

## **CULTURA E DIRITTI**

|            |
|------------|
| <b>1/2</b> |
|------------|

|             |
|-------------|
| <b>2016</b> |
|-------------|



# CULTURA E DIRITTI

## PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

**SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA**  
*FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE*

**rivista quadrimestrale • anno V • numero 1/2 • gennaio-agosto 2016**

P  S A  
UNIVERSITY  
PRESS

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

340.05 (22.)

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

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

### **Scuola Superiore dell'Avvocatura**

Fondazione del Consiglio Nazionale Forense

Piazza dell'Orologio, 7 - 00186 Roma

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

Sito web: [www.scuolasuperioreavvocatura.it](http://www.scuolasuperioreavvocatura.it)

#### **Condirettori**

Andrea Mascherin e Salvatore Sica

#### **Direttore responsabile**

Salvatore Sica

#### **Comitato scientifico**

Fabio Addis, Gabriella Elvira Autorino, Francesco Cardarelli, Paolo Carbone, Renato Clarizia, Rosanna De Nictolis, Gianluca Maria Esposito, Andrea Federico, Marzia Ferraioli, Giuseppe Franco Ferrari, Alberto Gambino, Luigi Kalb, Marcello Maggiolo, Daniele Marrama, Emanuela Navarretta, Paolo Pisa, Maria Alessandra Sandulli, Mario Sanino, Salvatore Sica, Giuseppe Spoto, Vincenzo Zeno Zencovich, Attilio Zimatore

#### **Comitato dei revisori**

Piero Guido Alpa, Stathis Banakas, Adolfo Di Majo, Bénédicte Fauvareu-Cosson, Alfonso Moreno Hernandez, Jay P. Kesan, Fiona Macmillan, Salvatore Mazzamuto, Sergio Perongini, Pietro Rescigno, Salvatore Sica, Francesca Sorbi, Giorgio Spangher, Giuseppe Spoto, Pasquale Stanzone

#### **Coordinamento editoriale**

Giuseppe Spoto

Numero chiuso in redazione il 29 settembre 2016

Hanno collaborato a questo numero: Guido Alpa, Michel Benichou, Giuseppe Colavitti, Giulio De Carolis, Roberta De Siati, Alberto Frascà, Carla Guidi, Giacomo Grillo, Natalino Irti, Laura Jannotta, Andrea Mascherin, Beniamino Migliucci, Bruno Piacci, Ettore Randazzo, Michele Salazar, Stefano Savi, Vincenzo Scarano, Salvatore Sica, Giuseppe Spoto

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 la eventuale pubblicazione gli elaborati ricevuti all'indirizzo e-mail: [redazione@scuolasuperioreavvocatura.it](mailto:redazione@scuolasuperioreavvocatura.it)

Gli autori devono allegare un breve *abstract* in inglese al contributo inviato alla redazione

Gli scritti si dovranno uniformare alle indicazioni riportate nei "Criteri redazionali" reperibili sul sito della Scuola Superiore dell'Avvocatura ([www.scuolasuperioreavvocatura.it](http://www.scuolasuperioreavvocatura.it)) e in calce al presente volume

ISSN 2280-6334

ISBN 978-88-6741-710-0

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

# Indice

- 7 Editoriale  
*Andrea Mascherin - Salvatore Sica*
- 11 Intervention du Président du Conseil des Barreaux Européens  
*Michel Benichou*

## **Orientamenti**

- 23 Indipendenza dell'avvocato e diritto costituzionale  
*Giuseppe Colavitti*
- 35 Valori dell'avvocatura ed effettività delle tutele  
*Bruno Piaci*
- 45 La difesa dei principi di diritto per gli avvocati  
*Beniamino Migliucci*
- 51 L'avvocato civilista  
*Laura Jannotta*
- 55 L'avvocato penalista nel processo penale.  
Spunti e provocazioni per un confronto costruttivo  
*Stefano Savi*
- 65 L'avvocato amministrativista oggi  
*Vincenzo Scarano*

## **Formazione forense**

- 73 Fornire efficacia alla prassi educativa con il rigore del pensiero  
*Alberto Frascà*
- 85 L'organizzazione del lavoro degli uffici giudiziari come ulteriore strumento verso la  
parità di genere  
*Roberta De Siati*
- 91 La rivincita del merito e della professionalità  
*Giulio De Carolis*

## **Diritto europeo e comparato**

- 97 I molteplici ruoli dell'avvocato italiano nella edificazione  
del diritto privato europeo  
*Guido Alpa*

## **Professioni, cultura e società**

- 123 "Io l'avvocato faccio e devo difendere i clienti".  
La deontologia dell'avvocato nel teatro di Eduardo De Filippo  
*Michele Salazar*
- 127 La Toga degli Avvocati  
*Giacomo Grillo*
- 139 La difesa del "colpevole"  
*Ettore Randazzo*
- 151 Essere avvocato oggi: una testimonianza  
*Carla Guidi*

## **Biblioteca**

- 157 Una pagina di memoria di Emilio Betti  
*Natalino Irti*
- 159 Recensione a *Una costituzione migliore? Contenuti e limiti  
della riforma costituzionale* di Emanuele Rossi  
*Giuseppe Spoto*

## Editoriale

Andrea Mascherin, Salvatore Sica

---

Questo numero della rivista è monograficamente dedicato alla figura dell'Avvocato. Può sembrare perfino ovvio se non banale che il periodico scientifico della Scuola Superiore dell'Avvocatura, emanazione del CNF, si occupi del tema. In realtà la logica e la prospettiva sono altre. Quotidianamente le istituzioni che si interessano di avvocatura – istituzionalmente il CNF – fanno i conti con un'alluvione di disciplina, più o meno settoriale. Basti pensare, a titolo soltanto esemplificativo, al complesso della regolamentazione che ha fatto seguito alla l. n. 247/2012. Un fenomeno simile si riscontra ormai in quasi tutti gli ambiti interessati dalla giuridicizzazione della realtà. Dunque si assiste ad una singolare espansione delle regole, ma spesso a detrimento del Diritto. Sì, perché di questo si tratta: sempre più normativa di dettaglio e sempre meno ruolo del Diritto, inteso come riferimento ad un sistema di valori, di idee, ad uno o più modelli di società, prima ancora che di "regole".

Qualcuno ha sostenuto che se la società è complessa, il compito del diritto è la sua semplificazione. Ma una simile prospettiva è stata spesso criticata sul presupposto che la (forzata) sintesi legislativa talora conduce alla perdita della complessità e delle sfumature della realtà.

Ma ancora più censurabile, invero, è il presente tempo, nel quale il legislatore non è quasi mai sorretto da un disegno generale, fa costantemente ricorso a leggi-delega (talora in sospetto di incostituzionalità per eccesso di vaghezza) e complica la vita (del sistema e dei cittadini) con articolate, contraddittorie, ed ambigue applicazione regolamentari.

In questo contesto l'opera più urgente è favorire il "ritorno del Diritto", ovvero il recupero delle "ragioni" che sono "dietro" le regole, le scelte (sociali, culturali, economiche) che precedono, ispirano, condizionano la legislazione. Siamo di fronte, infatti, ad una deriva tecno-burocratica, ove tutto è "misurazione", "procedimentalizzazione", "quantificazione", che ha, come fine ultimo, l'oscuramento del quesito sui "perché" di una opzione piuttosto che di un'altra.

Ad una tale conclusione (aberrante) rischia di non sottrarsi neppure l'Avvocatura. Ogni giorno, correttamente, i soggetti istituzionali e politici che si occupano della regolamentazione della professione forense debbono confrontarsi con una serie di (pur inevitabili) profili di "dettaglio": la disciplina di accesso, l'iscrizione all'albo per le giurisdizioni superiori, le specializzazioni, la formazione continua. Lo stesso dibattito sulle riforme del processo, penale o civile, risulta spesso soffocato dalla sterile discussione su una serie di tecnicismi.

E magari l'attenzione – si ribadisce, pur necessariamente – finisce per concentrarsi sul termine di decorrenza della prescrizione del reato o sul numero di pagine massime di lunghezza del ricorso per cassazione. Da almeno un ventennio – ma con radici ben anteriori, se si pensa alla legislazione c.d. emergenziale degli anni '70 e '80 – è tutto un susseguirsi di riforme, prontamente “riformate” in tutto o in parte; mentre latita la riflessione (seria ed indifferibile) sul modello di processo e, ancor prima, sull'idea di giustizia che la nostra società coltiva.

Il recente evolversi delle crisi in Turchia, con gli arresti che sono seguiti al colpo di Stato (vero o presunto che fosse) ha fatto tornare in auge la concezione dello Stato di diritto; e, soprattutto, ha fatto venire alla mente la disputa intensa che accompagnò la pubblicazione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa del 2004, allorché non pochi ebbero a dolersi della mancata inclusione tra i valori dell'Unione del riferimento alla “radice cristiana” del continente. Si obiettò che, permanendo la formula giuridica del “Trattato” per adesione, tra i valori dovessero indicarsi riferimenti “misurabili” ed il richiamo al soprannaturale non poteva considerarsi tra questi. Al di là della fondatezza di una simile ricostruzione, è certo che, in base al medesimo criterio, tra i valori è stato inserito, per la prima volta, probabilmente, nella storia delle codificazioni e delle costituzionalizzazioni, lo Stato di Diritto (art. I-2 del Trattato: «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana [...] dello Stato di diritto»).

La forza evocativa di questa nozione (che diventa valore) è straordinaria e rinvia ai suoi requisiti identificativi più propri, per consolidata elaborazione; separazione dei poteri, principio di legalità, giurisdizione. Ecco perché inquieta la prospettiva che la Turchia possa aspirare all'ingresso nell'Unione Europea, se si pensa allo scenario di palese violazione e pretermissione dello Stato di diritto, in cui questo paese versa. E non è un caso che molti degli arresti compiuti attengano ad avvocati e magistrati, cioè mirino al “controllo” della giurisdizione, pilastro centrale se non architrave dello Stato di diritto. Tale riflessione, per tornare al tema, è di immediata pertinenza alle considerazioni iniziali sul ruolo e sull'identità attuale dell'avvocato in Italia. Si fa bene a discutere dei vari profili della giustizia in chiave tecnico-settoriale, perché non c'è “idea di base” che abbia un senso se non capace di tradursi in svolta applicativa e concreta. Ma non c'è intervento tecnico che possa prescindere dal quadro di valori.

Chi è l'avvocato – per ora senza aggettivi specialistici – oggi nel nostro Paese? Verrebbe da dire, pirandellianamente, “uno, nessuno, centomila”.

Dovrebbe essere “uno” nella sua costituzione identitaria: soggetto tecnico, munito di indipendenza ed autonomia, iscritto ad un ordine professionale che vigila sul corretto esercizio delle sue funzioni, ma soprattutto, parte irrinunciabile dello Stato di diritto, in quanto garante dei diritti nel e dal processo. Tali prerogative – che sono, al contempo, diritti e doveri dell'avvocato – assumono una straordinaria valenza sociale nel millennio dei diritti deboli, dell'arretramento della sovranità nazionale, della globalizzazione (il più delle volte soltanto economica).

Eppure non si comprende che nessuno di tali caratteri può essere messo in parentesi, pena la perdita di identità complessiva dell'Avvocato; non si può, cioè, prescindere da un avvocato formato e qualificato, sottoposto al controllo disciplinare in autonomia categoriale (che non vuol dire corporativa), indipendente dalle ingerenze del potere pubblico e dall'abuso di posizione dominante di soggetti privati influenti, pienamente (ed effettivamente) munito di poteri processuali e garanzie dei diritti del proprio assistito.

Non ci sarebbe altrimenti Stato di diritto: non occorre pensare soltanto alle derive patologiche (che, purtroppo, interessano sempre più ordinamenti nel mondo): lo Stato di diritto subisce un *vulnus* ogni volta che si pensa all'avvocato come mero prestatore di servizi, "imprenditore di se stesso", sottoposto alle sole dinamiche di mercato, in primis, rispetto a suoi compensi. A qualcuno, ad esempio, è sfuggito che l'equità tariffaria assolveva (e dovrà assolvere) la medesima funzione di garanzia di indipendenza, di prevenzione della corruzione, che svolge l'elevatissima (almeno se confrontata con il comparto statale) retribuzione dei magistrati.

Lo Stato di diritto è messo in pericolo dallo squilibrio di prerogative tra avvocato e pubblica accusa nel processo penale e dall'opacità, che spesso accompagna l'organizzazione del "servizio giustizia" affidato, sin dalla sede ministeriale, in forma autoreferenziale ai soli magistrati.

Lo Stato di diritto è messo in discussione dalla riduzione delle garanzie del difensore da forme di intercettazione (palese o "occulta") della propria vita privata e professionale.

Lo Stato di diritto, quanto alla giustizia civile, soccombe sotto i colpi di tempi inaccettabili di durata del processo, incompatibili con l'esercizio del corretto *jus dicere*, cui partecipa l'avvocato.

Ma lo Stato di diritto è, altresì, offeso dall'idea che oggi il diritto sia soprattutto giurisprudenziale, quasi fosse soltanto "affare" della pronuncia delle sentenze, mettendo nell'oblio il lavoro, tecnico, ricostruttivo, e, in ultima analisi, etico dei difensori.

Ecco perché qualcuno vorrebbe che l'avvocato diventi "nessuno", un mero orpello nella stanza della giurisdizione, non accorgendosi, in maniera miope o dolosamente, che così è in bilico la giurisdizione in sé.

L'avvocato, in tempo di forte spinta specialistica, rischia di diventare "centomila": la multiformità dell'esercizio professionale non deve mai, tuttavia, aver luogo a detrimento della descritta identità unitaria. Non importa se si occupi di diritto penale, civile, del lavoro, o se faccia il mediatore/conciliatore: l'avvocato è sempre il soggetto cui non possono, costituzionalmente, far difetto le prerogative innanzi indicate.

Questo numero della Rivista è dunque dedicato all'Avvocato: alla sua storia, alla sua specializzazione, alla sua formazione, alla sua dimensione europea e sovranazionale, con sguardo costante rivolto alla dimensione ideale della "rivincita" dei diritti, che, declinati come prerogative del cittadino nel, da e talora contro lo Stato, è soprattutto la dimensione senza tempo della professione forense.



# Intervention du Président du Conseil des Barreaux Européens\*

Michel Benichou

---

Je vous remercie d'avoir adressé une invitation au Président du Conseil des Barreaux Européens - C.C.B.E.

Notre organisation est peu connue. Elle représente pourtant les avocats de 47 barreaux nationaux en Europe soit les 28 barreaux de l'Union Européenne, les 3 barreaux de l'Association de libre échange (Norvège, Liechtenstein, Islande) et la Suisse, les 3 barreaux de pays qui sollicitent leur entrée dans l'Union (Serbie, Monténégro, Turquie) et 10 membres observateurs (San Marin, Andorre mais aussi l'Ukraine, la Russie ou la Géorgie). Le Conseil des Barreaux Européens est donc un continent d'avocats qui va de Séville à Moscou, de Reykjavik à Istanbul, de Dublin à Rome, des avocats qui travaillent et souffrent, qui défendent leurs clients et se battent au quotidien pour le Droit et l'Etat de Droit. Le Conseil des Barreaux Européens représente donc plus d'un million et demi d'avocats.

Le Conseil des Barreaux Européens est l'interlocuteur des institutions européennes qu'il s'agisse de la Commission Européenne ou du Parlement Européen. Il défend d'abord l'Etat de Droit, fondement de la démocratie. Il défend ensuite les citoyens car ceux-ci doivent être écoutés et entendus (les récents votes l'ont démontré). Il défend ensuite les avocats qui doivent être respectés et, parce qu'ils sont, parfois, menacés.

## 1. L'Europe

Votre colloque arrive au moment adéquat. L'Europe n'est pas dans une situation favorable. On a oublié que l'Europe nous a apporté la paix pendant sept décennies. Cela représente une longue période même si, au niveau de l'Histoire, ce n'est qu'un battement de paupière. Rappelons le mot de Robert SCHUMANN, dans sa déclaration du 9 mai 1950, «L'Europe n'a pas été faite et nous avons eu la guerre». Tout cela a été oublié. On a oublié qu'au moment de l'élargissement, à la sortie de la Guerre froide, on a répondu à l'attente des pays libérés du communisme. C'était un défi similaire à celui de la chute des dictateurs en Espagne, au Portugal et en Grèce. L'Europe, ce n'était pas seulement un marché.

Le prochain départ de l'Angleterre et du Pays de Galles, voire de la Grande-Bretagne, va encore fragiliser une Union Européenne qui est déjà très critiquée

---

\* Intervento al Convegno del CNF sul nuovo Regolamento Ue Privacy del 13 luglio 2016.

et affaiblie. Les crises se sont succédées. La crise de l'Euro est à peine surmontée. Nous sommes dans celle des réfugiés et on ne peut prétendre que l'Europe ait été digne et ait assumé son rôle dans cette affaire. L'Europe a été indigne d'elle-même.

Nous commençons une crise populiste dans laquelle l'égoïsme des nations, cette «rouille des nations» décrite par Toqueville envahira et risquera d'entraver la machine européenne.

Ce BREXIT, c'est la victoire non du peuple mais du populisme, non de la démocratie mais de la démagogie. C'est une victoire de la xénophobie, de la haine de l'immigré. Si nous ne nous ressaisissons pas, ce BREXIT sera un possible crépuscule de notre projet commun de civilisation, le sacre des éternels ennemis de la démocratie et des droits de l'Homme.

J'espère que les européens vont trouver les mots justes doublés d'un acte majeur pour sortir de cette crise. A défaut, c'est le pire qui surgira.

## 2. HELP

Lorsque l'Europe est dénigrée, on confond largement Union Européenne et Conseil de l'Europe. On oublie aussi des éléments fondateurs comme le programme HELP, qui nous a été excellemment décrit. Il permet de construire une Europe des études et des échanges. La formation des avocats est essentielle et notamment la formation continue. Nous devons encore accroître cette obligation de qualité et la développer dans des domaines différents. Il ne s'agit pas seulement de faire du droit mais également de la gestion, du marketing, d'apprendre l'innovation et les nouvelles technologies. Hausser la qualité des avocats est la seule façon de concurrencer l'intelligence artificielle, les robots et les plateformes qui s'implantent dans chaque pays. Actuellement, on recense 7 plateformes qui sont accessibles au public et qui concurrencent directement la profession d'avocat.

- Informations juridiques (accès aux textes),
- Assistance à une réclamation pouvant prendre la forme d'une procédure judiciaire pour un demandeur ou un groupe de demandeurs,
- Financement d'une procédure par un tiers,
- Prestations juridiques en ligne (contrat, courrier, document divers...),
- Choix d'un avocat,
- Règlement en ligne de litiges,
- Justice prédictive.

Demain, de nouveaux services vont être développés comme des plateformes de la notation des avocats.

L'Union Européenne commence à s'intéresser à ces éléments. On assiste, pour certains, à une ubérisation de la profession (modèle UBER pour les taxis) au travers de l'économie collaborative. Demain, la concurrence sera encore plus sévère compte-tenu du développement de l'intelligence artificielle. Les machines – des robots – donneront des consultations juridiques, établiront

des contrats et interviendront en matière de justice prédictive. Il s'agira de diminuer l'incertitude de l'issue d'un procès en utilisant l'intelligence artificielle qui va stocker l'ensemble des décisions mais également des éléments sur la personnalité du juge et les jugements qu'il a rendus précédemment. On va également comparer plusieurs stratégies contentieuses. La question est de savoir si chaque jugement mettra en œuvre le principe d'individualisation de la décision rendue, si chaque juge préservera sa liberté de décision fût-elle hors cette justice annoncée et déterminée. On ne doit pas passer de la prévision à l'automatisation.

Vendre de l'anticipation, tel sera le fond de marché des big datas. GOOGLE utilise son moteur de recherche pour détecter le plus tôt possible les foyers de grippe. Cela constitue de précieuses informations pour les firmes des médicaments qui peuvent approvisionner les bonnes pharmacies au bon moment. GOOGLE étend ses prédictions au marché immobilier. Maintenant, il s'agit d'étendre les prédictions au marché juridique. C'est donc la justice prédictive. La justice glisse dans le prédictif parce que l'on pense que l'outil numérique le permet. Demain, on ne punira plus le délit mais son intention. On passe de la culpabilité à la dangerosité. Cela relève d'un pronostic sur l'avenir. On nous fait rentrer dans une ère du soupçon. Grâce à un algorithme, on va prétendre prédire le passage à l'acte criminel. On va détecter l'intention.

En bref, on va déshumaniser parce que le propre de l'homme est l'indétermination. On veut expurger l'incertitude de la justice.

Le Conseil des Barreaux Européens a décidé de consacrer un Colloque à ces questions. Il sera organisé à PARIS le 21 octobre 2016 avec pour titre «Innovation et futur de la profession d'avocat». Nous allons aborder le futur de la justice, celui des services juridiques, celui des firmes d'avocat et enfin le futur des ordres et organisations professionnelles. Toute l'Europe sera présente mais également l'American Bar, les barreaux africains, les barreaux asiatiques. Tous les continents seront représentés. J'espère vous y voir (inscription sur le site C.C.B.E.).

La formation est donc essentielle mais vous avez choisi parallèlement de traiter de la protection des données. C'est sur ce point particulièrement que je conclurais.

## **I. La nécessaire protection des données personnelles des citoyens européens**

L'internet ne vient pas s'ajouter au monde que nous connaissons. Il le remplace. Il siphonne, il prend nos emplois, nos données, nos vies privées, notre propriété intellectuelle, notre prospérité et parfois notre liberté.

### *a) L'AMPLEUR DU PROBLEME: la captation des données*

En 2015, chaque minute, environ 300.000 tweets, 15 millions de SMS, 204 millions de mails sont envoyés à travers la planète et 2 millions de mots-clés étaient tapés sur le moteur de recherche GOOGLE. Celui-ci reçoit 3,3 milliards de re-

quêtes par jour. Il faut ajouter que les internautes échangent 350 millions de photos, souvent personnelles, sentimentales ou professionnelles. Ils multiplient les LIKE sur FACEBOOK (4,5 milliards par jour). Naturellement, il en conserve la mémoire. Chaque instant, les entreprises chargées de récupérer les données personnelles le font. Aucun secteur n'échappe à cette captation (médias, communication, banque, énergie, santé et assurance, et droit naturellement).

Depuis 2010, l'humanité a fourni autant d'informations en 2 jours qu'elle ne l'a fait depuis l'invention de l'écriture, il y a 5300 ans. 98% de ces informations sont aujourd'hui consignées sous forme numérique. On assiste à une véritable mise en données du monde. Tout y passe: vos photos de famille, vos musiques préférées, vos tableaux, vos agendas, les documents administratifs, les films, les poèmes, les romans, les recettes de cuisine, vos carnets d'adresses. La vie humaine est paramétrée dans ses moindres détails. 70% des données générées le sont directement par des individus connectés. Ce sont alors des entreprises privées qui les exploitent. Les GAFA (GOOGLE, APPLE, FACEBOOK et AMAZON). détiennent 90% des informations personnelles numériques de l'humanité. C'est le nouvel or noir.

Aux Etats-Unis, le chiffre mondial du big data s'élevait à 8,9 milliards de dollars en 2008. Il a une croissance exponentielle et devrait dépasser les 24 milliards en 2016. Le monde numérique appartient à ces 4 entreprises: Google, Apple, Facebook et Amazon. En 10 ans, ils l'ont conquis. En Chine, on considère déjà les Etats-Unis comme la nation dominante d'hier et Google comme la nation dominante de demain. L'Europe est le pays rêvé pour le vol des données. 500 millions d'habitants, un produit intérieur brut supérieur à celui des Etats-Unis et constitué du triple du PIB chinois, et aucune réglementation efficace sur les données pendant des dizaines d'années.

