudice non è quello di scrivere bene (come non è quello di scrivere "la" giustizia) ma di scrivere ciò che è giusto nel caso che gli è sottoposto. Il che significa, prima di tutto, rendere la propria decisione comprensibile alle parti e a quanti – alla ricerca di un precedente – continueranno a leggerla nel futuro. Scrivere chiaramente e con lucidità è quello che conta, come accade solo quando si è veramente capito

di cosa si tratta: se poi un giudice, al pari del grande Cardozo, ha spiccate doti letterarie, tanto di guadagnato.

Ma c'è un secondo aspetto essenziale che Guido Calabresi riconduce al mestiere di giudice: egli non può mai essere o divenire uno "specialista" (quello che i tedeschi chiamano *Fach-idiot*), rinchiuso e prigioniero dentro un sistema di saperi tanto esclusivi quanto minuscoli.

Il giudice americano è in questo senso "generalista" per eccellenza. I giudici della Corte d'Appello Federale cui appartiene Calabresi, in particolare, devono conoscere di ogni branca del diritto: civile, penale, amministrativo, costituzionale ed essere pronti, da bravi artigiani, a far fronte a ogni tipo di questione giuridica, senza per questo condannarsi alla superficialità o all'irrelevanza: da buoni artigiani, appunto.

L'essere "generalista" di un giudice si collega a due esigenze principali, particolarmente sentite nell'ordinamento giudiziario e costituzionale americano: quella della chiarezza del linguaggio (il *plain language* è divenuto negli Stati Uniti un vero e proprio obbligo per la pubblica amministrazione), ma – soprattutto – quella dell'indipendenza del magistrato.

Sotto il primo profilo, è evidente che il dovere della chiarezza espositiva e argomentativa contrasta con ogni forma esasperata ed esoterica di specialismo. I giudici di primo grado devono rendere comprensibili le loro sentenze per le parti, il pubblico e i colleghi delle corti "superiori", i quali ultimi – a loro volta – devono adempiere allo stesso obbligo in vista del fatto che le loro pronunzie sono destinate a costituire un precedente vincolante per le corti "inferiori". Qualunque forma di specializzazione, in questo senso, comincia e spesso si esaurisce con l'escludere da sé una conoscibilità diffusa. Questo ha evidentemente a che fare con l'intrinseca democraticità di qualunque sistema di giustizia e il suo necessario far capo a principi generalissimi di costituzionalità. Accessibilità della giustizia significa non solo possibilità di adire un giudice imparziale, ma anche comprensibilità e chiarezza delle sue pronunzie.

Il secondo profilo mette in evidenza una peculiarità del sistema americano di designazione dei giudici, statali e federali. I primi vengono di massima eletti, i secondi sono sempre nominati da Presidente e confermati dal Senato. In un caso come nell'altro, la specializzazione indurrebbe i vari gruppi di potere, lobby o corporazioni a far cadere la scelta sul candidato "specialista" più vicino ai propri interessi. Solo in ragione del fatto che tutti i giudici hanno competenze generali, sostiene Calabresi, questa degenerazione viene scongiurata. L'esempio della sua nomina alla Corte d'Appello del Secondo Circuito ne è una prova. A Calabresi, che aveva dedicato una vita di studi e insegnamenti alla materia dei *torts* (responsabilità civile) nessuno chiese, in occasione dell'audizione in Senato per la sua conferma, cosa pensasse in tema di singole questioni concernenti i *torts*. Molto più rilevante era sapere cosa egli pensasse su questioni concernenti l'antitrust, l'aborto, la libertà di espressione o la pena di morte.

I senatori gli fecero domande più che influenti, addirittura futili. Qualcuno parlò bene di sua moglie (i cui antenati erano stati tra i primi a sbarcare dal Mayflower) e un senatore del Missouri, suo studente a Yale, disse semplicemente «Non parlerò di lui come intellettuale, non ne parlerò come accademico, né come preside né come potenziale giudice: dirò solo che è mio amico».

«Questo fu quanto.» – conclude Calabresi – «Non mi chiesero niente di un mestiere di cui avrei dovuto imparare tutto».