Mais pour l'instant, ce sont les Etats-Unis qui ont conclu des accords avec les majors du numérique. Ils ont fondu leurs intérêts, contrôlent ces entreprises. On leur a déléguées l'exploitation, le stockage des données numériques. Jamais, dans l'histoire de l'humanité, un aussi petit nombre d'individus aura concentré autant de pouvoirs et de richesses, autant d'informations confidentielles en moins de 15 ans. Pour cela, on nous vole une partie de nous-même, notre empreinte numérique. Les données informatiques personnelles ont une valeur immense. Il n'y a pas de GOOGLE sans recensement des liens créés par les utilisateurs eux-mêmes entre les sites permettant ainsi la hiérarchisation des résultats de recherche. Il n'y a pas d'EBAY sans réputation générée par les utilisateurs réduisant ainsi la fraude, pas d'AMAZON rentable sans déterminer les affinités issues des ventes antérieures permettant ainsi de suggérer des achats complémentaires au client et donc rentabiliser les frais de port, pas de FACEBOOK sans une gigantesque mutualisation des carnets d'adresses personnels. L'objectif est aussi de vendre tout cela pour la publicité comportementale. Cela est fondé sur les données personnelles. On crée votre double numérique à votre insu à partir de l'assemblage et la corrélation de données personnelles disparates. Ce

double a une emprise de plus en plus forte sur notre vie réelle. Les employeurs, pour nous embaucher, les banquiers pour nous prêter, les assureurs pour nous assurer, les propriétaires pour nous louer, voire les magistrats demain pour nous jugés vont utiliser notre double numérique. C'est cette identité qui sera consultée demain de façon automatique pour générer du nouveau dans votre vie. Les entreprises du numérique ont construit leur puissance au détriment des individus. Rien n'échappe à leurs filets et cette transparence est volontaire. 80 millions de clichés sont échangés chaque jour sur INSTAGRAM, l'application de partage de photos et de vidéos de Facebook par ses 400 millions d'utilisateurs. Tout est capturé. En se connectant, les individus croient être autonomes et libres alors qu'ils se soumettent à la machine et que désormais l'algorithme dessine les contours de notre identité numérique. Inscrivez-vous sur Facebook. Le formulaire à remplir qui est censé décrire notre personnalité est en réalité standardisé. Le double numérique est simplifié. Il subit une opération de réduction pour pouvoir être avalé et digéré par la machine.

Le Conseil d'Etat, juridiction supérieure administrative française, a suggéré – à juste titre – la création d'un «droit des algorithmes» en considérant que ceux-ci n'étaient pas neutres. En fonction de la programmation, ce seront certains éléments de la personnalité qui seront mis en exergue.

#### *b) La dérive de la surveillance*

Mais, ce stockage massif a généré une dérive. Internet est devenu la première source universelle de surveillance de l'individu. L'évolution s'est accélérée après le 11 septembre 2001.

Le Général Alexander qui a dirigé pendant 9 ans la NSA a théorisé la métaphore de la botte de foin: «il faut contrôler toute la botte pour pouvoir y retrouver une aiguille».

Il y a donc une surveillance totale de l'être humain et il semble impossible d'en entraver l'escalade. L'imbrication entre les entreprises numériques et les agences de renseignements est incontestable. Parfois, pour créer l'illusion, Apple refuse l'accès à tel ou tel logiciel ou paramètre. Ainsi, pour conserver la confiance de ses clients, Apple a refusé à un juge fédéral de déverrouiller pour le FBI le mot de passe de l'iphone du couple de terroristes de San Bernardino en Californie. Cela est totalement fantaisiste. En réalité, l'industrie numérique est liée à l'Etat américain par des contrats de sous-traitance. Le Patriot Act a autorisé la NSA et la CIA à solliciter, au nom de la sécurité nationale américaine, toutes les entreprises privées américaines qui détenaient des données numériques. Google a surveillé entre 1.000 et 2.000 comptes par an à la demande des agences gouvernementales. Certains disent même que Apple a fabriqué des smartphones dont la batterie est très compliquée à retirer car ceux qui craignent d'être espionnés ont pour premier réflexe d'enlever la batterie de leur portable.

Enfin, la vie privée est un concept qui est maintenant rejeté par les entreprises du big data.

Un responsable de GOOGLE disait en novembre 2013: «la vie privée est un concept qui a émergé lors de la révolution industrielle et cela ne pourrait être bien qu'une anomalie».

Nous abandonnons une partie de notre vie privée. C'est nous qui renseignons les fichiers comme celui de Facebook avec ces 1,4 milliards d'inscrits qui ont acceptés de céder à la firme la liste de leurs amis, leur situation amoureuse, leurs dates d'anniversaire, leurs photos personnelles ou leurs centres d'intérêt. Ils se dépouillent volontairement d'une part de leur intimité. Pour affiner encore plus le profil de chacun de ses clients, Facebook récupère des informations fournies par des sites partenaires et utilise un outil de tracking révolutionnaire acheté à Microsoft en 2013 dénommé ATLAS. Il permet de pister chaque membre du réseau social encore plus qu'avec des cookies, ces mouchards qui, lorsque l'on navigue sur le net, se collent à l'adresse IP de nos ordinateurs tels des coquillages sur la coque. Avec ATLAS, c'est l'utilisateur lui-même qui est bagué et donc repéré et pisté quel que soit le support qu'il utilise (ordinateur fixe, portable, tablette ou smartphone). Ainsi, FACEBOOK suit à la trace où qu'ils se trouvent sur le net près de 1,5 milliards d'humains. Les e-books enregistrent également habitudes et préférences, lieu et moment favoris de lecture, pages annotées, chapitre délaissé ou livre refermé avant d'avoir terminé. On connaît tout de vos habitudes de lecture. L'information est infinie. Nous sommes entrés dans l'air de la surveillance totale.

Pour ceux qui s'en rappellent, cela ressemble à la fameuse série dénommée «Le Prisonnier». Même débranché, vous restez sous l'œil des caméras. Un smartphone, éteint comme allumé, permet de localiser toute personne à tout moment. De nouvelles caméras existent avec une reconnaissance faciale. A LONDRES, il y en a 300.000. Un habitant est filmé jusqu'à 300 fois par jour. Bientôt, il y aura des caméras intelligentes embarquées sur des drones humains.

Le risque est de voir la vie privée disparaître.

Le risque est aussi, pour les avocats.

La NSA a surveillé les téléphones portables d'Angela MERKEL, de Jacques CHIRAC, de Nicolas SARKOZY et de François HOLLANDE. Les premiers ministres italiens ont certainement dû être surveillés de la même façon.

Alors, quid des avocats? Ils sont également surveillés. Le Conseil des Barreaux Européens considère que le secret professionnel est menacé. Il l'est par différents procédés et pour des raisons diverses.

On veut multiplier les occasions de dénoncer des clients par les avocats. Cela existait déjà en matière de lutte contre le blanchiment. On veut étendre ce dispositif en matière fiscale au nom de la lutte contre l'évasion fiscale. Un avocat fiscaliste aurait une obligation de déclaration concernant les conseils fiscaux qu'ils donneraient à son client (Union Européenne / OCDE).

Mais surtout, du fait des systèmes de surveillance généralisés mis en place par les Etats, toutes les communications des avocats sont enregistrées.

En 2016, le Conseil des Barreaux Européens a publié des recommandations concernant la surveillance. Le principe fondamental est que tout recours, direct

ou indirect, de l'Etat à la surveillance doit s'inscrire dans les limites de l'Etat de Droit et doit respecter le principe selon lequel les données et les communications couvertes par le secret professionnel sont inviolables et ne peuvent être sujettes à des interceptions ou à une surveillance. Il faut donc une nouvelle législation issue de l'Union Européenne et reprise dans les Etats prévoyant une protection explicite des communications avocats-clients, des normes de protection des avocats.

De surcroît, on constate une privatisation des activités de surveillance. Les Gouvernements doivent donc toujours garder le contrôle de l'ensemble du processus de surveillance. Le décryptage des données sécurisées ne peut être autorisé que s'il est juridiquement défini et s'il procède d'une autorisation judiciaire régulière.

La protection doit être totale. Toutefois, il ne s'agit pas de protéger un avocat qui commettrait une infraction. Il y aurait là une exception. Mais l'enregistrement ne pourrait avoir lieu que si on a des preuves de sa participation à l'infraction.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme, dans un arrêt du 16 juin 2016 (*Versini-Campinchi c/ France* n. 49176/11), a considéré que l'interception d'enregistrements et la transcription d'une conversation entre un client et son avocat constituait une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée des requérants (article 8 de la Convention). Toutefois, elle a ensuite examiné si cette ingérence était légalement fondée. Les juges ont alors considéré que cette écoute était fondée sur une autorisation judiciaire et était une exception car le contenu de la conversation entre l'avocat et son client laissait présumer de la participation de l'avocat à une infraction. La conversation pouvait donc, par exception, être transcrite et versée au dossier.

Cette transcription ne portait donc pas atteinte aux droits de la défense. Un considérant est néanmoins inquiétant: la Cour estimait que «l'avocat, en sa qualité de professionnel du droit, pouvait prévoir que la ligne de son client pouvait être écoutée et que la révélation, à son client, au cours d'une conversation téléphonique d'informations couvertes par le secret professionnel étaient susceptibles de l'exposer à des poursuites». On nous demande de considérer que les Etats ont abandonné les règles de droit pour devenir des Etats de surveillance.

De toute part, on attaque le secret professionnel qui devrait être général, absolu et illimité dans le temps. Les juges multiplient les perquisitions. Or, ce secret n'est pas celui de l'avocat mais celui du justiciable, du citoyen, de l'homme et de la femme qui souhaitent se confier à un tiers – l'avocat. Dès que l'on crée une exception, on supprime le secret. Il faudrait que ce principe général du secret soit inscrit dans la Constitution comme le rôle de l'avocat en matière de démocratie. C'est un combat que nous pourrions mener, ensemble pour que, dans la Charte des droits fondamentaux et dans chacune des Constitutions des pays de l'Union Européenne, le rôle de l'avocat et la protection du secret professionnel et de l'indépendance soient clairement énoncés.

Les sociétés qui ne respectent pas la possibilité pour un de ses citoyens de se confier à un avocat, à un ministre du culte, à un médecin, sont des sociétés totalitaires. Elles iront irrémédiablement à leur perte.

La défense du secret est donc la défense de notre civilisation. Le C.C.B.E. a porté une affaire d'écoutes d'avocats devant les juridictions néerlandaises et a triomphé (affaire Prakken). Les juges sont donc attentifs à cette liberté.

Notre combat est difficile. En effet, dans notre société, la transparence serait une vertu alors que le secret protégerait le mal. Il existe une culture de la transparence qui paraît animer la société toute entière. Transparence du bas vers le haut – on a le droit de savoir, disent les citoyens! – du haut vers le bas – on doit surveiller pour protéger, dit l'Etat – transparence collatérale – on doit tout dire et tout montrer sur les réseaux sociaux (Facebook, LinkedIn et autres) [...] La transparence est un désir des citoyens et c'est une volonté de l'Etat pour contrôler les mêmes citoyens.

Mais adopter cette transparence aboutirait à abolir le droit de chacun à son intimité. Cela ne garantirait pas l'ordre public ou la sécurité pour les citoyens. La transparence n'est pas un rempart. Il faut constamment le rappeler.

L'avocat est donc menacé. Il doit être particulièrement attentif à la cybersécurité des cabinets. Il faut cesser d'employer des modes de transmission qui ne sont pas protégés (gmail, dropbox) et qui mettent en danger le secret professionnel. L'avocat est responsable des données personnelles qui lui ont été confiées par ses clients. Il doit prendre toutes les mesures nécessaires.

Toutefois, il faudra payer un prix de plus en plus élevé pour vivre dans une société libre.

Toutefois, le pire n'est jamais certain. Le rôle du droit et des avocats sera de résister et de remettre l'humain au centre du jeu.

C'est au travers de ces enjeux qu'il faut examiner ces textes concernant la protection numérique.

## **II. Vers le marche unique numerique**

### *1) Le Règlement général sur la protection des données (27 avril 2016)*

Une nouvelle fois, la Commission Européenne – en adoptant le Règlement général sur la protection des données (n. 2016/679 du 27 avril 2016) – a surtout visé à créer un marché unique numérique. On a évoqué cette directive adoptée le 27 avril 2016 et publiée au Journal Officiel de l'Union Européenne le 4 mai 2016. Elle a fait l'objet d'immenses et d'intenses débats (4 années).

Elle sera en application uniquement en 2018, ce qui permettra aux sociétés numériques de s'organiser, voire de prévenir les dégâts que pourraient causer ce Règlement. Le Règlement n'impose pas aux Etats membres d'abroger leurs législations nationales. Il y aura donc un socle commun avec le règlement de 2016 mais chaque Etat pourra avoir sa réglementation nationale et surtout son autorité nationale de contrôle.

Les avancées de ce Règlement sont réelles. Il y a un champ d'application matériel important puisque le Règlement s'applique à l'ensemble des traitements sans considération du caractère automatisé ou non de celui-ci. Il s'applique également aux moteurs de recherches. Mais on constate qu'il ne s'applique pas aux institutions, organes et organismes ou agences de l'Union Européenne. Il ne s'applique pas lorsque le mandat donné est réalisé dans le cadre d'une activité ayant trait à la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union, une activité relative à la sécurité nationale d'un Etat membre, une activité de prévention, détection et poursuite d'infraction pénale par une autorité compétente.

Toutefois, ce sont ces champs particuliers – décidés par les seuls Etats au nom de la sécurité – qui vont s'élargir dans les années futures. Or, le contrôle est inexistant.

Il y a une grande part d'impunité et d'immunité alors même que c'est là que se trouve l'essentiel de la captation des données personnelles. Ce champ d'application est donc limité. Certes, il crée des droits pour les entreprises et des contraintes avec une nécessaire réorganisation. Le délégué à la protection des données est créé mais on ne détermine pas ses missions. On peut penser qu'il aura des missions d'information et de conseil, de contrôle du respect du règlement, de contrôle des règles internes de l'entreprise, de conseil, de coopération, d'information à l'égard des personnes concernées mais aura-t-il véritablement un statut indépendant et les personnes pourront-elles s'adresser à lui directement et sans craindre de nouvelles violations de confidentialité?

On doit ajouter qu'un contrôle permanent sera possible sur l'entreprise. Cela nécessitera une plus grande vigilance de leur part.

Enfin, il crée des nouveautés pour les droits des personnes en élargissant certains droits: droit d'accès et d'information, droit à l'effacement, droit d'opposition. Il consacre de nouveaux droits: droit à la portabilité, droit à la limitation, droit au recours juridictionnel contre une autorité de contrôle, droit à une représentation des personnes concernées, droit à réparation. Toutefois, il manque l'obligation de loyauté des entreprises à l'égard des individus. Il ne distingue pas, parmi les citoyens et notamment, pour ce qui nous concerne, n'a pas retenu les suggestions du Conseil des Barreaux Européens qui demandaient qu'on permette aux barreaux d'exercer une autorité de supervision chaque fois qu'un avocat était concerné. On voulait que soient expressément exclues les compétences d'un autre superviseur et notamment d'un superviseur étatique dans les relations concernant les avocats.

Le Règlement n'a pas repris cette suggestion et a décidé de renvoyer aux Etats membres cette question pour qu'ils adoptent éventuellement des règles spécifiques pour examiner les pouvoirs des autorités de supervision dans les relations avec les avocats. Chaque barreau devra donc être extrêmement attentif à cette question.

Par ailleurs, le Conseil des Barreaux Européens avait également fait état d'une liste d'exceptions concernant les droits aux informations, le droit d'accès,

le droit de rectification avec une demande spécifique pour les avocats qui sont soumis à un strict secret professionnel. Une nouvelle fois, la Commission Européenne a renvoyé vers les Etats membres pour adopter des règles spécifiques pour sauvegarder la prévention ou l'investigation, la détection, concernant les professions réglementées et leur éthique.

## *2) Privacy Schield (12 juillet 2016)*

Il existait un accord entre l'Union Européenne et les Etats-Unis qui autorisait les big data à transféré les données personnelles des internautes européens vers les Etats-Unis. Cet accord était tout au profit des Etats-Unis. Nous n'avions pas conscience d'être ainsi espionné. Grâce à Edward SNOWDEN, tout le monde a pris conscience de cet espionnage. Puis, la Cour de Justice de l'Union Européenne a considéré que cet accord était illégal. De nouvelles discussions ont eu lieu.

Un nouvel accord a été signé entre l'Union Européenne et les Etats-Unis le 12 juillet 2016. Il s'agit de garantir la confidentialité des données qui seront hébergées sur le sol américain. Malheureusement, il ne me semble pas que des procédures efficaces de contrôle soient prévues.

En fait, une nouvelle fois, on s'en remet à la bonne volonté des autorités américaines. Il n'y a pas de limites pour leurs services de renseignements. Les USA ont donné des garanties que l'accès aux données pour leur service de renseignement (NSA, CIA...) sera limité et contrôlé. Mais, ils n'acceptent absolument aucun contrôle des autorités européennes.

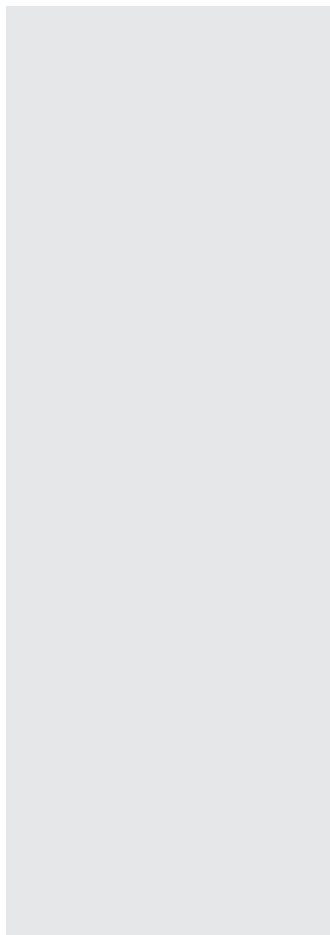
Il est prévu la création d'un médiateur pour recevoir les plaintes des citoyens européens. Aucune garantie d'indépendance n'est donnée quant à ce médiateur. Il est également prévu une commission d'arbitrage. On ne sait comment elle sera composée. En bref, il conviendrait que la Cour de Justice de l'Union Européenne soit de nouveau saisie quant à cet accord aux fins qu'elle en examine la légalité et la protection effective et efficace des citoyens européens.

## **Conclusion**

Comme avocats, il nous faut faire du droit. Il le faut pour défendre l'Etat de Droit. Il le faut pour défendre les citoyens. Il le faut encore pour défendre notre profession qui est attaquée de tout côté. Et comme citoyens, nous devons continuer la lutte pour obtenir plus de droits, plus de protection et faire cesser les empiètements sur notre vie privée, notre personnalité et la surveillance généralisée.

J'ai installé un GPS dans ma voiture. Je suis ses indications. Mais je ne veux pas qu'il dicte ma route et m'empêche de voir le paysage!

## ORIENTAMENTI





# Indipendenza dell'avvocato e diritto costituzionale

Giuseppe Colavitti

---

## L'indipendenza dell'avvocato nell'attuale dibattito italiano

Riflettere sul quadro di riferimento costituzionale nel quale si iscrive la regolazione giuridica della professione forense è esercizio che offre all'osservatore la possibilità non solo di immergersi nei valori più profondi della nostra cultura giuridica, ma anche – ed è ciò che più conta – l'opportunità di ricavare elementi preziosi di discernimento in un contesto politico-istituzionale ed in una fase di evoluzione dell'ordinamento che segnano indubbiamente uno dei momenti più delicati e rischiosi per la stessa identità giuridica dell'avvocato. Il diritto della concorrenza ed il suo *enforcement* ad opera dell'Autorità Antitrust si muovono sempre più nelle forme di un nuovo governo pubblico dell'economia in grado di "svuotare" l'autonomia deontologica delle categorie professionali<sup>1</sup>. Il legislatore, dal canto suo, seppure abbia indubbiamente riscritto di recente l'ordinamento forense in un'ottica pienamente coerente con il quadro costituzionale italiano ed europeo (legge n. 247/2012), tuttavia sembra sempre tentato da scorciatoie e dalle sirene di presunte semplificazioni e modernizzazioni che spesso non sono altro che la traduzione normativa di nuovi rapporti di forza generati dal sistema economico. Nella maggior parte dei casi, oggi l'avvocato non è più la parte "forte" di un contratto d'opera professionale, bensì un lavoratore intellettuale spesso ostaggio di soggetti che non esitano a tradurre il disequilibrio socioeconomico in termini di clausole vessatorie particolarmente gravose. Temi di stretta attualità come quello dell'esercizio della professione in forma societaria, o quello della incompatibilità della professione forense con il rapporto di lavoro dipendente si inscrivono in questo contesto. Nel corso dei lavori preparatori dell'ordinamento forense vigente, l'Autorità Antitrust ha stigmatizzato con due segnalazioni, tra le altre, proprio le previsioni che confermano la incompatibilità tra l'iscrizione nell'albo e il rapporto di lavoro dipendente<sup>2</sup>. Dottrina vicina, per ragioni istituzionali e culturali, alle posizioni appena

<sup>1</sup> Sul tema, sia consentito un rinvio a G. COLAVITTI, *Concorrenza, statalismo e crisi dell'autonomia deontologica*, in corso di stampa per il *Liber Amicorum* in memoria del prof. Pier Alberto Capotosti, 2016.

<sup>2</sup> L'Antitrust ha seguito da vicino i lavori preparatori della riforma dell'ordinamento forense, poi approvata con legge 247 del 2012, per lo più esprimendo posizioni critiche. In particolare, vedasi AGCM, *Segnalazione sul d.d.l. AS 602 - riforma della professione forense*, 18 settembre 2009; e, AGCM, *Segnalazione sul d.d.l. AS 974 - Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*, 9 agosto 2012.

richiamate, afferma che è necessario rimuovere tale regime, perché trattasi di «limitazioni che ostacolano l'ampliamento dell'offerta di servizi professionali nel mercato» e incidono sui giovani professionisti<sup>3</sup>. Anche in anni meno recenti, in occasione del dibattito in ordine a previsioni che consentivano ai dipendenti pubblici *part time* l'esercizio della professione di avvocato, l'Autorità garante aveva infatti più volte espresso posizioni volte a rimuovere il regime di incompatibilità che il legislatore, dopo una sbrigativa apertura contenuta nella legge finanziaria per il 1997, aveva poi reintrodotta per la sola professione forense con una legge approvata in modo bipartisan nel 2003. Questo genere di posizioni sembra in effetti confermare la propensione dell'Autorità garante ad una unilaterale ed acritica imposizione del proprio interesse pubblico primario, nel quadro di una sostanziale incapacità di cogliere nelle questioni problematiche attinenti la regolazione delle professioni la presenza di interessi pubblici e valori giuridici che richiedono un approccio meno sbrigativo. È dato di fatto incontrovertibile che il mercato italiano dei servizi legali conosca un'offerta amplissima. Così come è incontrovertibile il fatto che gli albi forensi italiani presentino un'enorme quantità di iscritti. La questione del regime legale di incompatibilità per la professione, più che integrare un ostacolo all'incremento di offerta di servizi legali, già oggi amplissima, attiene piuttosto alla libertà professionale dell'avvocato, ed alla scelta fondamentale circa il fatto che l'ordinamento giuridico debba o non debba assicurare l'indipendenza dell'avvocato da eventuali istruzioni datoriali, la libera formazione del suo convincimento nell'esercizio della professione, e la piena libertà di prospettazione di determinate linee difensive nel suo ministero: è una questione che attiene alla libera interpretazione del diritto. Limitarsi a considerarla una questione di ampliamento del mercato dal lato dell'offerta appare un modo di porre il problema che, probabilmente, non supererebbe un serio test di proporzionalità. E non a caso la Corte di giustizia, occupandosi di simili questioni, ha deciso di recente in termini ben diversi a proposito dei c.d. «consulenti giuridici», professione alla quale l'ordinamento polacco riconosce lo *ius postulandi* di fronte al giudice nazionale nell'interesse dell'ente di appartenenza, anche se sono legati a questo da un rapporto di lavoro dipendente. Il custode dei Trattati ha infatti escluso che tali soggetti possano assumere il patrocinio del proprio datore di lavoro di fronte ai giudici dell'Unione, perché privi di una sufficiente condizione di autonomia ed indipendenza; dare loro il patrocinio contrasterebbe con la «concezione del ruolo dell'avvocato» propria delle tradizioni giuridiche comuni ai Paesi membri dell'Unione, e recepite dalle fonti comunitarie per cui «costui (l'avvocato, n.d.r.) è chiamato a collaborare con la giustizia e a fornire, in tutta indipendenza e nell'interesse superiore di quest'ultima, l'assistenza legale di

<sup>3</sup> G. PITRUZZELLA, *Tutela della concorrenza e professione forense*, in *Lo Stato. Rivista trimestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto*, 4/2015, pp. 67 ss., 79.

cui il cliente ha bisogno»<sup>4</sup>. Chi può ricevere istruzioni dal datore di lavoro ed è a questi legato da un vincolo giuridico di subordinazione non gode della libertà professionale nella misura in cui deve goderne un vero e proprio avvocato che, se non è libero – ci dice la Corte di giustizia – appunto avvocato non è.

Ed in effetti alzare lo sguardo oltre gli orizzonti strettamente nazionali può essere di giovamento per superare i confini a volte un po' asfittici del dibattito nazionale.

### **Uno sguardo oltre i confini: l'indipendenza dell'avvocato nella Costituzione tunisina e nelle Carte internazionali ed europee (cenni)**

Numerose sono le fonti sovranazionali che evidenziano la specialità costituzionale dell'avvocato, e la necessità che l'ordinamento ne protegga l'autonomia e l'indipendenza. Il riferimento più recente, e forse più evocativo, è quello alla nuova Costituzione tunisina, figlia della Primavera araba e della "Rivoluzione dei Gelsomini", forse unico faro di speranza in un'area geografica dilaniata dai conflitti e dalla tragedia del terrorismo fondamentalista, il cui art. 105 proclama: «La professione di avvocato è una professione libera e indipendente, che partecipa alla realizzazione della giustizia ed alla difesa dei diritti e delle libertà. L'avvocato beneficia delle garanzie della legge che gli assicurano una protezione e gli permettono l'esercizio delle sue funzioni». Il ruolo fondamentale dell'Avvocatura tunisina nella caduta del regime autoritario di Ben Ali è stato riconosciuto dal conferimento del Premio Nobel per la Pace all'Ordine degli avvocati tunisini, insieme ad altri soggetti della società civile riuniti nel cd. "quartetto".

Senza pretese di esaustività, può essere utile qui richiamare altre fonti di diritto internazionale o sovranazionale, anche prive del rango costituzionale proprio della norma da ultimo richiamata, ma comunque significative perché chiaramente rivelatrici del consolidamento, nella comunità internazionale, della consapevolezza circa il tono propriamente costituzionale che riveste il problema dell'indipendenza degli avvocati, sia come singoli, che come corpo collettivo. Una recente Raccomandazione Rec (2000) 21 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa precisa quanto segue: «Principio V, Associazioni: 1. Gli avvocati dovrebbero essere incoraggiati a creare e a divenire membri di associazioni professionali locali, nazionali ed internazionali che, individualmente o collettivamente, sono incaricate di migliorare la deontologia e di salvaguardare l'indipendenza e gli interessi degli avvocati [...] 3. Il ruolo degli ordini forensi o di altre associazioni professionali di avvocati nella protezione dei propri membri e nella difesa della loro indipendenza dovrebbe essere tutelato da ogni

---

<sup>4</sup> Corte di giustizia, VIII sez., 6 settembre 2012, in cause riunite C-422/11 P e C-423/11 P, punto n. 17.

restrizione o ingerenza ingiustificata»<sup>5</sup>. Nella stessa raccomandazione si legge che il Consiglio d'Europa è «cosciente della necessità di assicurare un sistema giudiziario equo, che garantisca l'indipendenza degli avvocati nell'esercizio della loro professione contro restrizioni ingiustificate e pressioni, incitazioni, minacce o intromissioni indebite, dirette o indirette, qualunque sia il soggetto dal quale provengono o la ragione per la quale sono esercitate».

L'indipendenza degli avvocati è riconosciuta anche dall'ONU: tra i «Principi di base relativi al ruolo degli avvocati» adottati all'ottavo Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione del crimine ed il trattamento dei criminali (L'Avana, 27 agosto - 7 settembre 1990) si legge: «16. I poteri pubblici assicurano che gli avvocati a) possano adempiere a tutte le loro funzioni professionali in assenza di intimidazioni, ostacoli, persecuzioni ed indebite interferenze». Ed è considerata una «consuetudine internazionale e principio generale di diritto riconosciuto dalla comunità internazionale ai sensi rispettivamente del paragrafo 1 b) e 1 c) dell'articolo 38 dello Stato della Corte internazionale di Giustizia»<sup>6</sup>. In questo contesto, è stato colto il collegamento tra indipendenza dell'avvocato e indipendenza del giudice, sancita in una delle più importanti convenzioni internazionali, e cioè nel paragrafo 1 dell'art. 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici che, come precisa il Comitato sui Diritti Umani nella sua *Observation générale* n. 32,10 è un diritto assoluto che non conosce eccezione alcuna<sup>7</sup>. Come è stato sottolineato anche nel dibattito italiano, l'indipendenza dell'avvocato è un bene giuridico necessario ad una società democratica, in quanto presupposto per un pieno esercizio del diritto di difesa, e preconditione per la libera interpretazione del diritto, attraverso la quale gli ordinamenti progrediscono verso più elevate soglie di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali<sup>8</sup>.

Deve inoltre essere menzionata la Risoluzione del Parlamento europeo del 23 marzo 2006, che sembra avere qualcosa da dire anche in tema di società tra avvocati: «E. considerando che gli obblighi dei professionisti legali di mantenere l'indipendenza, evitare conflitti di interesse e rispettare la riservatezza del cliente sono messi particolarmente in pericolo qualora siano autorizzati ad esercitare la professione in organizzazioni che consentono a persone che non

<sup>5</sup> Rec (2000) 21 del Comitato dei Ministri agli Stati membri del Consiglio d'Europa sulla libertà di esercizio della professione forense (Consiglio d'Europa).

<sup>6</sup> Assemblea Generale A/HRC/11/41, 24 marzo 2009, Rapporto del Relatore speciale sull'indipendenza dei giudici e degli avvocati, Leandro Despouy.

<sup>7</sup> Comitato sui Diritti Umani, articolo 14: Diritto all'uguaglianza davanti ai tribunali ed alle corti di giustizia nonché ad a un processo equo, CCPR/C/GC/32, paragrafo 19.

<sup>8</sup> Ha accostato l'importanza dell'indipendenza dell'avvocato a quella del giudice ai fini della protezione del valore della libera interpretazione del diritto l'allora primo presidente della Corte di cassazione, E. Lupo, in occasione del suo apprezzato indirizzo di saluto al XXX Congresso nazionale forense di Genova (novembre 2010).

sono professionisti legali di esercitare o condividere il controllo dell'andamento dell'organizzazione mediante investimenti di capitale o altro, oppure nel caso di partenariati multidisciplinari con professionisti che non sono vincolati da obblighi professionali equivalente [...] 1. Riconosce pienamente la funzione cruciale esercitata dalle professioni legali in una società democratica, al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali, lo stato di diritto e la sicurezza nell'applicazione della legge, sia quando gli avvocati rappresentano e difendono i clienti in tribunale che quando danno parere legale ai loro clienti; [...] 3. evidenzia le alte qualificazioni richieste per accedere alla professione legale, il bisogno di proteggere tali qualificazioni che caratterizza le professioni legali, nell'interesse dei cittadini europei e il bisogno di creare una relazione specifica basata sulla fiducia tra i membri delle professioni legali e i loro clienti; 4. ribadisce l'importanza delle norme necessarie ad assicurare l'indipendenza, la competenza, l'integrità e la responsabilità dei membri delle professioni legali, con lo scopo di garantire la qualità dei loro servizi, a beneficio dei loro clienti e della società in generale, e per salvaguardare l'interesse pubblico; [...]»<sup>9</sup>.

Al livello delle fonti europee, merita però una trattazione specifica la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che contempla nella sezione dedicata alla giustizia (art. 47 e ss.) il diritto di ogni persona di «farsi consigliare, difendere e rappresentare», nonché il diritto al patrocinio a spese dello Stato (art. 47, commi 2 e 3), e sancisce che «Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato» (art. 48, comma 2). Ancor più importante l'art. 15 dedicato alla libertà professionale.

### **La libertà professionale nella Carta europea dei diritti fondamentali e nella riforma dell'ordinamento forense (legge 247/2012)**

Com'è noto, la Carta europea dei diritti fondamentali è oggi parte integrante dei Trattati alla luce del Trattato di Lisbona. L'art. 15 è appunto dedicato a «Libertà professionale e diritto di lavorare», e recita: «Ogni persona ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata». La libertà professionale è dunque stabilmente incardinata nell'ordine costituzionale europeo al più alto livello delle fonti, nel testo normativo maggiormente carico di implicazioni assiologiche, e recante la trama di valori fondamentali comuni che devono orientare l'azione dei pubblici poteri dell'Unione e degli Stati membri. Due sono i rilievi che emergono con evidenza: la libertà professionale è collocata nella seconda delle griglie valoriali nelle quali si articola la Carta (dignità, libertà, eguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia), insieme con altri fondamentali diritti di libertà, quali la libertà personale e il diritto alla

---

<sup>9</sup> Professioni legali e interesse generale nel funzionamento dei sistemi giuridici - Risoluzione del Parlamento europeo sulle professioni legali e l'interesse generale nel funzionamento dei sistemi giuridici adottata il 23 marzo 2006.

sicurezza (art. 6), la libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 10), la libertà di espressione (art. 11), la libertà di riunione e di associazione (art. 12); la libertà professionale è accostata (ed è garantita insieme) al diritto di lavorare, in una disposizione diversa da quella dedicata alla protezione della libertà di impresa, che segue immediatamente nel testo della Carta, all'art. 16. La libertà professionale è dunque riconosciuta come parte integrante e fondante di quelle tradizioni costituzionali comuni che costituiscono il più prezioso patrimonio giuridico e culturale dell'Unione europea. Il riferimento alla persona quale titolare del diritto, piuttosto che al cittadino dell'Unione, richiama i principi del costituzionalismo universalistico moderno, che ha svincolato la protezione dei diritti fondamentali dalla cittadinanza e li ha ancorati alla dignità della condizione umana in quanto tale. E si pone in stretto collegamento con il principio personalista proprio della tradizione costituzionale italiana. Sotto l'alveo della libertà professionale sono dunque ricondotte, dal comma successivo dell'art. 15, le libertà di stabilimento e di prestazione di servizi che sono invece riferite ai cittadini europei e che hanno costituito i principi guida del sistema europeo di regolazione delle professioni secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia ed il diritto comunitario derivato (cfr. artt. 26, 45, 49 e 56, TFUE). È di tutta evidenza la primazia logico giuridica del primo comma rispetto al secondo ed al terzo (che estende ai cittadini dei paesi terzi la protezione accordata ai cittadini europei, ma solo se gli extracomunitari sono autorizzati a lavorare nel territorio dell'Unione): lo si ricava non solo dalla rubrica dell'articolo ancorata appunto alla proclamazione del diritto di libertà professionale in senso generale, piuttosto che alle declinazioni collegate alla libera circolazione dei lavoratori, ma soprattutto dal diverso riferimento soggettivo impiegato (persona e non cittadino), così carico di implicazioni culturali e di storia costituzionale. Le norme di diritto europeo derivato che regolano pertanto la libera prestazione di servizi e la libertà di stabilimento dei professionisti devono essere interpretate alla luce della portata della proclamazione della libertà professionale tra i diritti fondamentali, e non viceversa. L'ancoraggio dell'ordinamento forense alla protezione della libertà professionale offerta dal "Trattato costituzionale" europeo è decisiva ai fini del problema centrale del trattamento giuridico delle attività professionali, nell'annoso dibattito tra riconduzione di queste all'alveo della libertà di impresa, o piuttosto al principio lavorista ed al lavoro come espressione della personalità sociale dell'uomo (C. Mortati). Autorevole dottrina ha di recente riassunto tale dibattito nella delineazione di «due modelli di concepire le professioni liberali e in particolare la professione forense»<sup>10</sup>. Uno di stampo "liberista" o "neoliberista", che accentua la prospettiva funzionalista propria della sistematica dei Trattati europei nella regolazione dei servizi professionali fino a condurre la necessaria applicazione del principio di concorrenza all'esito della equiparazione pedis-

<sup>10</sup> G. ALPA, *I custodi dei diritti. Avvocatura, mercato, politica*, Il Sole 24 ore, Milano 2007, p. 42.

sequa dell'attività professionale all'attività di impresa. Un altro indirizzo riconduce piuttosto le attività professionali (e specialmente quelle più direttamente collegate ai diritti fondamentali, come la professione forense) ad un tessuto di valori legati alla «nostra tradizione giuridica, antica e prestigiosa»<sup>11</sup> che reclama la specialità di un trattamento normativo che riconosca il rilievo dell'autonomia deontologica delle categorie e le esigenze di pubblico interesse che giustificano l'istituzione ordinistica, in coerenza con il principio di sussidiarietà orizzontale e con il rilievo costituzionale delle formazioni sociali.

La libertà professionale protetta al massimo livello delle fonti europee ha un'influenza decisiva nel senso di orientare la collocazione della professione forense verso il polo dell'orizzonte lavoristico, piuttosto che verso il lido (ideologico oltre che giuridico) della libertà di impresa. Non solo per la (già ricordata) diversa collocazione nel testo, ma soprattutto per la evidente minore intensità di protezione che la Carta assicura alla libertà di impresa rispetto alla libertà professionale: la prima è solo riconosciuta conformemente al diritto dell'Unione, alle legislazioni e perfino alle prassi nazionali, lasciando intendere che anche prassi amministrative possano limitare l'esercizio dell'iniziativa economica; la seconda è protetta in quanto tale, senza ulteriori prospettive conformative o limitanti.

La riforma organica dell'ordinamento forense varata dal legislatore italiano alla fine della scorsa legislatura con la legge 31 dicembre 2012, n. 247 si colloca pienamente nella prospettiva indicata dall'art. 15 della Carta europea dei diritti fondamentali. Il legislatore della riforma non è rimasto neutrale rispetto al dibattito qui richiamato, e ha certamente saldamente ancorato la disciplina della professione forense alla nozione europea di libertà professionale e alla prospettiva di inquadramento dell'esercizio della professione nell'alveo lavoristico piuttosto che in quello dell'impresa, con tutte le conseguenze del caso, basti pensare, per fare un esempio, alla disciplina delle società tra avvocati prevista dalla legge. Ma – ancora – la libertà professionale, l'autonomia e l'indipendenza dell'avvocato sono oggetto di molte altre disposizioni del nuovo ordinamento forense: si pensi all'art. 2, comma 3, dove al fine di sottrarre l'avvocato a possibili condizionamenti e al fine di evitare di approfittare di relazioni personali, si impone a chi si iscrive di diritto (magistrato) di non esercitare nei circondari dove ha esercitato negli ultimi quattro anni; all'art. 2, comma 4, dove si dice che l'avvocato – in parallelismo con il principio costituzionale riferito al giudice – è soggetto (soltanto) alla legge e alle regole deontologiche; all'art. 3, comma 1, dove l'esercizio della professione deve essere fondato «sull'autonomia e sull'indipendenza dell'azione professionale e del giudizio intellettuale»; all'art. 3, comma 2, dove ancora si richiama il dovere di esercitare la professione con indipendenza; all'art. 4, comma 1, dove si dice che la partecipazione

---

<sup>11</sup> G. ALPA, *op. cit.*, p. 32.

ad associazioni professionali “non può pregiudicare l'autonomia, la libertà e l'indipendenza intellettuale o di giudizio dell'avvocato”. Gli esempi potrebbero continuare: in conclusione, è possibile richiamare le norme sulle incompatibilità, anch'esse ispirate alla *ratio* di conservare la libertà e l'indipendenza dell'avvocato (art. 18), e soprattutto quelle che, a conferma della relazione tra dimensione individuale e collettiva della libertà professionale, impongono al Consiglio dell'ordine (art. 29, lett. h) ed al Consiglio nazionale di tutelare l'indipendenza ed il decoro della professione (art. 35, lett. h).

### La professione forense nella Costituzione italiana

Fin dagli anni settanta la Corte costituzionale ha ritenuto che «gli avvocati e i procuratori in vista e per il fatto dell'esercizio della professione, si trovano in una posizione che ha aspetti di peculiarità che oggettivamente la differenziano da quella di tutti gli altri prestatori d'opera intellettuale»<sup>12</sup>. La stessa Corte ha poi menzionato «l'impegno e lo scrupolo deontologico con cui avvocati e procuratori assolvono quotidianamente una funzione insostituibile per il corretto svolgimento della dinamica processuale» e soprattutto i «meriti storici che l'avvocatura ha acquisito anche fuori delle aule di giustizia, contribuendo alla crescita culturale e civile del Paese e, soprattutto, alla difesa delle libertà»<sup>13</sup>.

Al di là della giurisprudenza costituzionale, la specialità costituzionale della professione forense è anzi tutto un dato di diritto positivo, essendo l'unica professione espressamente menzionata nel testo costituzionale, e, dunque, sotto questo profilo, sicuramente costituzionalmente necessaria. Come detto, numerose norme costituzionali contemplano infatti la qualità di avvocato sia come requisito soggettivo necessario ai fini dell'elettorato passivo per il CSM (art. 104, comma 4), e per la Corte costituzionale (art. 135, comma 2), sia come causa di incompatibilità con l'assunzione dei rispettivi *munera* (cfr. art. 104, comma 7, che esclude che i componenti del CSM possano essere iscritti in albi professionali, e art. 135, comma 6, in forza del quale «l'ufficio di giudice della Corte è incompatibile con... l'esercizio della professione forense»). Oltre alle norme indicate si segnala per la sua importanza l'art. 106, comma 3, Cost., in forza del quale «su designazione del Consiglio superiore della magistratura possono essere chiamati all'ufficio di consiglieri di cassazione, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni d'esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori». La disposizione, pienamente attuata solo con la legge 5

<sup>12</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 137 del 1975.

<sup>13</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 171 del 1996. Sulle azioni intimidatorie, ed in particolare sulle devastazioni degli studi professionali che dovettero subire molti avvocati italiani, si veda G. SALVEMINI, *La dittatura fascista in Italia*, in *Scritti sul fascismo*, vol. 1, Feltrinelli, Milano 1961, pp. 118-128.

agosto 1998, n. 303, che prevede una procedura che si snoda attraverso una segnalazione non vincolante operata dal Consiglio nazionale forense, letta alla luce di un'interpretazione sistematica e soprattutto in collegamento con il nuovo art. 111 Cost., conferma lo status particolare della professione forense tra le altre professioni. La coesistenzialità della professione forense all'esercizio della giurisdizione è stata di recente anche simbolicamente riconosciuta dal legislatore ordinario all'atto di disciplinare la cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario: la legge delega per la riforma dell'ordinamento giudiziario (la legge 25 luglio 2005, n. 150) prevede all'art. 2, comma 29, che in quella solenne assemblea, dopo la relazione del Primo Presidente della Corte di cassazione, prenda la parola, oltre al Procuratore generale, al Vicepresidente del CSM e al Ministro della giustizia, anche il Presidente del Consiglio nazionale forense.

A proposito del rilievo costituzionale della professione di avvocato, può essere interessante in questa sede rilevare come nella stagione costituente non mancarono progetti e proposte (riferibili a giuristi della statura di Piero Calamandrei) di inserimento della partecipazione dell'ordine forense addirittura alle procedure di investitura dei giudici costituzionali<sup>14</sup>.

Non può peraltro tralasciarsi, a proposito della posizione costituzionale della professione forense, l'effettiva portata dell'art. 24 Cost. che garantisce il diritto di difesa. Deve ritenersi che neanche in sede di eventuale revisione della Costituzione il legislatore (di rango costituzionale) possa sopprimere la figura professionale dell'avvocato, considerato che il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. comprende certamente la difesa tecnica, ovvero la difesa effettuata dall'avvocato, e che il diritto di difesa è diritto fondamentale del cittadino (e del non cittadino) senz'altro riconducibile a quel nucleo irrinunciabile dei principi supremi dell'ordinamento e dei diritti fondamentali che non possono essere modificati neanche in sede di revisione costituzionale, a meno di non sovvertire l'ordine costituzionale, e fondarne uno nuovo. Afferma espressamente la Corte costituzionale che il diritto alla tutela giurisdizionale è «Diritto, questo, che la Corte ha già annoverato “fra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2”<sup>15</sup>, e che non esita ad ascrivere «tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio»<sup>16</sup>. È insomma dato acquisito fin dalle primissime pronunzie della Corte costituzionale sull'art. 24 Cost. che lo stesso implichi la necessaria presenza dell'avvocato: «Per cogliere il significato e la portata del diritto della difesa, con tanta energia proclamato dalla Costituzione come inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, è necessario porre in relazione il diritto stesso

---

<sup>14</sup> Cfr. C. RODOTÀ, *Storia della Corte costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 1999, p. 6.

<sup>15</sup> Corte cost., sent. n. 98 del 1965.

<sup>16</sup> Corte cost. 22 gennaio 1982, n. 18.

con il riconoscimento del diritto, per ogni cittadino enunciato nella prima parte del medesimo art. 24, di potere agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. In questo modo si rende concreto e non soltanto apparente il diritto alla prestazione giurisdizionale, che è fondamentale in ogni ordinamento basato sulle esigenze indefettibili della giustizia e sui cardini dello Stato di diritto. Il diritto della difesa, pertanto, intimamente legato alla esplicazione del potere giurisdizionale e alla possibilità di rimuovere le difficoltà di carattere economico che possono opporsi (come si è detto nel terzo comma dello stesso art. 24) al concreto esercizio del diritto medesimo, deve essere inteso come potestà effettiva della assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti»<sup>17</sup>.