«Che la nostra competenza, una volta diventati giudici, sarà generale, fa sì che anche il sistema di scelta sia un sistema generale, di idee, di principi, e non di come si deciderebbe un caso specifico in una materia specifica» (pp. 28-29).

Questo argomento, a prima vista così legato alla peculiarità del sistema americano, può rivelarsi altrettanto valido per noi italiani.

Anche nel nostro ordinamento, se non in modo così vistoso, i giudici saranno chiamati a pronunziarsi, nel corso della loro carriera, sulle questioni giuridiche più complicate e diverse, appartenenti ai rami del diritto più esasperatamente specialistici. Solo l'essere inguaribilmente "generalista" consentirà al giudice di porsi di fronte a quei problemi con animo e curiosità liberi da preconcetti, condizionamenti, pigrizie intellettuali.

Ed è proprio in base alla presunzione generalista che, nelle Corti americane, i processi vengono assegnati random dai funzionari delle Corti stesse, evitando così assegnazioni pilotate ma – al tempo stesso – favorendo lo scambio di informazioni e la cooperazione tra i giudici.

Un altro argomento attraversa tutte e tre le conferenze di Guido Calabresi, ed è quello del rapporto del giudice con la legge, che per lui deve essere allo stesso tempo – forse paradossalmente – strumento e risultato, mezzo e fine.

L'origine marcatamente "costituzionale" della democrazia americana, ha comportato in quel Paese una spiccata diffidenza nei confronti della legge scritta, avvertita come il retaggio di una concezione europea e francese, che faceva dell'Assemblea Generale l'organo legiferante investito di un potere quasi assoluto. Di proposito – quindi – i *Founding Fathers* vollero rendere estremamente macchinosa la produzione delle leggi ordinarie, che venne caricata – così Calabresi – di «costi di transazione *politici*» al preciso scopo di rendere dispendiosa e onerosa quella produzione, impedendo la moltiplicazione e la confusione delle leggi scritte (p. 52).

La situazione è assai mutata da allora. In un suo saggio di alcuni anni fa, *The Death of Common Sense*¹, Philip Howard denunciava che le leggi stavano "soffocando" gli Stati Uniti, uccidendo il *common sense* e il sentimento stesso – così americano – della responsabilità individuale. Il sistema delle leggi mantiene comunque, ancora oggi, una sua tipica "anelasticità", una rigidità che

¹ P.K. HOWARD, *The Death of Common Sense. How Law is Suffocating America*, Warner Books, New York 1994.

l'iperproduzione legislativa rende sempre meno leggibile e in grado di armonizzarsi con il *common sense*.

Il ruolo del giudice – osserva Calabresi – è appunto quello di sopperire a questa “anelasticità”, dotando il sistema giuridico di una adattabilità altrimenti difficile a realizzarsi tra le fonti scritte e la realtà dei rapporti giuridici.

Il giudice è dunque, sempre più, il mediatore (in questo senso “creativo”) tra le fonti scritte (ogni giorno più numerose e pervasive) e le situazioni della vita sociale che, frequenti e convulse, si rivolgono al diritto perché dia loro “la regola”.

Il fatto è che la legge, ogni legge, produce o mantiene immancabilmente dei “residui” di ingiustizia, con i quali il giudice è altrettanto immancabilmente costretto a misurarsi. Sulla scia della legge, anche ogni sentenza rischia di lasciare dietro a sé una zona oscura, residuale, in cui può annidarsi l'ingiustizia.

Questa situazione si presenta quasi sempre come lo scontro – apparentemente insanabile – tra principio di eguaglianza (*equal protection of the laws*) che assicura a ogni cittadino la protezione dei suoi diritti da parte della legge, su un piano di effettiva eguaglianza, e principio del *due process of law*, che tutela la libertà individuale nei confronti delle aggressioni o delle limitazioni che ad essa possono essere portate in nome di un interesse dello Stato. Entrambi i principi sono enunciati nel XIV Emendamento della Costituzione americana, in base al quale «Nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà o delle sue proprietà, senza *due process of law*, né rifiuterà ad alcuno, nell'ambito della sua sovranità, la *equal protection of the laws*».