Sotto questo profilo, essendo evidentemente connessa con le basi costituzionali dello Stato di diritto, la necessità dell'avvocato per la difesa in giudizio deve ritenersi non solo elemento indefettibile alla forma di Stato democratica, ma anche – evidentemente – conquista irrinunciabile della civiltà giuridica perfino precedente all'instaurazione di regimi democratici (atteso che lo Stato di diritto è esperienza storica ed istituzionale certamente precedente). Ancora con riferimento al contenuto precettivo dell'art. 24 Cost., va detto che la difesa tecnica è evidentemente strettamente connessa al diritto al contraddittorio di cui all'art. 111 Cost.: in questo senso il diritto al contraddittorio altro non è che l'aspetto sostanziale della difesa tecnica, in quanto consente «di far valere – appunto – le ragioni delle parti»<sup>18</sup>. In ogni caso, i due aspetti del diritto di difesa (tecnico e sostanziale) non possono costituire due entità distinte, poiché il primo è indispensabile ad offrire un effettivo e concreto sostegno al secondo; d'altronde l'assistenza tecnica si ridurrebbe ad una mera formalità se alla parte non fossero attribuiti reali poteri difensivi. È necessario pertanto individuare le condizioni di effettività che consentono alla parte ed al suo procuratore l'esercizio di adeguati poteri difensivi<sup>19</sup>.

Il diritto di difesa non solo ricomprende la necessità della difesa tecnica, ma anche si estende fino a fornire copertura costituzionale anche ad alcuni caratteri che connotano l'esercizio della professione forense, compreso il dovere di osservare il segreto professionale, riconosciuto anche dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo come elemento necessario del diritto al giusto processo (art. 6, CEDU), in quanto oggetto di un diritto fondamentale dell'assistito, e non di un privilegio dell'avvocato<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Corte cost. 8 marzo 1957, n. 46.

<sup>18</sup> Corte cost., sent. ult. cit.

<sup>19</sup> A. POLICE, *Art. 24*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet, Milano 2006, pp. 501 ss., 511-512.

<sup>20</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 novembre 1991, S. c. Suisse, in *Rev. Trim. droit de l'homme*, 1993, p. 295 e 297). Sul segreto professionale, vedi, tra gli altri, G. COLAVITTI, *Segreto*

La richiamata riforma dell'ordinamento forense si pone in linea con la descritta specialità costituzionale della professione di avvocato, che richiede certamente uno statuto propriamente legale della professione, come l'ordinamento giudiziario, giacché l'indipendenza e l'autonomia dell'avvocato non sono meno importanti di quelle dei magistrati, essendo queste «indispensabili condizioni dell'effettività della difesa e della tutela dei diritti» (art. 1, comma 2, lett. b), legge 247/2012. Non sembri questa una affermazione ovvia o scontata: solo pochi mesi prima della riforma varata dal Parlamento, il Governo Monti aveva proceduto ad una profonda delegificazione dell'ordinamento forense, con il decreto del Presidente della Repubblica n. 137 del 2012.

### **L'avvocatura come istituzione: l'ordine degli avvocati e la libertà professionale collettiva**

Attesa la piena copertura costituzionale dell'avvocatura, professione “costituzionalmente necessaria”, sembrano sussistere i presupposti sistemici per valorizzare il ruolo dell'avvocatura come corpo collettivo, oltre che il ruolo costituzionale dell'avvocato. In questo senso il tema si riallaccia ad un'idea dell'avvocatura come “contropotere” in grado di bilanciare gli eventuali eccessi di altri poteri; idea che non è nuova e che anzi ha un Padre nobile nel pensiero di Francesco Carrara, che ne discorreva allorquando sosteneva, a margine dei lavori preparatori della prima legge dell'Italia unita in tema di ordini forensi (1872), la necessità di costituire una istanza nazionale rappresentativa della categoria, oltre ovviamente agli ordini locali. Carrara vedeva nell'avvocatura organizzata in ordine un corpo collettivo capace di contrastare gli abusi del potere esecutivo. È l'ordine forense al centro della riflessione del Carrara: «l'Ordine degli Avvocati ha dalla sua propria natura, e sotto qualsiasi forma di governo, una missione antica quanto il primo patrono che sorse ad impedire che col pretesto del diritto si violasse il diritto»<sup>21</sup>.

L'avvocatura come corpo collettivo diviene una comunità ordinata secondo diritto ed acquisisce rilievo giuridico in quanto collettività nell'istituzione che esce indubbiamente rafforzata dalla riforma forense: l'ordine forense, nelle sue articolazioni nazionali (il Consiglio nazionale), e locali (i Consigli dell'ordine), nonché nei nuovi organi disciplinari, che rimangono comunque emanazione dell'ordine. Oltre alla “rilegificazione” dello statuto normativo dell'avvocato in forza della specialità costituzionale della professione forense, la legge 247/2012 presenta infatti un evidente ulteriore carattere generale: la conformazione della

---

*professionale e diritto di difesa nelle tradizioni costituzionali comuni europee (in ricordo di Sergio Panunzio)*, in F. CERRONE - M. VOLPI (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Jovene, Napoli 2007, pp. 573-600.

<sup>21</sup> F. CARRARA, *Il passato, il presente e l'avvenire degli avvocati in Italia*, Giuffrè, Milano 1998, p. 30 [ed. orig. 1874].

libertà professionale dell'avvocato, cardine dell'ordinamento forense, si snoda non solo intorno alla delineazione di uno status di autonomia ed indipendenza del singolo iscritto nell'albo, ma si declina anche nella sua dimensione collettiva. La libertà del singolo professionista è presidiata infatti dalla libertà dell'istituzione ordinistica, eletta dalla categoria stessa, così come designati dagli organi di categoria (e non dai Presidenti dei tribunali, come invece accade per le altre professioni nel sistema di cui al d.P.R. 137/2012) sono i componenti degli organi disciplinari di nuova istituzione. Le due dimensioni, quella individuale e quella collettiva stanno insieme inscindibilmente; non esiste garanzia di libertà professionale dell'avvocato senza un ordine forense libero ed indipendente dai poteri pubblici e privati, ferma restando la natura di ente pubblico di tale istituzione e la conseguente necessaria soggezione al principio di legalità. L'ordine infatti non è il "padrone" dell'albo, e non decide arbitrariamente chi accede e chi non accede alla professione, ma custodisce l'albo secondo le prescrizioni della legge, e facendone applicazione in relazione ai requisiti soggettivi necessari per l'esercizio della professione.

E, come sopra accennato, la dimensione centrale del diritto di libertà professionale nel nuovo ordinamento forense emerge fin dai primi articoli della legge 247, e trova innumerevoli conferme nelle successive disposizioni: oltre alla lettera b) del comma 2 dell'art. 1, dove l'indipendenza e l'autonomia sono correlate all'effettiva tutela dei diritti, si segnala in particolare l'incipit dell'art. 2, dove l'avvocato è definito un «libero professionista, che in libertà, autonomia ed indipendenza, svolge le attività» professionali. Per ben due volte, nell'arco dello stesso comma, compare il riferimento alla libertà professionale: non è certo un caso. I primi due articoli della legge, quelli che descrivono il paradigma valoriale nel quale è iscritto il mestiere di avvocato, vanno infatti letti in stretta correlazione non solo con la dimensione costituzionale della professione forense, della quale abbiamo già detto, ma anche con il panorama di riferimento di diritto europeo, peraltro espressamente richiamato all'art. 1, comma 1.

### **Abstract**

*In the current Italian controversy concerning the regulations of the professional practice, the constitutional significance of the independence of the lawyer does not appear to be perceived with the appropriate awareness.*

*The competition law, as it is presently implemented in Italy, not only jeopardizes the autonomy of the code of conduct of the lawyers, but also does not allow any reasonable balance amongst all the public interests in play that are worthy of protection.*

*However, the international and supranational scenarios offer many examples of how the independence of the lawyers actively contributes to the foundation of modern democracies: see for instance the article 105 of the newly promulgated Tunisian Constitution, the guidelines of the European Council and of the UN, and most importantly the article 15 of the Charter of Fundamental rights of the European Union. Moreover the Italian system itself reaffirmed the Constitutional speciality of the legal profession and the necessity of rules that guarantees the freedom of each lawyer's professional practice even through the independence of the professional association he or she belongs to.*

# Valori dell'avvocatura ed effettività delle tutele

Bruno Piacci

---

## La professione dell'avvocato

In un articolo di qualche tempo fa, un autorevole Giurista quale Stefano Rodotà ha evidenziato come la situazione sociale e politica prodotta dalla «Seconda Repubblica» fosse ben lontana da quella che negli anni '70 diede vita ad importantissime scelte legislative in tema di «Lavoro», «Famiglia» e di altri nevralgici settori della vita sociale, essendosi determinato quello che lo stesso Rodotà ha definito «il grande deserto dei diritti».

Osservazioni, come sempre, molto acute e che inducono a qualche riflessione sull'Avvocatura, che proprio la tutela dei diritti è chiamata ad assicurare.

Io credo che i diritti non possano essere che il riflesso dei valori in cui crediamo e che a loro volta costituiscono la guida da seguire nel percorso che ciascuno di noi è chiamato a compiere nell'ambito della società e della civile convivenza.

Per quanto riguarda l'Avvocatura, è evidente che il primo ed immediato valore di riferimento non può che essere la legge.

Ma la norma non può essere l'espressione di un mondo chiuso in se stesso, o comunque circolarmente arroccato sulle proprie esperienze, lasciando fuori di sé lo scorrere della quotidiana realtà.

E di quotidiana realtà vive ed ha sempre vissuto la professione d'Avvocato, sicché la possibilità di assicurare la tutela dei diritti va verificata in rapporto a quali siano gli spazi effettivi che le norme e l'ordinamento concedono all'Avvocato, affinché possa spendere la propria competenza tecnica – indispensabile per la risoluzione dei casi concreti – in maniera inscindibilmente connessa al rispetto dei canoni deontologici.

Pertanto, qualsiasi riflessione sullo stato in generale della professione forense, del sistema ordinistico che la governa, e delle problematiche esterne ed interne che ne segnano la vita, non può che guardare con attenzione ai ripetuti interventi operati dal Legislatore nel corso di questi ultimi anni, sia in temi direttamente riguardanti la professione sia in quello teoricamente parallelo, ma in realtà fortemente intersecante la professione, del processo.

Ed infatti, essendo il processo, «il ferro del mestiere» dell'Avvocato, le norme che si sono succedute in questi anni non esauriscono affatto il loro effetto nei richiamati ambiti processuali, ma incidono invece direttamente sulla vita dell'avvocatura in termini di spendita professionale e su quella dei cittadini in termini di effettività delle tutele.

Discorrendo quindi di deontologia, ma in ciò facciamo ormai rientrare anche gli aspetti che più precisamente atterrebbero all'Ordinamento, non si può

non riflettere su quali siano o debbano essere i valori a cui l'Avvocatura faccia riferimento, e di come tali valori si traducano nella concreta esperienza personale e professionale degli avvocati.

Come già ho avuto modo di osservare in altra occasione, l'Avvocato è il portatore stesso di valori fondamentali che non possono essere che quelli della correttezza dei comportamenti, anche di carattere personale, e della qualità ed efficacia della prestazione professionale; perché l'Avvocato è un professionista che opera per la tutela dei diritti e degli interessi della persona, con la funzione indispensabile di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti e soprattutto ciò pone in essere in piena libertà, autonomia e indipendenza.

Ma questi valori hanno subito un durissimo attacco se soltanto si consideri che tutte le norme che si sono succedute dal luglio del 2011, puntavano in una direzione decisamente opposta a quella delineata dai valori primari e fondamentali a cui l'Avvocatura si conforma.

Ed infatti, questa professione è stata bersaglio di critiche spesso ingiuste e frutto di pregiudizi, dandosi luogo ad un vero e proprio « tiro all'Avvocato », ampiamente sostenuto dalla stampa, nonché dalle sollecitazioni dell'Autorità per la Concorrenza ed il Mercato (AGCM), che in nome di una ipotizzata libertà di concorrenza ha spinto per una equiparazione pressoché totale tra impresa e professione.

Eppure non molto tempo fa, sul Corriere della Sera, Giannantonio Stella – che non sembra nutrire particolari simpatie per gli avvocati – si lamentava di quello che il titolo del suo articolo definiva « L'assalto legale a Medici e pazienti ».

Orbene – al di là che l'utilizzo del termine « legale » testimonia quali siano i sentimenti dell'autore nei confronti dell'Avvocatura – va detto che nel corpo dell'articolo lo stesso Stella censurava – in maniera assolutamente condivisibile – una pubblicità presente sui maggiori quotidiani nazionali, ed in cui una giovane donna porta legata sul seno una bomba ad orologeria.

Bomba che nel caso di specie è costituita da protesi difettose o da interventi chirurgici erronei, per riparare i danni dei quali, una Società, nella didascalia sottoposta all'immagine, si dichiara pronta ad offrire globale assistenza, ovviamente a pagamento.

Si lamentava Giannantonio Stella che questo modo di fare pubblicità desse luogo ad un attacco indiscriminato nei confronti dei Medici e dei pazienti e alla stipula di « contratti in corsia », così come avviene negli ospedali americani in cui procacciatori d'affari fanno sottoscrivere alle vittime di incidenti, mandati per azioni risarcitorie dei cui frutti economici è compartecipe il legale a cui questa pratica sarà affidata.

Doglianze giustissime.

Ma mi chiedo perché allora definire corporative e reazionarie le proteste dell'Avvocatura quando già nel 2006 fu eliminato il divieto del patto di quota lite – che, anzi, venne eletto a strumento legale del rapporto di clientela – e perché definire allo stesso modo la levata di scudi del sistema ordinistico allorquando si è cercato di eliminare tutti i vincoli alla pubblicità professionale?

In altri termini, quando l'Avvocatura ha immediatamente rappresentato quali fossero i rischi dell'eliminazione del divieto del patto di quota lite e quali fossero le inevitabili storture derivanti dell'eliminazione dei vincoli alla pubblicità professionale (ivi compresa quella elogiativa e comparativa, dal confine estremamente labile con l'accaparramento di clientela), l'Avvocatura non ha fatto altro che richiamare i valori a cui la stessa si conforma e che nella loro condivisione danno corpo alla valenza effettiva delle norme deontologiche.

Tuttavia, all'incirca dal 2011 e poi ancora per tutto il 2012 e 2013, l'Avvocatura è stata oggetto di ripetuti interventi legislativi, tutti genericamente indicati come portatori di asserite liberalizzazioni.

Basterà ricordare come in occasione della cosiddetta «manovra» del luglio 2011 vi sia stato un surrettizio tentativo di inserire nella stessa, praticando un vero e proprio blitz, quello che veniva indicato come articolo 39-*bis*, e che prevedeva, tra l'altro, l'eliminazione dell'Esame di Stato; di qualsiasi ipotesi di tariffe; dar luogo all'inserimento di soci di capitali nelle società di professionisti; la possibilità da parte del Governo di disciplinare la professione con regolamento; dar luogo all'equiparazione totale tra impresa e professionisti.

La norma poi non passò per quella che fu definita la rivolta degli Avvocati in Parlamento.

Tuttavia, già il 30 settembre dello stesso anno e cioè poco più di due mesi dopo, fu presentato il «Progetto per le imprese d'Italia», che in relazione a quelli che venivano definiti «i servizi professionali» – con evidente equiparazione alle attività commerciali – riprendeva i medesimi temi, aggiungendo la riduzione di riserve legali di attività professionali, la sottrazione dei controlli sulla pubblicità professionale agli Ordini per attribuirne la competenza esclusiva alla AGCM.

Un progetto sostenuto anche da una campagna mediatica («Troppi Avvocati!») volta sempre ad indicare negli avvocati una delle cause di freno allo sviluppo del Paese.

Evidentemente dimenticando che le controversie nascono dal mancato adempimento di obbligazioni di imprese nei confronti di altre imprese, di datori di lavoro nei confronti di lavoratori o di questi nei confronti dei primi, dalle posizioni dominanti delle imprese nei confronti dei consumatori (e che le cause sull'anatocismo se le banche non avessero calcolato gli interessi in un certo modo non sarebbero mai nate).

Perché sia chiaro, gli avvocati sono i ricettori delle patologie create dalle parti nei loro rapporti personali, di relazione, lavorativi, societari, e non ne sono certo la causa.

Le professioni intellettuali non sono equiparabili alle imprese, e le norme vanno lette alla luce della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, che rimarca la differenza tra imprese e servizi ed ancora si dimentica la raccomandazione del Parlamento Europeo del marzo 2006 che segnala il valore essenziale della difesa dei diritti rispetto alla disciplina del mercato.

Ma d'altra parte, i dati sopra evidenziati, erano la naturale evoluzione della cosiddetta «decretazione Bersani», in merito alla quale evidenziammo subito come la normativa che eliminava i minimi inderogabili di tariffa ed il divieto del patto di quota lite, dovesse ritenersi assolutamente improvida, innanzitutto sul piano deontologico, trasformando l'Avvocato nel socio del cliente, togliendogli quella serenità con cui affrontare il dissidio insorto tra le parti, e privandolo altresì di quella estraneità ai fatti che consente in tante occasioni di condurre a conciliazione la controversia, smussando le asperità e gli stati emotivi che le parti inevitabilmente immettono nel giudizio.

Ma facevamo rilevare anche che se il provvedimento della «Bersani» intendeva raggiungere un effetto deflattivo, l'intendimento era totalmente erroneo, perché l'Avvocato cointeressato all'esito del giudizio, avrebbe proceduto in tutti i gradi sin quando non avesse ottenuto soddisfazione economica, anche personale; soprattutto ove fosse stato stipulato un patto di quota lite puro in cui cioè se non si raggiunge il risultato vittorioso, nulla è dovuto al professionista.

Avevamo poi facilmente previsto che questa norma avrebbe avvantaggiato esclusivamente i grandi gruppi industriali, assicurativi e bancari, che infatti hanno potuto imporre convenzioni in alcuni casi addirittura mortificanti, senza che in alcun modo il privato cittadino – non in possesso di tale forza contrattuale – si potesse mai avvantaggiare della norma, così come puntualmente è avvenuto.

Ed è solo di questi giorni che grazie all'opera tenace e costruttiva del C.N.F., il Ministro della Giustizia abbia inteso finalmente intraprendere un percorso di senso opposto, riconoscendo la necessità che all'Avvocato venga sempre attribuito un giusto e decoroso corrispettivo per l'attività prestata, venendosi quindi ora a discorrere di «equo compenso».

### **Incongruenze e filtri apposti all'accesso alla giustizia**

Se quello sopra descritto era il quadro normativo che si andava delineando e quelli gli obiettivi dichiarati, non ci si può certo stupire degli interventi sul processo che a tanto sono seguiti e che confermavano sempre più una completa svalutazione della tutela giurisdizionale, la compromissione dei diritti e la supremazia del potere economico.

Uno degli elementi più evidenti è dato sicuramente dalla serie di filtri apposti all'accesso alla giustizia.

Sulle incongruenze degli artt. 348-*bis* e *ter* c.p.c., si è già detto tanto all'indomani della loro entrata in vigore, sicché mi limiterò a confermare che la valutazione sull'ammissibilità dell'appello circa la «non ragionevole probabilità di essere accolto», puntava esplicitamente a rendere significativamente difficile (se non impossibile) la correzione o la rimozione della statuizione di primo grado.

E al riguardo, non posso che ripensare a quanto osservava il Prof. Verde nel suo libro *Il difficile rapporto tra giudice e legge* e secondo cui il grado d'appello costituisce un elemento centrale per la domanda di giustizia e che ci si rivolge

ad un Giudice d'appello attribuendogli una più vasta e ricca esperienza e dunque una più meditata capacità di rendere giustizia.

Mi sembra, invece, evidente che la modifica del 348 c.p.c. di tale più vasta esperienza e di tale meditata capacità di rendere giustizia, ritenesse che il cittadino potesse farne tranquillamente a meno.

Non senza dire che se si fosse fatta una serena applicazione dei principi già previsti dall'art. 348 c.p.c. (non utilizzando cioè una mera ottica deflattiva) non ci sarebbe stato nessun bisogno delle modifiche apportate.

E ciò trova conferma, ma solo da ultimo, nella statuizione della Suprema Corte, che ha indicato criteri, in tema di ammissibilità del ricorso, molto meno stringenti di quelli adottati da varie Corti d'Appello (tra cui, tra le prime, quella di Roma), riportando la redazione dei motivi d'appello nell'alveo di quanto già previsto dall'art. 348 c.p.c., in virtù del quale era pacificamente richiesta la specificità dei motivi di appello e la necessità della presenza di una parte argomentativa idonea a contrastare la motivazione della sentenza impugnata.

E analoghe considerazioni devono farsi in riferimento alla modifica del numero 5 dell'art. 360 c.p.c., come è noto ora riferito esclusivamente «all'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti»; con la piena eliminazione della insufficiente e contraddittoria motivazione, e benché un giurista di valore come Alessandro Criscuolo, avesse al riguardo osservato che «il controllo della sufficienza della motivazione non di rado consente di porre rimedio a pronunzie palesemente non conformi al diritto».

In altri termini il sistema così come prima delineato aveva già in sé i meccanismi di correzione per rendere, quanto più possibile, effettiva giustizia.

Le scelte del Legislatore sono invece andate in tutt'altra direzione, preoccupandosi esclusivamente di ridurre, in qualsiasi modo, il numero delle controversie, del tutto indifferente se le modalità con cui si intendesse giungere a tanto comportasse una riduzione delle tutele.

Per ritornare solo a qualche anno addietro, basterà segnalare l'introduzione dei quesiti nei ricorsi in Cassazione ed all'utilizzo esclusivamente deflativo che si è fatto degli stessi, che pure avevano probabilmente in sé delle ottime potenzialità per definire l'oggetto del ricorso, ma che si erano tradotti esclusivamente in tagliole da cui far discendere la declaratoria di inammissibilità del ricorso.

E così, ancora, il primo Presidente della Suprema Corte, nel richiamare la disposizione dell'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c., secondo cui la sentenza deve contenere la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione e dunque di chiarezza e sinteticità, sosteneva la necessità che anche i ricorsi, le memorie e controricorsi non eccedessero le venti pagine e solo per l'eccezionale complessità delle fattispecie, si potesse aggiungere un riassunto di non più di due-tre pagine.

Se non si può che essere d'accordo sulla chiarezza degli atti, è altrettanto vero, come segnalato dal C.N.F. che la problematica è nata nel momento in cui

la Corte ha esasperato il proprio atteggiamento nei confronti del tema dell'autosufficienza.

Era infatti comprensibile che la classe forense, spinta dall'angoscia dell'accidentale dimenticanza di qualcosa che avrebbe segnato l'inammissibilità del ricorso, avrebbe preferito abbondare piuttosto che ridurre.

Una difficile contrapposizione che ha trovato una prima composizione nel protocollo di intesa del dicembre 2015 sottoscritto tra la Corte di Cassazione ed il C.N.F. in merito alle regole redazionali dei motivi di ricorso.

Nel Protocollo viene innanzitutto riconosciuto che l'esposizione dei motivi di diritto possa avere un'estensione di trenta pagine, ulteriormente ampliata per la particolarità o complessità delle questioni da trattare, ovvero ancora ove ci fosse necessità di ricorso incidentale. Ma soprattutto si è finalmente chiarito che gli atti, documenti, contratti, etc., appartenenti ai gradi di merito e che dovessero essere richiamati nei motivi di ricorso per Cassazione, non richiedessero la integrale riproduzione nel corpo del ricorso per sfuggire alla declaratoria di inammissibilità.

È invece sufficiente che gli stessi possano essere indicati con precisione circa il tempo (atto di citazione, ricorso, costituzione in giudizio, ecc.) e la fase in cui siano stati prodotti e vengano al rilievo della Corte con una separata allegazione degli stessi da aggiungere al fascicolo di produzione documentale.

Un corretto utilizzo delle preesistenti previsioni di legge, avrebbe quindi condotto, a mio avviso, a risultati molto più equilibrati e rispettosi sia dell'esigenza di celerità del processo, che dei diritti delle parti, ivi compreso quello di affidare le proprie ragioni all'Avvocato di loro fiducia, dovendo già sopportare i rilevanti incrementi di oneri economici, ivi compreso il pagamento del doppio del contributo unificato, ai sensi della legge 228/2012.

D'altro canto, è ormai sistematico che i problemi relativi alla lunghezza dei procedimenti vengano risolti attraverso gli interventi sul codice di procedura e non sull'organizzazione.

Analoghe considerazioni infatti possono farsi in relazione all'applicazione in ambito giuslavorista del cosiddetto *rito Fornero* che ha introdotto pur nell'ambito di un rito già speciale, un ulteriore e separato rito per i giudizi aventi ad oggetto le impugnative di licenziamento per i quali fosse applicabile la tutela *ex art. 18 Stat. Lav.*

Smentendo la *ratio* espressa di voler semplificare i riti nell'ambito del Settore Civile che era indicata nel d.lgs. 250/2011, la Riforma del Lavoro è intervenuto sul processo del lavoro come regolato dalla l. 533/1973 introducendo una quarta ed inutile fase preliminare.

Se l'obiettivo era quello di creare una corsia preferenziale per i licenziamenti, sarebbe stato sufficiente un'unica disposizione di udienze riservate agli stessi con termini di trattazione ad hoc.

Del resto, i tempi che vengono previsti dalla Riforma non sono sostanzialmente più brevi di quelli fissati dalla l. 533/73, per cui non si tratta evidente-

mente di un problema normativo, bensì ancora una volta di funzionamento dell'apparato e dunque che vi sarebbe stata necessità di ampliamento di organici e di investimenti nelle strutture e non di pretese riforme del codice cosiddette «a costo zero».

Sulle tante incongruenze della “Fornero”, basterà osservare come in riferimento al giudizio di opposizione – che caratterizza la seconda fase del procedimento – sia insorto contrasto tra il Tribunale di Milano e la propria Corte d'Appello in ordine alla possibilità che tale giudizio potesse essere assegnato allo stesso Giudice che aveva trattato la prima fase, dando luogo ad una serie di decisioni di nullità e quindi a provocare l'intervento dapprima della Corte Costituzionale e poi della Corte di Cassazione!

Non senza dire che ancora adesso, ad oltre quattro anni dall'entrata in vigore della legge, nel caso di giudizi in cui l'applicazione dell'art. 18 non risulti *de plano*, ma necessiti di un accertamento mediato, per evitare di incorrere nella decadenza dei termini previsti dalla legge 183/2010, gli avvocati sono costretti a depositare oltre al ricorso “Fornero”, altro ricorso pressoché identico, quale giudizio ordinario, con ulteriore esborso per il cliente e con ulteriore sovraccarico delle strutture giudiziarie.

Ed a conferma che la passione del Legislatore per gli interventi sul processo sia sempre stata molto forte, basterà richiamare le ipotesi contenute nel d.d.l. delega del dicembre 2013, con cui si prospettava la possibilità della composizione monocratica del giudice d'appello e la motivazione *per relationem* rispetto alle motivazioni del provvedimento impugnato in caso di conferma dello stesso.

Ma quella che spiccava tra le varie ipotesi – ovviamente in senso negativo – era la previsione di ottenere una motivazione della sentenza soltanto previo pagamento di quota parte del contributo unificato previsto poi per l'impugnazione.

E d'altro canto, anche questa non era una novità di quei giorni, giacché già nel 2011 ad iniziativa del Governo allora in carica vi era stato il disegno di legge AS 15 marzo 2011 n. 2612, volto ad introdurre l'istituto della motivazione a richiesta.

A corollario di tale ipotesi, vi era poi la previsione della solidarietà del difensore con l'assistito per i casi di condanna *ex art. 96 c.p.c.*

A testimonianza, ancora una volta, di quanto incida sulla vita professionale anche la norma processuale, nonché di quanto il Governo proponente non solo ignorasse un principio elementare del diritto e di etica che vuole nettamente distinto il ruolo del difensore da quello dell'assistito, ma anche come si stesse realizzando un evidente disegno per intimidire l'Avvocatura, impedendole di patrocinare soggetti “scomodi”, ovvero questioni, massimamente sul piano sociale, non gradite al sistema.

Non a caso, con il d.P.R. 137/2012 – in un'ottica strettamente mercatista – la nostra professione era stata inserita in una disciplina comune a tutte le altre, negandole di fatto qualsiasi specificità e rilievo costituzionale.

## La riforma professionale

Ed è in questo quadro che bisogna valutare la legge di riforma professionale, che ha rappresentato per l'Avvocatura, uno storico traguardo, atteso da decenni ed il vero argine al tentativo di ridurre la professione d'Avvocato ad una mera erogazione di servizi commerciali, privandola del riconoscimento di insopprimibile funzione democratica che l'art. 24 della Costituzione invece espressamente richiama.

La legge di riforma, che come tutte le cose di questo mondo può essere migliorata, rappresenta in ogni caso un sistema coerente – ben diversamente dai provvedimenti ostili, confusi e contraddittori di cui abbiamo dovuto registrare l'emanazione nel periodo già indicato – e tale da regolare compiutamente un'attività professionale a rilevanza costituzionale.

E vorrei anche aggiungere che tante delle cosiddette *liberalizzazioni*, che avrebbero dovuto rappresentare una svolta epocale per il nostro Paese, sono in realtà già presenti proprio nella Legge di Riforma.

Basterà ricordare l'affidamento della collettività e della clientela con la cura della qualità ed efficacia della prestazione professionale e la correttezza dei comportamenti; la possibilità di creare società tra avvocati, anche multidisciplinari, con regime proprio, ma con l'esclusione dei – pericolosissimi – soci di mero capitale; la previsione di specializzazioni, ad ulteriore tutela della qualità professionale nell'ambito di settori specifici; la possibilità di informazioni sulla professione in maniera veritiera, non elogiativa, non ingannevole, non denigratoria e non comparativa; l'obbligo della formazione continua; la previsione dell'assicurazione obbligatoria per gli avvocati; la sussistenza di un esercizio professionale effettivo e continuativo.

Il compenso regolato con accordo tra avvocato e cliente – informando lo stesso sulla complessità dell'incarico e sulle spese ipotizzabili nonché fornendogli, a richiesta, un preventivo – ma con l'esclusione del patto di quota lite, per evitare che l'avvocato si trasformi in socio del proprio cliente, perdendo serenità di giudizio e compostezza professionale.

La possibilità, in mancanza di accordo ed ove insorga contrasto, di rivolgersi, sia cliente che avvocato, al Consiglio dell'Ordine per un tentativo di conciliazione, ovvero per l'ottenimento di un parere di congruità sull'opera prestata dal professionista.

La previsione di un compenso in favore del praticante, nonché quella relativa ad un percorso guidato che qualifichi il giovane che si accinge ad entrare in professione; ben diversamente dall'illusione che si tentava di creare, secondo cui il semplice superamento dell'esame di abilitazione avrebbe aperto mercati professionali senza limiti.

Mercati, tra l'altro, come sappiamo benissimo, già invasi da altri 230.000 avvocati a fronte di un tessuto socio economico che a stento riesce a fornire, per tanti di loro, una decorosa possibilità di vita.

Ancora, è stato rivisto il meccanismo della disciplina – per elidere in radice quella pretesa, vera o falsa che fosse, commistione tra eletto ed elettore – con la creazione dei Consigli di Disciplina Distrettuale. Consigli però eletti dagli avvocati e non «nominati da altre Autorità» con la previsione di Collegi giudicanti con esclusione dei rappresentanti del Consiglio dell'Ordine cui è iscritto l'incolpato.

La legge è intervenuta anche sulle rappresentanze ordinistiche, prevedendo numerose incompatibilità per gli incarichi nelle varie Istituzioni forensi; limitando la possibilità dei mandati nei Consigli territoriali ed in quello Nazionale, e prevedendo il rispetto, nella composizione degli stessi, della rappresentanza di genere.

Ed ancora, la previsione che su proposta del Consiglio Nazionale Forense, ogni due anni vengano emanati dal Ministro della Giustizia i nuovi parametri, sottraendo così anche in questo caso, la professione forense al trattamento riservato a tutte le altre professioni.

### **Il codice deontologico**

Nell'ambito dell'attuazione della Legge di Riforma, è stata affidata al C.N.F. quello che ritengo uno dei punti fondamentali della stessa e cioè l'emanazione e l'aggiornamento periodico del Codice Deontologico.

Va allora osservato come l'articolo 3, comma 2 della legge affermi che la professione debba essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, «tenendo conto del rilievo sociale della difesa» e al successivo comma 3 che l'avvocato esercita la professione uniformandosi ai principi contenuti nel Codice Deontologico emanato dal C.N.F.

Ora tale affermazione è assolutamente rilevante, perché per la prima volta si attribuisce, per legge, al soggetto, che a sua volta, sempre per legge, è il rappresentante istituzionale dell'Avvocatura, la potestà normativa regolamentare.

Il che appare come il pieno riconoscimento del valore costituzionale della funzione dell'Avvocatura, e la specialità della professione, tale da doverne essere assicurata la condotta deontologicamente corretta, attraverso norme emanate dall'avvocatura e garantite giurisdizionalmente con decisioni aventi forma e valore di sentenza e dunque rientranti pienamente nell'ordinamento giurisdizionale, da parte del Giudice Speciale dell'avvocatura e cioè il C.N.F.

Si tratta del riconoscimento della funzione assolutamente inviolabile della difesa tecnica – e mi rifaccio qui alla previsione dell'art. 24 della Costituzione, che definisce appunto inviolabile il diritto alla difesa, laddove quello alla salute viene indicato come fondamentale – perché solo attraverso la difesa tecnica si assicura l'effettività della tutela ai diritti dei cittadini.

Va ora detto che la legge ha previsto che le norme disciplinari debbano essere costruite secondo la regola della tipizzazione dell'infrazione e della sanzione.

Tale principio è però mitigato dall'inciso «per quanto possibile» e ciò essendosi comunque tenuto presente che la deontologia non può essere mantenuta nei medesimi ambiti degli illeciti e che si presenta invece con mille diverse sfaccettature.

È stato quindi necessario che il C.N.F. desse luogo sia ad un ampio lavoro di tipizzazione delle condotte e delle relative sanzioni, avendo attenzione a non disperdere il portato giurisprudenziale consolidatosi negli anni, ma anche alla configurazione di ragionevoli norme che potessero consentire l'individuazione di condotte che pur non specificamente tipizzate, venissero avvertite come violatrici dei canoni deontologici, consentendo così una corretta valutazione delle concrete circostanze ed una equilibrata graduazione delle sanzioni.

Ancora un'annotazione sulla Legge Professionale; chi scrive ha iniziato il proprio percorso professionale giurando (con una formula già all'epoca ormai trita e desueta) innanzi un Collegio designato dal Presidente del Tribunale.

La Legge di Riforma prevede ora che il neo avvocato pronunci una formula di impegno innanzi il proprio Consiglio dell'Ordine.

Se i gesti che noi compiamo non devono essere interpretati solo come vuote formalità, mi sarebbe bastato già questo per condividere i valori della legge.

Perché questa professione non si impara sui libri; il bagaglio tecnico e le conoscenze teoriche sono indispensabili, ma costituiscono il supporto sul quale si costruisce il professionista qualificato al quale affidare con sicurezza da parte del cittadino la tutela dei propri diritti e qui vorrei rimarcare il valore fondamentale del rapporto fiduciario che intercorre tra l'Avvocato ed il cliente ed i cui frutti vanno spesso al di là del dato meramente professionale o dell'utilità conseguita dal proprio assistito.

Un'ultima osservazione.

L'attuale Presidente dell'Anticorruzione, Dott. Cantone, mio conterraneo, ha dato alle stampe qualche tempo fa un libro in cui racconta il perché delle sue scelte e le attività svolte da Magistrato.

Il libro, al di là che possa essere o meno interessante o piacevole, ha comunque un bel titolo, esplicativo delle scelte fatte da Cantone ed è «solo per giustizia».

Ebbene, io credo che se ciascuno di noi dovesse decidere un giorno di narrare in un libro il perché della scelta di questa professione – con l'accollo di tutte le responsabilità; gli affanni, anche notturni, per il termine forse dimenticato, ma in realtà mai dimenticato o per l'eccezione da sollevare e forse non sollevata; della muta attesa innanzi il computer della quarta mail di conferma dell'avvenuto deposito dell'atto; per le difficoltà quotidiane anche per ottenere i più banali adempimenti di Cancelleria – non potrebbe che esservi un solo titolo a giustificazione delle nostre scelte: *Per passione. Solo per passione.*

## La difesa dei principi di diritto per gli avvocati

Beniamino Migliucci

---

Immaginare di definire o delineare l'avvocatura del futuro è complicato e potrebbe risolversi in esercizio di arroganza.

Non sempre, infatti, siamo in grado di cogliere aspettative, interessi, passioni, ansie di una avvocatura molto diversa da quella che i meno giovani tra di noi hanno conosciuto.

Scrivevo nel programma congressuale di Venezia che, per cercare di aiutare la crescita della giovane avvocatura, occorre non solo interrogarsi sulla identità di queste nuove generazioni che accedono alla professione, ma anche sulla nostra stessa identità. Così deve essere, se si ritiene di poter essere utili alla formazione di giovani professionisti che siano consapevoli del ruolo dell'avvocato nel processo e nella società.

Per "formare" qualcuno, dunque, bisogna essere a propria volta "formati", non respingere le novità e saper cogliere opportunità e rischi delle attuali contingenze. Il numero troppo elevato degli avvocati non è ascrivibile alle nuove generazioni, che anzi scontano oggi errori del passato, sui quali non sempre si è svolta una adeguata riflessione.

Le condizioni sono mutate: gran parte dell'avvocatura soffre oltre che per una crisi economica, anche per la mancanza di una identità precisa e per il difetto di un adeguato riconoscimento sociale.

Porsi davanti ai giovani con supponenza e sostenere che nel passato le università fossero migliori e la professione di avvocato più seria è quanto di più sbagliato si possa fare. Si deve, invece, cercare di migliorare il percorso di studi, di formazione e specializzazione, per poi condividere principi e valori che, pur nel cambiamento dei tempi, rimarranno immutabili per chi intenda difendere i diritti di libertà e la dignità delle persone.

Negli ultimi anni sono stati fatti significativi passi avanti. Si è compreso che il praticante deve avere l'opportunità di prepararsi adeguatamente, cercando di apprendere quanto più possibile dalla pratica effettiva e dallo studio, in modo che gli strumenti pratici e teorici, uniti alla deontologia, possano attrezzare compiutamente il futuro avvocato.

Dopo anni di colpevoli ritardi, si è affermato il valore della specializzazione, per garantire la qualificazione dell'avvocato e la qualità della prestazione e rappresenta una garanzia ineludibile per la società e, in campo penale, per la difesa degli ultimi e dei più bisognosi. Su questo tema vorrei tornare per apprezzare quanto si è fatto, insieme al C.N.F. in tema di difesa d'ufficio, ricordando l'indimenticabile apporto dell'Avv. Paola Rebecchi.

La riforma della difesa d'ufficio e l'introduzione della specializzazione, oltre a quanto si fa per la formazione, offrono l'idea di una avvocatura che intende essere sempre più preparata e cosciente del proprio ruolo.

La difesa degli ultimi, di chi meno ha, delle persone che spesso sono abbandonate persino dalla propria famiglia qualifica ed esalta la funzione difensiva, così come l'impegno per rendere le condizioni carcerarie dignitose e conformi al dettato costituzionale.

I penalisti, d'altronde, conducono spesso battaglie impopolari: l'abolizione del 41bis e del doppio binario ne sono un esempio, ma l'attualità dimostra come siano stati messi in discussione anche importanti principi costituzionali previsti dagli articoli 24, 27, 111, che sembrano essere ormai *demodè*.

L'insofferenza per il diritto di difesa e per la difesa del diritto è sempre più evidente. Viviamo in un'epoca di crescente populismo giudiziario, e la ricerca del consenso porta a semplificazioni inammissibili: si aumentano le pene e si introducono nuove fattispecie senza che ve ne sia bisogno, al fine di placare ansie e paure dell'opinione pubblica; si dilatano i tempi del processo allungando i termini di prescrizione, consentendo la possibilità di un processo senza fine, che pregiudica gli interessi sia di chi è imputato, sia delle persone offese, sia della società, che avrebbe diritto a conoscere in tempi ragionevoli se un amministratore pubblico è corrotto o meno.

La difesa dei principi, dei diritti e dei valori diventa, dunque, fondamentale dovere per i penalisti e per gli avvocati in genere. Si tratta di un compito difficile, reso ancor più complicato dalla deriva giustizialista di una parte della società, che Luciano Violante ha brillantemente definito «società giudiziaria», intendendo identificare così un insieme di politici, magistrati, giornalisti e cittadini comuni: «Questa società si avvale di criteri di valutazione e di metodi di confronto basati essenzialmente sulla centralità del diritto penale nella vita economica, sociale e politica della nazione; conseguentemente ha come decisivo punto di riferimento la magistratura ordinaria, in particolare quella parte rappresentata dalle Procure della Repubblica. Della società giudiziaria fanno parte cittadini comuni, mezzi di comunicazione, forze sociali, parlamentari e interi partiti. Essa attinge tanto dalla società civile, quanto dalla società politica, ma si presenta solo come rappresentante della società civile, disegnando qualunque relazione con la società politica, anche se alcune sue componenti ne fanno parte a pieno titolo. La società giudiziaria non chiede il processo, chiede la punizione di chi considera colpevole perché imputato, non condannato, per qualsiasi tipo di reato, oppure perché appartenente a quelle classi dirigenti ritenute responsabili del malaffare o titolari di privilegi ingiustificabili. Ciò che punisce risana, sembra ritenere la società giudiziaria»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> L. VIOLANTE, in C. GUARNIERI - G. INSOLERA - L. ZILLETI (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Carocci, Roma 2016, pp. 32-33.

Presunzione di innocenza, principio di legalità e suoi corollari, fine rieducativo della pena, parità delle parti, principio del contraddittorio dinanzi a un giudice terzo sembrano, dunque, aver perso quel vigore profondamente democratico che li aveva ispirati e sono ritenuti un intralcio allo *ius dicere*.

In questo contesto si inserisce il tema della interpretazione creativa della giurisprudenza penale. Tipicità, determinatezza, tassatività della fattispecie vengono relativizzate; si sostiene che la legge sia fallita e non permetta di regolare la complessità dei fenomeni. Il desiderio di affidarsi sempre di più al precedente giurisprudenziale, talvolta disancorato sia dal tenore semantico della norma, sia dalla *ratio legis*, rivela una aspirazione a spostare il baricentro verso un sistema di *common law*.

Il problema è politico. Nessuno immagina che il giudice possa limitarsi a essere *bouche de la lois*, ma certamente non si possono ignorare le fonti e la loro gerarchia, né si possono confondere i poteri dello Stato e le loro prerogative.

Le norme peccano spesso di chiarezza e sistematicità. Ciò rende inevitabile l'interpretazione del giudice, ma in altri casi le norme sono ben scritte o non sono state scritte consapevolmente, eppure in queste occasioni si riscontra la intraprendenza della giurisprudenza, che finisce con il creare nuove norme senza nessuna legittimazione democratica.

Il fenomeno è determinato anche dalla circostanza che spesso è la politica che delega alla magistratura compiti che non le sono propri; in altre occasioni è la giurisprudenza che intende spiegare come le norme dovrebbero essere scritte; in altre ancora, diventa fonte di nuove regole per raggiungere degli obiettivi di lotta a questo o a quel fenomeno criminale, esercitando di fatto il potere del legislatore. Come efficacemente ha sostenuto di recente Vincenzo Maiello in un importante convegno organizzato dalla Camera Penale di Firenze e dal Centro Studi dell'U.C.P.I. "Aldo Marongiu", la magistratura si è trasformata da "istituzione di garanzie" a "istituzione di scopo", con tutto quel che ne consegue.

Arginare la crisi del principio di legalità, rammentando che tipicità e determinatezza e tassatività sono prodromiche alla prevedibilità della decisione; impedire lo squilibrio tra i poteri; sostenere che la interpretazione delle norme si deve muovere nell'alveo delle stesse e deve soggiacere ai principi costituzionali e dell'art. 12 delle preleggi deve rientrare tra gli scopi e gli obiettivi del penalista.

Ancora: sostenere il valore di un codice a tendenza accusatoria, che privilegi il contraddittorio come migliore strumento di conoscenza rispetto al modello inquisitorio, significa aver ben chiaro non solo l'idea di un processo liberale e democratico, ma anche respingere tendenze autoritarie.

Riaffermare valori e principi costituzionali e impedire che vengano minimizzati e svalutati esalta la funzione difensiva e il ruolo dell'avvocato non solo nel processo, ma anche nella società, una società che si vuole diversa da quella "giudiziaria".

Formazione, specializzazione, deontologia, identità e l'idea di appartenenza a una comunità devono guidare l'avvocato verso una scelta di consapevolezza

del proprio ruolo e della importanza della funzione, che non può prescindere ormai dalla acquisizione delle conoscenze del diritto sovranazionale e delle pronunce delle corti europee, che influenzano fortemente il nostro ordinamento.

La difesa dei diritti e delle libertà delle persone comporta anche dei rischi. Gli avvocati lo sanno, ed è per questo che l'U.C.P.I. ha inteso dedicare una propria commissione al tema degli "avvocati minacciati", non solo per manifestare vicinanza rispetto a colleghi che subiscono vessazioni, torture, carcere e mettono persino a repentaglio la propria vita, ma anche per sottolineare il filo conduttore che lega gli avvocati in tutto il mondo: il coraggio determinato dal corretto esercizio della funzione difensiva e la coscienza che senza la difesa non può esistere neppure la democrazia. Certo, nel nostro Paese le condizioni sono fortunatamente diverse, ma sempre più si avverte intolleranza e diffidenza verso l'avvocato che spesso viene strumentalmente assimilato al proprio assistito, mentre difende quest'ultimo e non già il reato che gli viene attribuito.

Le difficoltà di riconoscere al ruolo del difensore un'importanza decisiva nel nostro Paese dipendono anche da un difetto di memoria storica.

Una storia su tutte, e solo a titolo di esempio, quella di Fulvio Croce, avvocato civilista e Presidente del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Torino, ucciso dalle Brigate Rosse perché nominato d'ufficio nel processo ai capi storici.

Oltre al sacrificio di Fulvio Croce, la storia riporta il valore, il coraggio e il rispetto per le istituzioni degli avvocati che poi assunsero la difesa d'ufficio dei brigatisti, nonostante avessero ucciso il Presidente dell'Ordine. Fu non solo una prova di coraggio, ma anche dimostrazione di difesa a tutti i costi della legalità. Gli avvocati divennero controllori del rispetto delle regole processuali e rinunciarono alla difesa orale per rispettare la identità politica degli imputati.