Compito del giudice è affrontare questo dissidio con gli strumenti del “mestiere” e quello che Calabresi chiama il suo “spessore giuridico e umano”. Il metodo additato è il metodo del dialogo: dialogo che il giudice deve intrattenere e fare intrattenere non solo tra le parti, ma anche tra gli interessi in campo, le norme e le fonti regolatrici sia sul piano sostanziale che su quello processuale, gli orientamenti e i precedenti giurisprudenziali formatisi attraverso il tempo e, anche, sotto la spinta dei tempi. Saper orchestrare il dialogo, o questo intreccio spesso complicato e apparentemente inestricabile di dialoghi è – per l'autore – compito principale del giudice, quello nel cui esercizio egli può dimostrare di essere veramente all'altezza, o “degno” del suo compito.

Secondo Calabresi (il quale corrobora questa sua convinzione attraverso un confronto tra due sentenze che – in base, l'una, a considerazioni di *equal protection* e, l'altra, in termini di *due process* – sono arrivate a una stessa valutazione di incostituzionalità di leggi statali che incriminavano il suicidio assistito dal medico), quello dell'*equal protection* è di norma un criterio costituzionale più propenso al dialogo di quanto non lo sia quello del *due process*. Quest'ultimo afferma recisamente una priorità che limita o addirittura conculca la libertà di alcuni, garantiti solo sul piano formale del rispetto delle regole e delle procedure prescritte. L'*equal protection* è meno “oppositiva” e più incline, attraverso il metodo del dialogo, alla ricerca d'un equilibrio tra le posizioni in conflitto,

che lasci intatto, o comunque non comprometta in modo irreparabile il principio fondamentale dell'eguaglianza.

Si pone a questo punto – ed è l'argomento dell'ultima delle tre conferenze – il tema della legge intrinsecamente ingiusta, individuata da Calabresi nella legge che commina la pena di morte.

Diciamo subito che il tema della pena di morte non appassiona particolarmente né tormenta il giudice o il giurista continentali di *civil law*. La pena capitale – si può ben dire – è stata radicalmente estirpata dalla loro cultura giuridica, al punto che per loro è divenuta addirittura impensabile l'ipotesi di dover condannare a morte un essere umano (oggi anche un animale). Si giustifica così la perplessità che ci coglie nell'immaginare come un giudice possa risolvere il dissidio tra l'applicazione di una legge dis-umana e il rispetto assoluto e incondizionato per la vita di una persona. Lo stesso Calabresi non sembra in grado di dare una risposta o indicare una via di uscita che non sia quella – abbastanza pilatesca – della *dissenting opinion*.

Ci pare comunque di poter dire, a questo riguardo, che la soluzione venga comunque indicata dalla Costituzione (quella americana in particolare, che con l'ottavo emendamento vieta siano inflitte al condannato «pene crudeli e inconsuete»), senza porre il giudice di fronte all'alternativa di dare le dimissioni.

Grazie alla Costituzione, il giudice non è mai, o quasi mai, impotente di fronte alla legge manifestamente ingiusta.

Molto più interessante, piuttosto, è la conclusione di Calabresi quando il problema, e il dilemma, investono non una singola legge reputata ingiusta, ma un contesto ordinamentale (come quella nazista, fascista o stalinista) complessivamente e innegabilmente ingiusto. In questo caso Calabresi, e noi con lui, crede che il giudice abbia il dovere, l'obbligo morale di «diventare un rivoluzionario» (p. 107), anche se il suo mestiere, in quelle condizioni, diventa pericolosissimo, lasciando come unica alternativa quella dell'uscita dal sistema stesso.

«In un coteo totalitario, contrario alla dignità dell'uomo, mi augurerei da giudice [...] di essere capace di continuare a svolgere il mio mestiere offrendo un completo ostruzionismo a tutte le leggi ingiuste di quel Paese, pur di minare dall'interno il regime» (p. 108).