Nel rammentare le parole di Gian Vittorio Gabri, Presidente dell'Ordine succeduto a Fulvio Croce, il magistrato Paolo Borgna afferma che i difensori consegnarono alla Corte un documento, senza pronunciare l'arringa: «consapevolmente mortificandosi per la rinuncia alla difesa orale, teorizzano la loro scelta di non calpestare l'identità degli imputati. Perché la diversità tra un ordinamento autoritario e una democrazia si afferma anche nel consentire agli imputati politici la conservazione della loro personalità. Non fu una formula compromissoria, ma un atto di eroismo. Quando al termine della lettura del documento l'Avv. Gabri legge i nomi dei difensori d'ufficio che l'hanno sottoscritto, ciascuno di loro si alza in piedi esponendo la sua toga agli occhi degli imputati che avevano rivendicato l'omicidio di Croce». Ricorda sempre Paolo Borgna che «la conclusione di quel processo, nel pieno rispetto della legalità, evitò un duplice rischio: da un lato, il collasso dello Stato; dall'altro, il precipitare di uno scontro militare formalmente riconosciuto con la conseguente inevitabile dichiarazione dello stato di guerra»<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> P. BORGNA, *Difesa degli avvocati scritta da un pubblico accusatore*, Laterza, Roma-Bari 2008, pp. 21-23.

La consapevolezza del proprio ruolo si forma anche attraverso la conoscenza dei propri eroi, senza accenni di enfasi, ma di sobrio quanto profondo orgoglio per la funzione difensiva.

Il luogo della formazione è, dunque, a ben vedere, il luogo dove, ricordando il passato, entriamo in contatto con il nostro futuro, con le giovani generazioni, con l'avvocatura di domani, e per questo è un appuntamento al quale non possiamo mancare. E lì, infatti, che possiamo chiedere e trovare, nelle esperienze, nell'entusiasmo, nelle stesse mancanze e nelle domande dei più giovani, la nostra stessa identità e la nostra nuova forza.

Scriva Paolo Borgna dell'avvocato: «Ho compreso l'importanza di questo ruolo di filtro e di mediazione osservando sul lavoro il mio primo maestro: l'avvocato a cui è dedicata questa lettera, di cui fui praticante. Lo guardavo, curioso e avido di imparare, mentre riceveva nel suo studio un nuovo cliente: ascoltava le sue parole con un esibito distacco, quasi assente, a volte trapelava, da un suo alzare gli occhi o da un tamburellare delle dita sulla scrivania una insofferenza quasi imbarazzante. Dopo un lungo silenzio, durante il quale il cliente lo aveva inondato con le sue parole, l'avvocato lo interrompeva con qualche esclamazione perplessa, un secco invito a essere più preciso, un accigliato rimprovero per aver taciuto, sino a quel momento, una qualche circostanza a lui sfavorevole. Quando poi il cliente usciva dallo studio, spesso l'avvocato sbuffava, impaziente, come a dire 'ci mancava soltanto questa scocciatura', ma poi, man mano che la causa procedeva, ogni obiezione, avanzata impietosamente durante il primo colloquio, trovava una risposta; il racconto confuso del cliente trovava un filo logico chiaro e ordinato. E davanti al giudice quella che mi era apparsa distaccata indifferenza si trasformava in difesa convinta e appassionata. Per questo penso che quest'uomo sia stato un grande difensore. Mi ha insegnato che la professione non potrà mai venir considerata come un'impresa che eroga un servizio, perché essere avvocato è una scelta di vita: un servizio in difesa della dignità dell'uomo. E ancora a trent'anni di distanza, è per me commovente ritrovare ogni tanto, nei giovani avvocati di oggi, la stessa passione che ancora animava quell'anziano avvocato ormai al termine della sua carriera»<sup>3</sup>.

Ecco, proprio questo credo che debba legare i più anziani ed esperti ai più giovani: l'inevitabilità della passione per la toga, rammentando che «l'avvocato inizia il suo lavoro (e lo riversa nel processo), quando per gli altri non c'è più niente da fare, anche perché spesso – sempre più spesso – i legittimi diritti si smarriscono nel labirintoso percorso di una giustizia che risulta ostile»<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> *Ibid.*, pp. 58-59.

<sup>4</sup> G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Giappichelli, Torino 2015, p. 151.



## L'avvocato civilista

Laura Jannotta

---

Un avvocato civilista è quella figura professionale che si occupa della disciplina del diritto civile, un ramo del diritto privato che tratta della relazione tra privati.

L'ordinamento italiano mette a disposizione dell'avvocato civilista una grande varietà di mezzi per tutelare le relazioni giuridiche dei soggetti privati.

L'avvocato tutela i diritti dei cittadini, favorisce il rispetto e la consapevolezza del diritto per contribuire a rendere sempre più visibili e civili la società in cui viviamo; è un tecnico del diritto, è un professionista con specifiche competenze giuridiche che conosce il diritto ed il funzionamento della giustizia civile ed ha i requisiti, le capacità e i mezzi per agire adeguatamente.

I valori che ispirano la condotta dell'avvocato sono l'indipendenza, l'autonomia e la fiducia; è chiamato a tutelare i diritti dei propri clienti senza condizionamenti che possano venire dal potere politico o economico o dalla magistratura.

Quella dell'avvocato è una professione organizzata con regole di condotta normate nel codice deontologico e con organismi istituzionali che vigilano e tengono vivo il senso etico di un'attività socialmente importante.

L'avvocato, quale intellettuale inserito nella società, ha svolto da sempre un ruolo decisivo nella consacrazione dei diritti irrinunciabili dell'uomo, prestando la propria opera nella redazione di principi e norme che ne sono diretta espressione; si è sempre preoccupato di far emergere le istanze dei cittadini, invocando il riconoscimento e la tutela dei diritti che costituisce espressione dell'evoluzione del percorso umano.

L'odierna condizione sociale ed economica non può che imporre una approfondita riflessione sul ruolo e la funzione dell'avvocato all'interno della società civile, valutando quindi le caratteristiche e la nuova figura dell'avvocato civilista.

Sicuramente i provvedimenti messi in atto nel corso degli anni in tema di giustizia civile hanno messo a dura prova la capacità dell'avvocato civile di esaminare, studiare, rincorrere le molteplici modifiche legislative attuate per un miglioramento della giustizia civile; il progressivo svilimento della categoria forense appare direttamente proporzionale al crescere dell'influenza dei poteri economici; oggi si assiste ad una crisi della professione e l'Avvocatura non ha ancora scelto che posizione assumere nella mutata realtà; sicuramente dobbiamo riaffermare l'immagine dell'avvocato all'esterno, nella società civile, e questo perché il cittadino non si senta estraneo al mondo del diritto, non si senta abbandonato da chi può e deve essere promotore e difensore delle sue istanze.

Altro fattore fondamentale è certamente dato dal ruolo della cultura, in tutti i suoi aspetti ed ambiti alleata del professionista intellettuale che auspica il rin-

novamento e che unica può dare gli strumenti necessari per lo sviluppo della propria professionalità.

Il processo di rinnovamento deve iniziare dall'avvocato – come individuo e giurista – attraverso la consapevolezza della società contemporanea e del ruolo che siamo chiamati a svolgere.

Il compito di riqualificare oggi l'avvocato civilista è sicuramente complesso, ma occorre affermare la figura dell'avvocato nella società e nella tutela dei diritti fondamentali del cittadino, occorre rivalutare il significato etico della professione, tutelare il prestigio dell'avvocatura civilista e non solo, rafforzare la funzione ed il ruolo che ricopre per lo sviluppo della società, favorendo e facendo rispettare i principi deontologici e le regole volte a garantire l'effettività del diritto alla difesa garantito dalla nostra costituzione.

In tale ottica, fondamentale è poter dare un'adeguata formazione professionale, diffondendo sul territorio la cultura giuridica e la legalità.

Sicuramente l'Avvocato civilista nella realtà attuale si trova ad affrontare la professione in maniera complessa e difficile, dato che gli interventi continui legislativi di modifica al processo civile hanno messo e mettono a dura prova il ruolo del professionista; ogni riforma comporta necessariamente notevoli problematiche interpretative e difficoltà per coloro che sono deputati ad applicare le nuove norme.

L'introduzione delle forme alternative alla giurisdizione, le c.d. ADR hanno portato e portano l'avvocato civilista ad assumere un ruolo propositivo e primario per la risoluzione dei conflitti in tempi contenuti e spesso rapidi; ed ecco che la nuova figura dell'avvocato civilista nel campo della mediazione e della negoziazione assistita si inquadra in una realtà sociale che sostiene il cittadino e lo aiuta a risolvere in modo efficiente le proprie controversie; questi nuovi orizzonti hanno segnato una sfida per l'avvocato civilista che deve quindi avere una formazione di alta qualità per essere in grado di offrire il maggior contributo possibile per il funzionamento della giustizia civile appropriandosi di quel ruolo primario nella società cui era stato relegato a livelli sempre meno incisivi.

Altro istituto – da sempre esistito nel nostro ordinamento e che ora viene evidenziato sempre più in tutti i suoi molteplici aspetti – è certamente l'arbitrato, in questo importante settore la figura dell'avvocato civilista riveste un ruolo fondamentale e la preparazione professionale deve essere di alto livello, accompagnata in modo non prescindibile dai valori ispirati ai rigorosi principi di deontologia.

Questo istituto deve essere diffuso e studiato in tutte le sue forme e va certamente incrementato con una formazione specifica che dia la possibilità all'avvocatura di svolgere un ruolo attivo per un miglioramento della giustizia e, di conseguenza, della società.

Per poter svolgere al meglio la propria professione è certamente fondamentale la specializzazione dell'avvocato; il cittadino ha il diritto di sapere a quale figura di avvocato rivolgersi in un rapporto fiduciario che deve essere basilare per svolgere la propria attività per e nell'interesse del proprio assistito.

Il presente ed il futuro dell'avvocato civilista sono nella propria specializzazione, da affrontare nei settori puramente e prettamente di diritto civile, frequentando scuole obbligatorie di alta formazione così come previste nel Regolamento. Non tutta l'Avvocatura è favorevole alla specializzazione ma non sarà obbligatoria e certamente la giovane avvocatura avrà un percorso che offrirà un'opportunità professionale diversificata ed in linea con l'Europa.

Ed in questo oggi l'avvocato civilista deve essere preparato ed aprirsi alle nuove frontiere ed opportunità che arrivano dall'Europa, per iniziare percorsi formativi più settoriali: diritto europeo, dell'ambiente, dell'informatica, delle transazioni trans-frontaliere, così da essere in grado di consentire l'acquisizione di nuovi ambiti come potrebbe essere anche il diritto del commercio europeo.

Il diritto europeo, che ha implicazioni importantissime nel nostro ordinamento sia sotto il profilo sostanziale che processuale, non può nella realtà odierna non essere materia di studio e approfondimento per l'avvocato civilista.

Guardando, quindi, ai civilisti del futuro, non si può trascurare l'esigenza, oggi divenuta imperativa, di contribuire ad internazionalizzare la professione; si tratti di un'attività complessa ove si spazia dalla formazione specifica nelle lingue straniere all'organizzazione di incontri di discussione e confronto con e tra diverse esperienze europee, alla massima attenzione alle opportunità, anche di natura economica che provengono dall'Europa.

Occorre andare oltre e fare "Rete" anche con associazioni europee affini promuovendo percorsi federativi che aprano canali di rapporto diretto con altre realtà giuridiche, di tradizione affine e diversa, per valorizzare figura e ruolo dell'avvocato civilista attingendo alle diverse esperienze.

Mai come in questi ultimi anni l'Avvocatura si è confrontata in modo tanto significativo con una profonda criticità di ruolo.

La riforma dell'ordinamento forense, l'avvento di nuove modalità di aggregazione professionale, la scomparsa di riferimenti tradizionali, il massiccio sviluppo di numerosi riti stragiudiziali, il continuo susseguirsi di riforme che hanno messo e mettono alla prova le capacità di aggiornamento di ciascuno, le correlate esigenze di formazione, sono solo alcuni degli elementi di un quadro che si va intimamente e rapidamente modificando rispetto a quello entro i cui limiti eravamo abituati ad operare.

Abbiamo dinanzi a noi un futuro le cui linee sono davvero difficili da ipotizzare, e che, forse, stanno spingendosi a delineare un avvocato talmente diverso da quello che conosciamo, da non essere più neppure un "avvocato" nel senso familiare; il soggetto, cioè, il cui intimo e coesistenziale ruolo è quello di esercitare il diritto di difesa previsto dalla Costituzione. Contribuire a delineare i contorni di quella che sarà la figura del "nuovo" avvocato, salvaguardandone le ragioni fondanti ed esaltandone il ruolo di protagonista del cambiamento, è il compito che l'avvocato a nostro parere deve assumersi. La risposta alla domanda "dove andiamo?", deve, perciò, essere attiva: andiamo dove crediamo sia giusto andare, da protagonisti, appunto, del cambiamento.



## L'avvocato penalista nel processo penale. Spunti e provocazioni per un confronto costruttivo

Stefano Savi

---

“Le leggi incontrano sempre sulla propria strada  
le passioni e i pregiudizi del legislatore.  
Talora vi passano attraverso, ma se ne impregnano;  
talaltra vi restano impigliate e vi si incorporano”  
(Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, XXX,19)

A fronte del concreto funzionamento del processo penale in Italia emergono quotidianamente, da parte di operatori e commentatori, critiche che si incentrano prevalentemente sui tempi necessari ad addivenire ad una sentenza definitiva ma anche sulla “qualità” dei provvedimenti giurisdizionali. Spesso le valutazioni vengono espresse in relazione a specifici episodi a seguito dei quali si invocano provvedimenti frutto di improvvisazione e demagogia. Sembra che si sia rinunciato, (o forse non si abbia più) alla concezione della Giustizia come fondata sul rispetto dei diritti fondamentali e al processo come ispirato a criteri di sistematicità.

Non sorprende, pertanto, che non vengano affrontati dalle radici i problemi che affliggono la Giustizia penale e che invece si proceda, di consuetudine, trasformando la materia penale e quella processuale in particolare, in terreno di interventi disorganici, spesso ispirati e finalizzati a contingenze mediatiche. Il disegno del riformatore Vassalli è oggi profondamente trasformato da un insieme di rattoppi legislativi e giurisprudenziali che hanno determinato lo stravolgimento dell'impostazione accusatoria del codice e, soprattutto, hanno fatto perdere di vista l'esigenza di consolidare i principi ai quali il rito deve ispirarsi così da rendere ormai irrinunciabile una riflessione volta a una complessiva e organica riconsiderazione del processo.

A titolo di esempio può citarsi il fatto che dall'entrata in vigore del codice di rito al 1994 più di 50 sono state le norme dello stesso e dei decreti legislativi connessi oggetto di una o più modifiche; altrettanto significativo è il dato delle norme, 41, oggetto di declaratoria di incostituzionalità da parte della Corte Costituzionale<sup>1</sup>.

Invece di lasciarsi completamente travolgere dalla necessità, ormai quasi quotidiana, di misurarsi con il disegno di legge di turno, spesso sovrapposto a quello precedente e a quello successivo, occorre avere la capacità, pur

---

<sup>1</sup> Cfr. A. MENÈ, *La stratificazione legislativa successiva al codice di procedura penale* in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, 1-3/1995, pp. 351-367.

continuando a difendere costantemente sul campo principi sacrosanti a tutela delle garanzie defensionali, di aprire una fase di ampia riflessione nella quale affrontare finalmente con la necessaria visione d'insieme le problematiche del sistema processuale penale alla luce delle tutele con il fine di recuperare efficacia e credibilità.

Con entusiasmo si era salutata la riforma che avrebbe dovuto segnare la definitiva uscita di scena della cultura inquisitoria dal nostro ordinamento assicurando altresì la celere definizione dei procedimenti.

Tale entusiasmo si è dimostrato impietosamente ingenuo dal momento che non ha tenuto conto di due fattori fondamentali.

Non si sradica una cultura, quale quella inquisitoria, che ha plasmato per generazioni gli operatori del diritto solo con una riforma delle norme.

Tanto meno nel Paese ove in sede costituente il principio di presunzione di innocenza non fu recepito in termini così chiari ed inequivoci ma venne trasformato, in modo significativo, in uno di non colpevolezza<sup>2</sup>.

Di questa cultura inquisitoria, ancor oggi, ad un quarto di secolo dalla riforma, siamo portatori, a volte inconsapevoli, mantenendone quanto meno un'eco nel nostro DNA, fenomeno che è stato con molta efficacia qualificato come «inconscio inquisitorio»<sup>3</sup>.

Molti ne sono ancora convinti fautori, per averne certezza basta guardare a cosa è ridotto quello che doveva essere un sistema accusatorio.

L'altro fattore è quello del tempo.

Il processo doveva essere rapido: gli istituti dello stesso avevano senso di efficacia e di garanzia solo se proiettati in tempi stretti; il dibattimento poteva effettivamente rappresentare il momento centrale della formazione della prova perché avrebbe dovuto trattare di fatti accaduti di recente; le misure cautelari non avrebbero mai assunto funzione anticipatoria della pena.

Tutto ciò a tacere del fatto che il tempo è elemento essenziale della Giustizia in quanto tale e in relazione agli interessi pubblici e privati che in essa si riconoscono. Anche in questo caso non si tenne conto del fatto che l'innesto del nuovo sul vecchio avrebbe scontato l'eredità del precedente rito e l'inadeguatezza almeno parziale degli strumenti e delle risorse disponibili.

<sup>2</sup> La decisione di mutare il tenore del principio fu del Comitato di Redazione in seno alla Costituente al momento del passaggio del testo dalla I Sottocommissione all'adunanza plenaria della Commissione per la Costituzione. Dal dibattito della I Sottocommissione si evince come la presunzione di innocenza sia stata scartata per via della sua inadeguatezza formale legata al rischio di una sua interpretazione in termini di vera e propria regola giuridica anziché di mero principio come nel caso della presunzione di non colpevolezza. Ampiamente sul punto: E. MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27 comma 2 Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in F.R. DINACCI (a cura di), *Processo penale e costituzione*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 311 ss.

<sup>3</sup> Cfr. L. GARLATI, *L'inconscio inquisitorio*, Giuffrè, Milano 2010.

Gli interventi legislativi e giurisprudenziali a pioggia di cui si è detto non agevolano certo in fase di avviamento la tempistica del nuovo rito.

Da queste due premesse occorre ripartire.

Riesce difficile, ad oggi impossibile, concepire un giudice italiano che si comporti come un suo collega che operi in regime (anche culturale) di *Common Law*, dedicandosi con spirito “notarile” al vaglio del materiale probatorio che gli viene offerto esclusivamente dalla acquisizione della parti.

Nelle nostre aule con il nuovo codice è entrato da subito l'articolo 507 a riprova del fatto che nel modello non era del tutto eliminata l'impronta inquisitoria. Già nel 1991 la Corte Costituzionale<sup>4</sup> qualificava il potere conferito al Giudice dall'articolo 507 c.p.p. come «suppletivo contro la negligenza e inerzia della parti». Un manifesto programmatico.

Nelle nostre aule, nonostante l'impegno dei difensori, non è mai entrata con pienezza la cross examination, mortificata e ridotta negli schemi consueti al vecchio rito, vigilata strettamente dal Giudice.

Riflettendo sui tempi lunghi giova aprire una parentesi per rilevare che se al dibattimento si giunge dopo l'udienza preliminare il processo avrà vissuto, con grande probabilità, una fase svuotata del suo significato e ridotta da consolidate ed estese prassi a poco più di un passaggio formale utile solo ad allungare i tempi della procedura.

Sotto altro profilo i riti alternativi non hanno avuto la funzione deflattiva auspicata e per la prospettiva indotta dai tempi i del giudicato e per la frequente perdita di convenienza processuale dovuta a trattamenti sanzionatori non effettivamente premiali rispetto agli esiti dibattimentali comparabili.

Il rito abbreviato fin dalla prima entrata in vigore del codice non ha conservato la sua propria natura di “decisione allo stato degli atti” subendo anch'esso il peso di quella cultura inquisitoria che permette al Giudice di promuovere l'integrazione del quadro probatorio.

Tornando al grande malato, e cioè al dibattimento, il principio della formazione della prova nel suo ambito corre il rischio di trasferirsi nel novero dei miti.

Ma per analizzarne la pericolosa china intrapresa dal meccanismo di acquisizione probatorio occorre fare un passo indietro e considerare alcuni aspetti relativi alle indagini preliminari.

Il rito accusatorio prevede una funzione attiva della difesa che deve essere messa in condizione di sviluppare le proprie indagini nel modo più efficace, attivandosi ove del caso quantomeno contestualmente alla notizia, tempestiva, della iscrizione dell'indagato nel registro della Procura.

L'articolo 111 della Costituzione e l'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo affermano esplicitamente il diritto ad essere informati nel più breve tempo possibile della natura e dei motivi dell'ac-

---

<sup>4</sup> Corte Costituzionale 26 marzo 1991, n. 111.

cusa e il conseguente diritto a disporre del tempo e delle condizioni per preparare la difesa.

A fronte di ciò occorre dire che l'informazione relativa alle indagini è oggi troppo spesso affidata ai media, al di fuori della lettera e dello spirito della legge. Così, a fronte del segreto che viene opposto alle parti, correttamente sotto un profilo formale anche se spesso infondatamente sotto l'aspetto sostanziale, le notizie anche relative alla iscrizione nel registro degli indagati vengono propagate a mezzo stampa, frequentemente con taglio colpevolista, così come avviene per brani di intercettazioni o documenti acquisiti nell'ambito delle indagini. All'indagato può capitare così di apprendere di tale sua qualità leggendo il giornale o guardando la televisione.

Questa ormai consolidata prassi non merita ulteriori commenti alla luce di principi di civiltà giuridica che dovrebbero essere patrimonio di tutti.

Per altro la sensibilità media in materia è tale che spesso, ove la stampa non si occupi di un procedimento, l'indagato ne possa venire a conoscenza attraverso la notifica della richiesta di proroga del termine o direttamente ricevendo l'avviso di conclusione delle indagini. Il tutto magari a distanza di anni dai fatti oggetto delle contestazioni.

Discorso a parte deve essere riservato all'uso dell'articolo 349 c.p.p.: l'identificazione avviene in molti casi a distanza di tempo dalla iscrizione o comunque dal fatto; è richiesta, a volte, oltre alla declinazione delle generalità, la nomina di un difensore, senza specificare in relazione a quale reato o quale procedimento. Si richiede, come dal disposto del comma 3, l'indicazione o l'elezione di domicilio.

Con riguardo a questo ultimo aspetto è da registrare come alcune elezioni di domicilio non appaiano genuine specie in caso di soggetti difficilmente reperibili o cattivi conoscitori della lingua (il dubbio riguarda la comprensione della funzione della elezione di domicilio e le sue conseguenze). Già in precedenza e tanto più a seguito della riforma del regime della contumacia, tali elezioni di domicilio, formalmente interpretate come atto rivelatore della conoscenza del processo, finiscono per privare di fatto l'indagato/imputato della possibilità di essere informato dello svolgersi della procedura e quindi del diritto alla difesa. Visti i venti di riforma, probabilmente in un prossimo futuro, della possibilità di proporre impugnazione.

Fu certamente una vittoria la nuova formulazione dell'articolo 335 c.p.p., ma senza la previsione di un termine per la risposta alle istanze di parte, nella insensibilità o peggio rispetto alla importanza di questa informazione che attiva sostanzialmente il diritto di difesa, le risposte giungono spesso a distanza di tempo considerevole. Ciò rende assai difficoltosa la preparazione della linea defensionale e lo svolgimento delle indagini difensive che a distanza di molto tempo dai fatti devono misurarsi con la difficoltà di reperimento di elementi materiali e con memorie sempre meno fresche.

Occorre riflettere seriamente sulla informazione all'indagato così come disciplinata dal combinato disposto degli articoli 369 e 335 c.p.p.: il dettato co-

stituzionale e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo indicano un sistema ben diverso da quello che si attiva "solo" (e se) devono essere compiuti determinati atti.

L'informazione tempestiva è una pietra miliare di civiltà giuridica in quanto tutela il rispetto della sfera di libertà del singolo, permette l'attivazione del diritto di difesa e delle garanzie processuali oltre al controllo di legittimità sulla procedura. È un principio che il nostro ordinamento incredibilmente deve ancora cominciare ad applicare sostanzialmente, fatto questo sul quale pesa una spessa cappa di silenzio e di indifferenza. Tutto ciò dimostra quanto diffuso e pernicioso sia il famoso inconscio inquisitorio.

L'informazione all'indagato, salvo specifiche e tassative cause ostative temporanee, deve essere prevista ad impulso d'ufficio all'atto della iscrizione, con sanzione processuale di inutilizzabilità degli atti successivamente compiuti.

L'iscrizione deve avvenire con modalità e tempi certi e trasparenti.

Eventuali richieste di informazione sullo stato del procedimento devono essere evase in tempi brevi e determinati.

L'informazione di cui all'articolo 335 c.p.p. dovrebbe giovare di un efficiente sistema informatico fruibile a livello nazionale che informi sui passaggi processuali di rilievo (data di iscrizione, richiesta di proroga del termine per le indagini, richiesta di archiviazione, avviso di conclusione delle indagini, richiesta del giudizio, richiesta di decreto penale, rimessione per competenza).

I termini relativi alla fase delle indagini preliminari, fase nella quale con frequenza maturano le condizioni che producono l'allungamento del tempo del processo, tenuto in assoluto conto di quelle che sono le esigenze di indagine rispetto anche alla diversa gravità e complessità dei fatti, dovrebbero essere diversamente disciplinati rappresentando oggi un parametro di scarsissimo rilievo in ordine all'esigenza di dare a detta fase processuale tempi certi e contenuti. Di fondamentale importanza, anche in ossequio ai principi del rito accusatorio, la necessità che il fascicolo del PM, scaduti i termini per le indagini, in ogni caso lasci materialmente la Procura per essere sottoposto ad un Giudice che ne decida la sorte. Anche in questo caso ci si deve confrontare con la prepotente resistenza della cultura inquisitoria.

Stupisce, se ancora lo si può fare, il fatto che, scatenato con sapiente induzione il clamore in relazione alla prescrizione (clamore utilizzato anche a fini mediatici) nessuno abbia quantomeno accennato alla necessità di affrontare il vero problema: la durata del processo. Questa non verrà certo limitata dalla concessione di un maggior tempo per la definizione delle procedure.

Pur non negando le problematiche che contingentemente possono portare a valutare la necessità di spostare l'attenzione sull'effetto, il dilatarsi dei tempi, anziché sulle cause del fenomeno, è di tutta evidenza come tale necessità sia stata ampiamente strumentalizzata al fine di proporre apparenti soluzioni utili solo a fornire risposte mistificatorie all'opinione pubblica e a mascherare la incapacità o la non volontà di affrontare realmente il problema.

Un esempio per tutti: con l'entrata in vigore del reato di omicidio stradale, che ha fornito ad un problema di grande rilevanza sociale una risposta inadeguata agendo solo sulla severità della pena, abbiamo assistito al seguente paradosso a dimostrazione che la prescrizione non è oggi intesa come espressione di un diritto fondamentale dell'individuo rispetto al potere dello Stato ma è diventata uno strumento di propaganda. L'omicidio stradale compiuto da persona in stato di ebbrezza comporta naturalmente un intervento accertativo nell'immediatezza del fatto al fine di poter valutare le condizioni dell'agente in mancanza del quale difficilmente potrà procedersi per questo titolo di reato; sappiamo, inoltre, che un processo relativo alla circolazione stradale non comporta di norma indagini complesse e non le comporterà nemmeno in relazione alla necessità in oggi rafforzata di verificare eventuali apporti concausali. Ci si sarebbe aspettati che in ossequio alla rilevata pericolosità sociale del fenomeno si fosse previsto che i relativi processi dovessero avere tempi di definizione rapidi. Invece, all'evidente scopo di dimostrare che si voleva "fare sul serio" accanto alla durezza sanzionatoria si è utilizzato del tutto impropriamente lo strumento del raddoppio della prescrizione evidentemente ormai intesa come indice di volontà repressiva.

Così per fatti che postulano necessariamente accertamenti rapidi, in un quadro probatorio normalmente non complesso, il termine prescrizionale potrà raggiungere e superare i venti anni.

In questo modo non si fornisce certamente un incentivo alla definizione dei procedimenti.

Per altro questa considerazione sconta il fatto che se la materia sarà riformata secondo quanto è in discussione, avremo una ulteriore dilatazione dei tempi della prescrizione e così, a parere dello scrivente, dei tempi del processo.

Risolvere il vero problema, quello della durata del processo, non vuol solo dire dare tempi certi alle fasi processuali, vuole soprattutto significare fornire strumenti idonei a chi il processo deve gestire e affrontare problemi che aleggiano da sempre irrisolti sullo stesso.

L'azione penale deve restare obbligatoria ma lo spazio delle violazioni penalmente rilevanti deve essere circoscritto con criteri sistematici e logici.

È il legislatore che deve fare ciò adeguando la risposta alle mutevoli condizioni sociali e indirizzando le risorse sui fatti che destano maggior allarme sociale.

Oltre alla depenalizzazione servono strumenti di rapida risoluzione delle micro controversie.

La strada non può essere quella seguita per l'ingiuria (processo civile con sanzione civilistica oltre al risarcimento del danno) ma deve essere ricercata nell'ambito della semplificazione delle procedure e della differenziazione dei trattamenti sanzionatori.

Esistono ancora numerosissime contravvenzioni obblazionabili che potrebbero essere trasferite nella sfera amministrativa essendo per altro ormai sconfessata la convinzione che il processo penale abbia maggior efficacia rispetto ad una azione amministrativa garantista, rapida e incisiva.

La parte civile nel processo, con l'ampliamento della platea dei soggetti legittimati ad invocare un risarcimento che di norma viene rimesso per la quantificazione al giudice civile costituisce un appesantimento dei processi considerato altresì che le parti sono tutelate dall'azione del Pubblico Ministero con il quale possono interloquire.

Della opportunità di revisionare la fase relativa all'udienza preliminare si è detto.

Per quanto attiene allo svolgimento delle indagini, le Procure devono poter disporre di quanto necessita per contenerle in tempi ragionevoli, in primis, attraverso il potenziamento della PG, sgravata da compiti che non le sarebbero propri, sotto la direzione del Pubblico Ministero ma preservandole la possibilità di utilizzare al meglio la competenza professionale specifica.

Il PM dirige le indagini garantendo che le stesse rispettino le regole processuali e siano finalizzate alla ricerca della verità (processuale), detta garanzia giurisdizionale è fondamentale dal momento che, come vedremo, in oggi, il dibattimento è fortissimamente condizionato da quanto acquisito al fascicolo del PM nel corso delle indagini preliminari.

Passando ad esaminare la fase dibattimentale ci accorgiamo che la riforma Vassalli rischia la peggiore sconfitta proprio in relazione a quella che doveva essere la sua punta di diamante.

Complice la lunghezza dei tempi che certo non giova, la centralità del dibattimento, dove la prova si dovrebbe formare nel contraddittorio delle parti, è sempre più una chimera.

Il meccanismo delle contestazioni finisce, nella prassi, per sostituire alle deposizioni raccolte in aula il contenuto di quelle rese nel corso delle indagini al PM e alla PG in assenza di contraddittorio e senza alcun limite alla suggestibilità del soggetto escusso e senza possibilità di verificare la verbalizzazione.

In aula ogni discostamento rispetto a quanto detto nella fase meno garantita rischia di portare, come spesso porta, ad una richiesta di atti da parte del PM al fine della incriminazione del teste.

Per altro, anche grazie a ciò il richiamo a quando detto in precedenza finisce di prassi per comportare la rettifica di quanto appena deposto in dibattimento, giustificata dal tempo trascorso dai fatti.

Così nella concreta esperienza il dibattimento acquisisce molti elementi probatori formati al di fuori dello stesso con una frequenza ormai preoccupante.

Il peso di tutto ciò è ormai insostenibile per la genuinità del giudizio.

Occorre certamente un'udienza più ravvicinata ai fatti ed una delimitazione funzionale del regime delle contestazioni, per altro, in attesa di ciò si otterrebbe un miglioramento dando applicazione a quanto il codice già prevede.

Applicando il dettato combinato degli articoli 134, 357, 373 c.p.p., i verbali delle S.I.T. e degli interrogatori redatti in forma riassuntiva devono comportare di norma la riproduzione fonografica. L'omissione di questa è dal codice consentita tassativamente solo in caso di atti a contenuto semplice, di limitata rile-

vanza o in caso di contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di ausiliari tecnici. Di prassi la registrazione non avviene. Tutto ciò impedisce di avere a dibattimento, in fase di contestazione, una riproduzione che consente la piena valutazione delle deposizioni, se non altro in relazione al contenuto e alla modalità con cui sono state formulate le domande.

L'inutilizzabilità prevista dall'articolo 141-*bis* in relazione agli interrogatori di persone in stato di detenzione dovrebbe essere estesa a tutte le S.I.T. e a tutti gli interrogatori considerando che la deroga alla registrazione è ammessa per fatti contingenti e tale non può essere considerata la cronica assenza di idonea strumentazione.

Di ciò in ogni caso deve tenersi conto nel corso del dibattimento e agli effetti della valutazione della prova opponendo quantomeno la mancata registrazione e l'impossibilità di valutazione della genuinità della deposizione sotto il profilo della suggestionabilità.

Altra problematica da affrontare in relazione al dibattimento è quella relativa alla competenza per materia che in oggi fornisce esempio di illogicità e disorganicità.

La ripartizione di competenze tra tribunale collegiale e tribunale monocratico regala soluzioni assolutamente paradossali. Anche in questo caso bene sarebbe una riflessione complessiva così da meglio ripartire la materia in applicazione di criteri quantomeno logici.

In oggi, a puro titolo di esempio, si discutono davanti al Tribunale monocratico il disastro colposo, la colpa professionale, la circonvenzione di incapace...

Capitolo certamente di non secondaria importanza, nell'affrontare il tema dell'efficienza, è quello relativo all'apparato burocratico: il processo può guadagnare efficienza se è sorretto da un sistema di cancelleria efficiente e dotato delle necessarie risorse umane ed economiche. Altrimenti ogni intervento rischia di naufragare. Sotto questo profilo non può che rilevarsi come l'utilizzo nel processo penale di strumenti informatici sia ancora rudimentale mentre potrebbe concorrere in tempi brevi a razionalizzare l'iter processuale.

Un sistema unico su base nazionale dovrebbe permettere, naturalmente con l'uso di password, l'accesso alle informazioni che si dovrebbero ottenere ai sensi dell'articolo 335 c.p.p. I depositi dovrebbero già da tempo essere possibili mediante PEC così come la proposizione di opposizioni e impugnazioni.

In generale, dovrebbe darsi impulso alla digitalizzazione dei fascicoli con la creazione di una copia informatica in grado di essere considerata "autentica e integrale" organizzata in modo tale da permettere l'agevole ricerca dei singoli atti in essa contenuti.

## **Conclusioni**

La ricognizione di quel che rimane del mai nato sistema accusatorio in Italia ci porta a valutare un rito imbastardito da continue modifiche prive di alcun criterio di sistematicità.

Gli interventi riformatori che si sono susseguiti, strappati spesso alla sfera del tecnicismo giuridico e costretti a subire logiche improprie, hanno determinato in oggi l'assoluta necessità di porre al centro della riflessione un serio esame da condursi al di fuori di suggestioni estemporanee e incompetenti, che si ponga come obiettivo il recupero del ruolo che la giustizia penale deve avere in un contesto civile. Devono essere identificate le cause e non solo gli effetti della crisi del processo e su queste intervenire con una visione sistematica rispettosa dei diritti dei singoli e delle funzioni pubbliche.

Si deve porre come cogente premessa la convinzione che il buon funzionamento della giustizia è elemento fondamentale per la vita democratica e civile di un Paese almeno quanto il sistema bancario e abbandonare l'idea che le riforme in materia di giustizia si possano fare a condizione che non comportino costi.

Quando si parla di risolvere i problemi della giustizia ci troviamo di fronte spesso a prospettazioni che affrontano solo gli effetti del male, le sue ombre. Le ombre possono essere contrastate con altre ombre. Le cause richiedono interventi competenti e impiego di risorse. Le competenze certamente si possono trovare, le risorse solo se interessa veramente che la giustizia funzioni.

In oggi di un impegno economico adeguato a risolvere le carenze che affliggono il sistema giudiziario, anche se non della stessa portata di quello che si immagina per la salvezza di qualche istituto bancario, non se ne parla. Basta aumentare la prescrizione... Riflettiamo.

Le risorse culturali per addivenire ad un organico ed efficace progetto di riforma del processo certamente ci sono: in primo luogo, il rinnovato spirito che anima il confronto dialettico tra parte della magistratura e parte dell'avvocatura, i recenti protocolli tra CSM e CNF, tra CNF e Corte di Cassazione indicano la strada che dovrebbe portare ad offrire al legislatore un contributo di elevata qualità tecnico-scientifica le cui fondamenta siano, come è indispensabile che sia, profondamente radicate nella conoscenza della realtà in cui vive oggi il processo penale nel nostro Paese.

Intorno a questo nucleo che condivide il comune tratto dell'esperienza sul campo deve aggregarsi il fondamentale contributo del mondo universitario, ed in particolar modo di quello che non rifiuta il confronto con l'esperienza derivante dalla realtà.

Queste forze, beneficiando della attenzione manifestata in sede ministeriale, devono promuovere un ampio dibattito.

Affrontando il problema del rispetto delle garanzie da coniugarsi con il problema dell'efficienza la prima domanda da porsi, uscendo da un tunnel che sembra acriticamente accettato, è relativa a quale sistema vogliamo. In questi termini il progetto deve precedere la realizzazione dell'opera e non deve mancare.

Se la scelta sarà per la conferma di un sistema accusatorio questa dovrà diventare metro di coerenza.

Non necessariamente il nostro processo dovrà essere fotocopia di quello anglosassone ma dovrà comunque rispondere ad una logica sistematica; po-

trà essere una versione nostrana del rito accusatorio ma non potrà rinunciare all'essenza di tale scelta. Su alcuni punti fondamentali, tra loro collegati da un vincolo logico, dovrebbe essere immaginata una sorta di rigidità almeno concettuale così da evitare quanto già successo con il codice Vassalli.

Questa riflessione dovrebbe essere accompagnata da una serie di iniziative da svilupparsi a cominciare dalle sedi universitarie fino a quelle sociali e politiche volte al superamento dell'“inconscio inquisitorio” considerato che, lo si voglia o meno, certe battaglie si cominciano a vincere sul terreno della cultura.

Cultura che deve essere quella del rispetto della dignità umana e dei diritti fondamentali, della affermazione del ruolo dello Stato, della ricerca del bilanciamento degli interessi pubblici con quelli privati; cultura che fornisca gli strumenti per comprendere la reale essenza degli istituti processuali, della finalità e del ruolo della pretesa sanzionatoria.

## L'avvocato amministrativista oggi

Vincenzo Scarano

---

L'argomento abbraccia oltre un secolo di storia ed è inscindibilmente legato alle profonde modifiche normative che hanno inciso, trasformandola, la figura dell'avvocato amministrativista.

Andando alle origini, prima del 1865, esistevano i Tribunali del contenzioso amministrativo, organi interni alla p.a. che fornivano tutela ai cittadini nei confronti degli atti amministrativi.

All'indomani dell'Unità, stante la discussione tra il sistema dualistico e monistico, con la l. n. 2248 del 1865, all. E (c.d. legge abolitiva del contenzioso amministrativo: LAC), al g.o. veniva affidata la tutela del cittadino nei confronti della p.a., qualora si vertesse in materia di «diritti civili e politici» (art. 2 LAC); gli affari non devoluti alla giurisdizione ordinaria dovevano essere risolti dalla stessa amministrazione (art. 3 LAC).

La riforma però, anche a seguito dell'orientamento espresso prima dal Consiglio di Stato e poi dalla Cassazione (giudici dei conflitti di attribuzione tra p.a. e g.o., rispettivamente, prima e dopo il 1877), che negava la sussistenza di diritti soggettivi perfetti a fronte dei c.d. provvedimenti imperativi, precludeva la tutela giurisdizionale innanzi al g.o. in presenza di ogni atto amministrativo, anche vincolato, tutela ammessa viceversa solo qualora venissero in rilievo i c.d. atti paritetici (tipici dei soli rapporti di diritto privato).

Riscontrato il vuoto di tutela che veniva così a determinarsi, si optò per l'istituzione di un giudice *ad hoc*, preposto alla tutela di situazioni soggettive – diverse dai diritti soggettivi – che il cittadino vantasse nei confronti della p.a.: fu istituita per questo la IV Sezione del Consiglio di Stato (1889). Si dava così luogo ad un sistema dualistico.

Al g.o. veniva attribuito il potere di disapplicare l'atto illegittimo, con riferimento al caso controverso; al g.a., invece, il potere di annullare il provvedimento illegittimo. Il criterio di riparto si basava sulla natura della situazione controversa (diritto soggettivo: giurisdizione ordinaria; interesse legittimo: giurisdizione amministrativa).

Si prevedevano, poi, dei casi in cui il g.a. poteva conoscere anche dei diritti soggettivi: in tal caso si configurava la c.d. giurisdizione esclusiva (prevista per la prima volta nel 1923 con riguardo alle controversie attinenti al pubblico impiego).

Questo dunque, seppur sinteticamente il contesto normativo in cui, a far data dal 1889, si sono forgiati gli avvocati.

Con l'avvento della Carta costituzionale, veniva definitivamente sancito il principio di giustiziabilità dei provvedimenti amministrativi e dato rilievo costituzionale all'interesse legittimo (artt. 24 e 113 Cost.).

L'art. 125 Cost. aveva previsto l'istituzione di organi di giustizia amministrativa di primo grado: tale previsione riceveva attuazione solo nel 1971, attraverso l'istituzione dei TAR.

Ebbene, proprio sulla dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo si sono confrontate scuole di pensiero, si è sviluppato l'ordinamento giuridico, accresciuto anche dei principi giurisprudenziali che hanno sopperito, non poche volte, a vuoti legislativi, sollecitandone poi la normazione; così si è sviluppata la figura dell'avvocato amministrativista, avvocato della tutela dell'interesse legittimo.

Lasciamo qui un segno ideale, così da riprendere il punto successivamente, e vediamo cos'è accaduto nell'ordinamento dopo il raggiungimento di questi traguardi: il giudice amministrativo, giudice dell'atto, il giudice civile, giudice del rapporto.

Nel corso degli anni '90, da una parte si "punta" sul giudice amministrativo come giudice speciale della p.a., dall'altra si interviene sottraendogli la (cospicua) materia del pubblico impiego, mediante l'avvento della c.d. privatizzazione.

Da questa riforma, man mano si è iniziato a parlare di «blocchi di materie», sino all'intervento incisivo della Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 204 del 2004, ribadiva la «piena dignità» e indipendenza della magistratura amministrativa, non più «giudice speciale», ma giudice ordinario dell'esercizio del potere pubblico, in una visione di unità funzionale, non organica, dell'amministrazione.

Nel frattempo, però maturavano i tempi per una disciplina unitaria del processo amministrativo, più volte predisposta ma mai giunta in dirittura d'arrivo.

L'approvazione del Codice del Processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010) ha rappresentato uno storico passaggio nella costruzione del sistema della giurisdizione amministrativa.

Infatti, fino all'entrata in vigore del codice, il processo amministrativo era disciplinato da un complesso di norme, stratificatesi nel tempo, fin dalle prime regole processuali relative al Consiglio di Stato, risalenti al 1907 e al 1924; proprio tali peculiarità hanno fatto sì che, da più parti, si invocasse una riforma processuale organica.

È indubbio che siffatte caratteristiche hanno influito sulla formazione dei giovani avvocati, giacché da una parte, nell'ambito civilistico, il faro di riferimento era dato dal codice, seppur modificato in diverse epoche; nell'ambito del processo amministrativo invece, alle disposizioni legislative che regolavano il giudizio innanzi al Consiglio di Stato e quello innanzi al Tribunale Amministrativo, si aggiungevano i principi giurisprudenziali del Consiglio di Stato.

In siffatta maniera, quindi, il giudizio amministrativo aveva raggiunto un suo equilibrio ed in tale ambito si sono formate e sono cresciute file di giovani avvocati, forgiati su una impostazione fondante sul principio del «giudizio sull'atto amministrativo».

Ecco che il mutamento delle esigenze di tutela, la diversa distribuzione delle materie, le esigenze processuali provenienti dal quotidiano hanno condotto,

grazie anche alla lunga evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, ad un cambiamento radicale del fulcro del processo, spostato così dall'atto al rapporto e come tale codificato nel nuovo codice.

Di qui, dunque, la chiamata per tutti e soprattutto per i giovani avvocati alla formazione, ma soprattutto a "mutare" l'approccio metodologico partendo dal diverso presupposto, il rapporto giuridico sottostante ed a guardare alla nuova funzione nomofilattica del Consiglio di Stato (ai sensi dell'art. 99 c.p.a.).

Come ribadito da molti, la spinta verso tali cambiamenti promana dal superamento della dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo, ma soprattutto dall'esigenza di garantire all'interesse legittimo una tutela "piena" ed "effettiva", finalità perseguita proprio con le diverse tecniche processuali sperimentabili oggi, alla luce del codice vigente.

Certamente questo contributo (e qui riprendiamo il punto lasciato in sospeso precedentemente) non persegue la finalità di commentare le riforme succedutesi negli anni, ma posa invece lo sguardo sui cambiamenti che le stesse hanno generato nella vita professionale dell'avvocato amministrativista.

Ed allora, oggi in che contesto opera l'avvocato amministrativista? In che termini la nuova impostazione processuale ha influito sulla sua operatività? A questi interrogativi non è facile rispondere in termini assoluti, giacché la molteplicità di materie su cui viene esercitata la giurisdizione amministrativa indubbiamente crea notevoli differenze anche a livello territoriale.

In disparte quelle materie per cui sussiste la competenza funzionale di alcuni specifici TAR (ai sensi dell'artt. 14, d.lgs. n. 104/2010), i radicali cambiamenti che si sono avuti, ad esempio, nell'ambito dell'edilizia, delle espropriazioni, degli appalti, non poche volte hanno messo in affanno, sia per mutevolezza delle prescrizioni (frequentemente modificate), sia per le forti oscillazioni giurisprudenziali che, immancabilmente, orientano e condizionano anche il contenzioso.

Lungi dal discutere dei ruoli, il punto è l'esercizio dell'avvocatura in questo continuo "divenire", tra mutamenti dello stesso ordinamento professionale e trasformazioni normative e sociali che hanno diretta ricaduta nell'attività quotidiana.

Si perché, di pari passo, non può negarsi che essere avvocato oggi, vuol dire confrontarsi ed all'occorrenza attrezzarsi per affrontare i mutamenti sociali, politici, economici della comunità in cui si vive e si opera; comunità che può essere tanto di respiro locale, tanto di respiro più ampio, vale a dire regionale, nazionale o addirittura transnazionale.