«Per mia grande fortuna – continua Calabresi – gli Stati Uniti sono un Paese pieno di difetti, del resto come quasi ogni altra nazione [...] ma, nell'insieme, dono disposto ad ammettere che gli Stati Uniti siano un Paese per lo più giusto».

In questo “per lo più” si condensa la sola risposta possibile al problema – per il resto irrisolvibile – del rapporto di un giudice con la legge ingiusta.

Ogni giudice – in ultima analisi – dovrebbe sentirsi tormentato dalla propria decisione, non solo prima, ma soprattutto dopo averla presa. Non è un caso che Calabresi stesso, da giudice, abbia sentito la necessità di scrivere a un condannato in seguito riconosciuto innocente, spiegandogli di aver cercato in ogni modo, ma inutilmente, di impedire la sua condanna. L'interessato, riconosciuto innocente dopo avere scontato diciassette anni di carcere, doveva essere un

santo per rispondergli che lui – il giudice – non aveva fatto altro che il suo lavoro in base alle prove raccolte. Diversamente da quell'altro condannato a una pena detentiva molto lunga, il quale – al giudice “pentito” che l'era andato a trovare in carcere per chiedere scusa – guardandolo dritto negli occhi rispose con una parola di quattro lettere.

Il realtà, ed è questa la conclusione di Calabresi, per il giudice onesto non c'è che una sola certezza: «Si fa il proprio meglio e si chiede perdono».

Abstract

The three lectures held by Guido Calabresi at the Università di Macerata are a precious occasion to help Italian judges to consider their specific vocation in an often disorderly changing society. An Italian Jew and a self labeled 'refugee' in the U.S., he becomes one of the most distinguished American legal scholars. He himself an appellate judge, Calabresi describes the work of a judge as a 'mestiere' (handicraft), characterized by a 'modest creativity', implying an uninterrupted re-modeling of the law. The 'mestiere di giudice' requires clarity of language, refusal of excessive specialization, a continuous recalling to constitutional principles: in the American case, in particular, to the 'equal protection of the laws' and the 'due process of law' principles. Thanks to the Constitution, the American judge is never – or almost never – powerless when confronted with a manifestly unjust law.

Notizie sugli autori

Federigo Bambi

Professore associato di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università degli Studi di Firenze.

Amelia Bernardo

Avvocato in Poitiers (FR).

Aldo Bulgarelli

Già Presidente del CCBE.

Brunella Bruno

Docente di italiano e latino. Consigliere della Società Dante Alighieri ed autrice di testi sulla *Commedia*.

Carlo Calvieri

Professore associato di diritto costituzionale e di diritto pubblico dell'economia all'Università di Perugia.

David Cerri

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

Paolo Doria

Avvocato in Vicenza. Professore a contratto in Diritto civile presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università degli Studi di Padova e Responsabile didattico della Scuola di formazione forense "Enrico Schiavo" dell'Ordine degli Avvocati di Vicenza.

Elisabetta Ferrarini

Docente di italiano e latino. Consigliere della Società Dante Alighieri ed autrice di testi sulla *Commedia*.

Michele Marchesiello

Magistrato.

Alarico Mariani Marini

Avvocato in Perugia. Vice Presidente della Scuola Superiore dell'Avvocatura.

Andrea Pisani Massamormile

Avvocato in Napoli. Docente di Diritto privato presso l'Università di Napoli Orientale.

Paolo Moro

Avvocato in Pordenone. Professore Straordinario nell'Università degli Studi di Padova, Sede di Treviso, direttore della Scuola Forense di Pordenone e del CERMEG (*Centro di ricerca sulla metodologia giuridica*).

Stefano Racheli

Già Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Roma. Componente del Comitato Scientifico della Scuola Superiore dell'Avvocatura.

Lucia Tria

Magistrato presso la Corte Suprema di Cassazione e componente della Direzione scientifica della rivista *Cultura e Diritti*.

Raffaella Veniero

Avvocato in Napoli. Responsabile della Fondazione dell'Avvocatura Napoletana.

Finito di stampare nel mese di giugno 2015
da Tipografia Monteserra S.n.c. - Vicopisano
per conto di Pisa University Press