Il contesto in cui si opera è certamente il teatro in cui l'avvocato, giovane o di maggiore esperienza, si misura quotidianamente e costituisce il bacino da cui deriva il contenzioso che lo stesso, nell'esercizio della sua primaria funzione di mediatore sociale, è chiamato a dirimere.

Senza dubbio, il bacino di utenza in cui si opera dà anche il polso della condizione sociale ed economica in cui il nostro Paese si trova.

Così la crisi economica, l'incertezza che oggi si avverte, sono senza dubbio concause di una contrazione dell'attività edilizia, per citare uno dei settori più saturi (fino a qualche anno fa) di contenzioso, il cui riflesso è immediato anche sui volumi attuali di contenzioso che l'avvocato amministrativista è chiamato a seguire.

Ma non possiamo puntare il dito solo sulla condizione economica, in quanto sicuramente la stagnazione del settore immobiliare è da rinvenirsi anche nello sfruttamento, ben oltre le esigenze esistenti, dell'intero territorio; attività che, è un dato di fatto, ha trainato tutto il settore (fra costruzioni, compravendite, contratti bancari) in un arco temporale di una decina d'anni, a partire dalla fine degli anni '90 e che oggi ha portato ad una stagnazione.

Di pari passo, vanno menzionate le profonde trasformazioni del sistema normativo, a seguito delle quali spesso si è assistito all'insorgere di conflitti tra norme urbanistiche nazionali e regionali; per non dire della disciplina vincolistica che, sopraggiunta alla metà degli anni 2000 ha riversato i suoi effetti (con relativo contenzioso) anche sui procedimenti in itinere ed in particolar modo sulla notevole mole dei procedimenti di regolarizzazione conseguenti a contestazioni di natura edilizia.

E così, mentre ci si sforzava di adeguarsi ai cambiamenti (com'è d'obbligo) non sono mancati colpi durissimi anche all'aspetto economico dell'attività forense, che al cospetto delle argomentazioni anzidette potrebbe apparire secondario, ma certamente non può esserlo per il professionista che nel risultato economico vede anche la gratificazione dei propri sforzi.

Si tratta dell'abolizione delle tariffe professionali, giustamente reintrodotte recentemente, ma soprattutto della "lievitazione" ingiustificata o meglio, surrettiziamente motivata come strumento di deflazione, dei costi di giustizia del processo amministrativo.

È innegabile, e questa è la prima osservazione che istintivamente viene di fare, che l'aumento non solo per il costo di avvio, ma anche per i successivi motivi, abbia comportato come conseguenza diretta la diminuzione quantitativa e non certamente qualitativa del contenzioso; d'altro canto, però, va detto che questo notevole onere iniziale ha imposto all'avvocato di assumere una veste per tratti diversa da quella che convenzionalmente rivestiva e cioè essere più consulente che difensore, guidare l'assistito nel procedimento e non intervenire solo a provvedimento adottato.

Certamente però è questa una funzione a cui si è chiamati dallo stesso assistito, sicché è maggiore la frequenza nei settori degli operatori economici organizzati; diversamente, nell'ambito del privato (pensiamo ad esempio all'attività edilizia ristretta) tale aspetto della professione stenta tutt'oggi a decollare.

Il giudizio amministrativo, nonostante i malfunzionamenti, i correttivi e le innovazioni (che derivano anche dalle modifiche normative) resta l'unico sistema processuale ove, per alcune materie, in meno di un anno, si riesce a giungere a sentenza definitiva.

Gli sforzi che si compiono, spesso si scontrano con la crisi della qualità della legislazione, alluvionale nella produzione, poco chiara, contraddittoria; ciò ha una diretta ricaduta sia nella gestione quotidiana delle problematiche che vengono sottoposte al professionista, sia sull'incertezza anche del quadro giurisprudenziale, fino agli interventi nomofilattici, sia da parte del Giudice delle leggi.

L'ultimo biennio si è contraddistinto ancora una volta per i notevoli cambiamenti; dapprima, con il d.l. 90/2014, gli interventi in tema di processo, con notevoli modifiche in ordine al contenzioso in materia di contratti pubblici, con il fine di assicurare trasparenza ed efficienza; ancora, gli interventi sull'attività amministrativa, in tema di conferenza di servizi, silenzio, per citare, da ultimi i collegati alla riforma della p.a. ed il nuovo codice degli appalti.

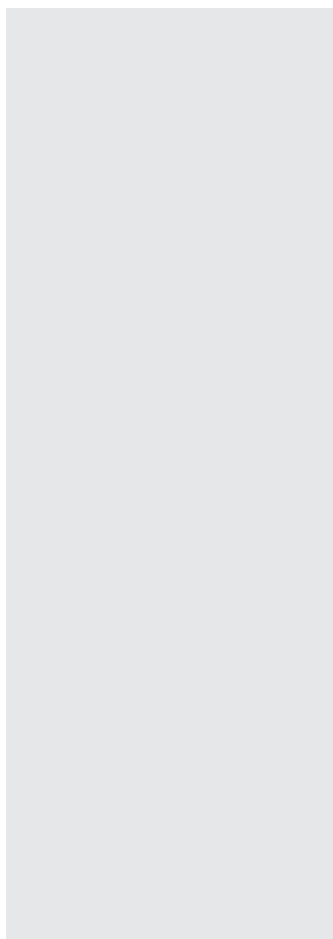
I segnali fanno sperare in una maggiore attenzione, da parte del legislatore, alla ricerca della semplificazione.

In tale quadro, l'avvocato amministrativista viene chiamato a prestare maggiore attenzione all'aspetto formativo, uno dei capisaldi del rinnovato codice deontologico; ma in questa ricerca che richiede sacrifici, indubbiamente non può tralasciarsi l'altra grande sfida, quale appunto quella di recepire le spinte riformatrici che vengono dai sistemi sovranazionali, in particolare quello dell'Unione Europea e quello della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e con essi della giurisprudenza comunitaria che in non pochi casi ha rimesso in discussione istituti (pensiamo all'espropriazione) che sembravano essersi incamminati su un binario abbastanza stabile.

Nell'odierno contesto socio-politico-economico, dunque, è condivisibile ed auspicabile che l'avvocatura faccia sentire sempre di più la propria voce, soprattutto perché la funzione di mediazione prima citata non resti solo una enunciazione di principio, ma sia effettivamente funzione di raccordo (soprattutto nell'ambito del diritto amministrativo) fra le esigenze del cittadino e le scelte dell'amministrazione, che purtroppo mostrando poco coraggio, nelle assunzioni delle relative responsabilità, spesso vanifica utili innovazioni normative.



# FORMAZIONE FORENSE





# Fornire efficacia alla prassi educativa con il rigore del pensiero

Alberto Frascà

---

## Premessa

Le politiche di formazione (per l'accesso, continua, specialistica) rappresentano un tema centrale nella vita dell'avvocatura: per il vero, indipendentemente dagli ultimi sviluppi normativi, lo sono sempre state nella tradizione della nostra professione e, attesi i novellati obblighi di legge, lo sono ancora maggiormente oggi.

Negli ultimi anni, occupandomi a vario titolo di formazione in seno all'avvocatura, sia a livello locale, con il C.O.A. di Torino che a livello nazionale, all'interno di iniziative promosse dal C.N.F. e dalla S.S.A., ho tentato di sviluppare un'analisi critica del modello di formazione dell'avvocatura, iniziando a elaborare, di concerto con i detti Organismi, proposte e metodologie che fornissero una prima risposta ai limiti emersi in fase analitica.

Il lavoro compiuto si è sviluppato a partire da alcune consapevolezze, che vorrei qui riassumere:

- a) che la formazione appartiene al cuore della nostra tradizione professionale (seppure, in precedenza, con forme e disciplina del tutto diverse da quelle attuali) come anche, ritengo, al cuore della proposta ordinistica ed associativa odierna;
- b) che la nostra proposta formativa non è sufficientemente efficace;
- c) che il lavoro cui dobbiamo porre mano è complessivo e di fondo: non si tratta – cioè – di operare qualche limitato aggiustamento, ma di immaginare un ripensamento generale;
- d) che la nostra proposta fatica a tener conto delle esigenze delle persone e del loro percorso (umano e professionale) nella società odierna.

Per realizzare un primo significativo passo avanti, conseguentemente, ritengo che sia necessario riflettere sulla natura dell'esperienza professionale (e, quindi, anche di partecipazione alla vita degli Ordini e delle associazioni forensi), individuare e condividere la dinamica di fondo della formazione che intendiamo fornire, e, infine, porre tutto questo a confronto con le esigenze delle persone concrete e dei gruppi cui intenderemmo potenzialmente rivolgere la nostra proposta.

## Con riferimento ai giovani: primo contatto, selezione e formazione di accesso alla professione

L'avvocatura italiana ha avuto alcune difficoltà a trasmettere ai giovani il testimone del proprio bagaglio culturale, politico e sociale in maniera adeguata;

porsi siffatto problema appare pertanto necessario per garantire un futuro consapevole della nostra professione.

Bisogna evidenziare anche che la società ha forzato i giovani ad una diversa gestione del loro tempo; infatti, il passaggio dal liceo all'università, periodo in cui generalmente matura la scelta pre-professionale (almeno sotto il profilo dell'indirizzo di studio), comporta un netto cambiamento nella vita delle persone.

Se è vero che spesso a ciò consegue una dilatazione del tempo libero in ore prima tradizionalmente dedicate alla frequenza scolastica, peraltro spesso coincidente con un aumento dell'autonomia rispetto alle proprie famiglie (dato questo di particolare significato in relazione agli studenti fuorisede che convergono sulle aree metropolitane, nelle quali dunque vi sono i C.O.A. più organizzati e numerosi come iscritti) è pur vero che ciò determina anche un nuovo e diverso modo di organizzazione del tempo stesso ed un livello di approfondimento maggiore di studio.

Di tale realtà l'avvocatura dovrebbe tenere conto, cercando, per quanto possibile, di creare e rafforzare, in quanto in parte già esistenti e conosciuti, percorsi di sensibilizzazione dei giovani studenti universitari al senso e ruolo della professione; alle opportunità e sfide che essa pone; alla sua storia ed al modo in cui si vuole che quella storia sia perpetrata, attraverso scelte di politica forense che orienteranno – anche per il futuro – la percezione che la società civile avrà del figura dell'avvocato; alla collocazione dell'avvocato nel “mercato” professionale, con i corollari di conoscenze, competenze e abilità scientifiche, tecniche, direttive e comportamentali.

### **Evitare il circolo vizioso**

Bisogna, dunque, affrontare sin dal percorso di studi universitari dei giovani il rischio di una loro scelta della professione inconsapevole e, tra l'altro, tanto più inconsapevole quanto meno l'avvocatura si sarà organizzata per provare a portare un operoso e fattivo contributo ad una loro cosciente auto-determinazione.

Occorre cercare di contrastare un effetto di rigetto e deresponsabilizzazione cui conduce l'attuale sistema, in maniera quasi necessaria: infatti, quanto più stretta e “casuale” risulta la porta d'accesso “effettiva” (nel senso di “pienamente soddisfacente”) alla professione e quanto meno efficienti si dimostrano gli strumenti di consolidamento del rapporto di partecipazione alla vita ordinistica e associativa, tanto minori saranno i nuovi Colleghi che si impegneranno in maniera concreta e fattiva, a propria volta, a vari e diversi livelli, nella vita degli ordini e dell'associazionismo forense, nella partecipazione attiva alle iniziative – che siano formative, politiche, culturali o sociali – dell'avvocatura, e quindi, la disponibilità di questi ultimi sia numerica che di capacità, cosicché maggiore risulterà il carico di lavoro che ciascuno dovrà affrontare, soprattutto ora che, con la codificazione di sempre più rilevanti oneri normativi, le iniziative e gli incumbenti vanno moltiplicandosi e rincorrendosi.

Ma quanto maggiore risulta il carico di lavoro in capo a ciascun Collega, ancor più in un contesto di sostanziale (e tendenzialmente strutturale) crisi economica, che ridonda sulla remuneratività della professione, tanto più onerosa diviene la partecipazione attiva e cosciente e, di conseguenza, aumentano le citate difficoltà, si riduce il tempo da dedicare alla propria formazione individuale (e da offrire a quella altrui), si grava maggiormente sulle proprie risorse personali, si moltiplica lo sforzo di conciliazione delle molte e diverse esigenze e, a cagione di ciò, qualche ulteriore Collega si allontana dalla partecipazione “agiata” alla vita dell’avvocatura, alimentando il circolo cui ho accennato.

### **Fare coincidere i percorsi**

Occorrerebbe, dunque, cercare di valorizzare la partecipazione cosciente alla vita dell’avvocatura, di cui la formazione (mi ripeto: per l’accesso, continua, specialistica) è parte essenziale, come un elemento del percorso di formazione individuale, così da poter stimolare, anche quando aumentano le difficoltà e si riduce il tempo, il consolidamento della volontà di adesione.

Sotto tale profilo appare necessario sviluppare un modello di formazione, anzitutto dei giovani, che miri a incrementare le loro competenze, aiutandoli ad essere pronti ad affrontare la nostra odierna società complessa, multietnica e plurilinguistica. Osservo a tal fine che la società contemporanea richiede ai giovani in maniera vieppiù incessante una profonda conoscenza di usi e costumi molteplici, una flessibilità di abitudini, una disponibilità a “mettersi in gioco”, coniugata alla conoscenza critica delle “regole del gioco”.

I Consigli degli Ordini territoriali e le associazioni forensi locali, luogo primario della vita dell’avvocatura, sono il nucleo fondamentale della elaborazione di base, lo strumento per acquisire consapevolezza del territorio in cui si vive e si opera e per riassaporare il gusto della partecipazione: quivi infatti si vive il proprio impegno con interlocutori vicini e da vicino si saggia la corrispondenza tra promesse e contenuti, ottenendo un riscontro sollecito dei risultati che conseguono ai propri sforzi. I Consigli degli Ordini territoriali (con le loro fondazioni e scuole fornese) e le associazioni forensi locali sono un patrimonio dell’avvocatura e ove più funzionano, maggiori sono i risultati.

Quando poi in essi convivono Colleghi con minore e maggiore esperienza, ma con analogo spirito di servizio e volontà di partecipazione cosciente, i risultati in termini di formazione non tardano a giungere.

Se quella descritta appare sicuramente la situazione ideale di sviluppo e crescita, in un circolo evidentemente virtuoso, ciò non toglie che, avendo ben chiaro tale modello ideale, anche realtà diverse possono contribuire alla crescita dell’adesione cosciente.

In tale direzione, ad esempio, può risultare strategico il ruolo delle Unioni regionali delle Curie o delle Fondazioni costituite da più C.O.A. (anche tramite iniziative interregionali) come motore per la costruzione, accanto alle realtà

organizzative più forti, di centri di coordinamento che consentano alle realtà di più ridotte dimensioni, pur vivendo una loro vita autonoma, di “gravitare”, e traggono da esse spunti ed aiuti, fornendo però alle stesse appoggi locali per le iniziative distribuite sul territorio: l’ipotesi è dunque quella di delocalizzare il più possibile le iniziative di formazione e dibattito anche fuori dai centri metropolitani, così da consentire di far co-organizzare e realizzare iniziative anche complesse e gratificanti a gruppi di Colleghi che ne sarebbero diversamente impossibilitati.

### **In generale: un’idea nuova di formazione**

La fine di un contesto generale di partecipazione politica, ovvero civile e democratica, avvenuta non da oggi, ma che oggi comincia a rendere evidenti tutti i suoi esiti, porta con sé una serie di conseguenze che si riflettono principalmente proprio sui processi formativi.

Tra gli altri aspetti, la crisi di un contesto omogeneo di cultura, in cui c’era una qualche continuità tra il modo di pensare l’impegno civico, quello professionale la propria vita, ha reso evidente che non si può dare nulla per scontato. Dunque la formazione si configura come un’azione complessa, dalle dimensioni molteplici, nessuna delle quali può essere ritenuta acquisita.

Inoltre, stante la complessità delle odierne società, molte sono le “agenzie” che influiscono sulla formazione di una persona: oggi tutto forma (o “deforma”) ed occorre essere in grado di discernere di continuo tra ciò che avviene attorno a noi e gli effetti che ciò ha su di noi.

Per questo è necessario che la formazione professionale abbia anche la funzione di aiutare a rielaborare la molteplicità delle esperienze che ciascuno di noi fa nelle varie situazioni della sua vita personale: solo così i “saperi” divengono conoscenza e la conoscenza si tramuta in competenze ed abilità.

In questo senso, occorre applicare con metodo la scelta dell’accoglienza e dell’inclusione delle nuove risorse che si candidino alla vita forense e “fare” ed “organizzare” formazione, riscoprendo con loro il valore formativo del servizio; il valore di quella formazione che passa anche attraverso il coinvolgimento in impegni concreti; il senso della rielaborazione delle molteplici situazioni della vita personale, evitando invece di identificare la formazione per la professione e nella professione con la sola partecipazione “passiva” agli eventi formativi ed associativi organizzati dall’avvocatura.

Dal punto di vista della singola persona, è doveroso che si comprenda (per predisporre percorsi adeguati) che la formazione è, e resta, un lavoro che ciascuno compie su di sé ed a cui, in primo luogo, egli stesso deve decidere se aderire in maniera fattiva e consapevole.

Dal punto di vista di chi deve ideare, fornire, ed organizzare la formazione, essa (formazione) è invece l’impegno con cui si investe se stessi in un progetto concreto, cercando di ottenere per altri un risultato di crescita. Questo implica

una decisione, una motivazione, delle domande vive e aperte nella coscienza del formatore e dell'organizzatore della formazione. Implica una scelta, una libertà, una razionalità, per fare in modo che le scelte compiute nell'identificazione dei percorsi formativi corrispondano alle intenzioni ideali che hanno mosso nella programmazione. Per ciò occorre accogliere chi si avvicina alla vita forense senza pregiudizio, aiutandolo a crescere ed incentivandolo a partecipare a progetti concreti, nei quali credere e per cui spendersi.

Dal punto di vista di chi si dedica alla formazione altrui, inoltre, la formazione è cura messa in atto per accompagnare e sostenere questo lavoro, che non può che essere all'insegna della libertà e della vivacità interiore personale. Infatti occorre riconoscere con coscienza che la formazione non è un'azione che avviene dall'esterno: ciò che si propone in termini di cura formativa è solo l'avvio di un processo che avviene, si matura e si dispiega nella libertà e nell'impegno personale.

***Segue: in particolare, quattro contributi che la formazione professionale può fornire al proprio percorso di crescita personale (e viceversa)***

- 1) La nostra formazione professionale potrebbe contribuire a fornire alle persone strumenti di comprensione del contesto sociale, dal momento che il nuovo modo di produrre ha profondamente modificato stili di vita, i ritmi e le tradizionali scansioni.
- 2) In questa prospettiva, la formazione professionale potrebbe anche contribuire a far rielaborare i vissuti personali, spesso vero banco di prova della vita quotidiana e delle scelte che si compiono nella vita lavorativa e di impegno civile. La scelta dell'impegno passa infatti inevitabilmente dentro le nostre situazioni esistenziali, che la formazione deve contribuire a far ripercorrere, a risignificare, a rivivere.
- 3) La formazione professionale potrebbe inoltre contribuire a far rielaborare le strutture antropologiche della propria età, come "luogo" di esperienza (le relazioni sociali, il rapporto tra le generazioni, la responsabilità delle scelte, la ricerca della soluzione ai problemi operativi).
- 4) La formazione professionale potrebbe infine contribuire a far compiere un discernimento della realtà storica entro cui si vive, contribuendo a fornire la capacità di leggere e di interpretare i caratteri del proprio tempo e le sfide che esso pone all'uomo (e, quindi, al professionista), oltre che una conoscenza matura e non banale dei problemi che oggi interpellano la coscienza, dandone una lettura cosciente e convincente.

L'interazione di questi aspetti contribuisce a produrre una nuova cultura, nella quale vita personale e professionale si incontrano e si influenzano reciprocamente: insieme contribuiscono a individuare nuovi modi di pensare; ad individuare anche nuovi stili di vita ed una nuova visibilità dell'impegno professionale come anche come interpretazione della propria esistenza quotidiana.

L'avvocatura, con i suoi Organismi e le associazioni fornese, con le sue relazioni, i suoi dibattiti, le sue persone, le sue occasioni di incontro, deve proporsi di rappresentare il "luogo" in cui la vita personale e l'impegno professionale si incontrano, interagiscono, possono produrre nuova cultura e segni leggibili nel contesto di cui si è parte.

L'avvocatura deve quindi proporsi di essere gruppo associativo, che ha una diversa funzione nelle diverse età della vita; di fornire una proposta ideale e formativa con cui si rivolge alle singole persone per il loro cammino personale; di costruire su questa proposta gli appuntamenti di formazione; di incentivare alla vita associativa che, in sé, come innanzi ricordato, ha già un valore ed un'efficacia formativa.

Alla luce di tutte queste riflessioni va compiuta la verifica che potrà rilanciare in maniera concreta l'esperienza formativa dell'avvocatura: il cuore del rinnovamento dell'avvocatura insiste, ritengo, nel rinnovamento del suo modo di fare formazione.

### **Oltre la retorica sulla formazione ma dentro il percorso formativo: l'idea di un Progetto Formativo di base**

Il monito contemporaneo è "investire in formazione!": si impegnano all'uopo risorse di tempo e persone.

Benissimo: il precetto normativo si adegua e codifica la necessità di formarsi, prescrivendo sanzioni per i renitenti. Nessuna obiezione di coscienza è prevista: solo l'anzianità fa grado, esonerando dagli esercizi fisici e dall'alza-bandiera.

Vi è stata enfasi sull'obbligatorietà della formazione; certamente vi sono anche ragioni oggettive, da connettersi con la sempre più forte accelerazione del cambiamento, a tutti i livelli e specialmente nei campi tecnologico, comunicativo e professionale.

Che cos'è, allora, in fin dei conti, per l'avvocatura, la formazione? Il termine formazione deve correlarsi con nozioni-chiave della cultura contemporanea, come quelle di soggetto, complessità, cambiamento, specializzazione.

In via di prima definizione direi allora che la formazione indica un insieme di processi ed eventi, che implicano nel soggetto la generazione e lo sviluppo di una data forma, ossia l'evolversi di un profilo dinamico, inclusivo di conoscenze, competenze, abilità e di una strutturazione sempre aperta riguardo al modo di rapportarsi con il "mondo" (persone, situazioni, esperienze, problemi).

Così intesa, la formazione tende a favorire, come innanzi illustrato, una continua ri-significazione del soggetto riguardo all'intera realtà sociale, culturale e professionale in cui vive.

Nell'ottica dell'avvocatura, giusto quanto innanzi osservato, sarà allora importante svolgere un passaggio dall'accento sul che cosa (contenuti) a quello sul come (metodo/procedure): ecco la ragione della proposta di un Progetto Formativo (P.F.) di base per la nostra professione

## **Progetto Formativo (P.F.) di base per l'avvocatura italiana**

Ho pensato al P.F. come ad uno strumento di lavoro per sostenere (ed una mappa tematica per orientare) l'opera formativa nell'avvocatura italiana al suo interno e dell'avvocatura italiana verso l'esterno (inclusa la società civile).

Il P.F. definisce l'idea generale di formazione, corredandola con gli irrinunciabili obiettivi, contenuti e metodo. La proposta è saldamente ancorata a due pilastri portanti: l'identità dell'avvocatura italiana e l'attenzione al dato di realtà personale.

Il P.F. sarebbe pensato per essere affidato ai Consigli territoriali degli Ordini ed ai referenti locali della formazione (anche per le scuole forensi, per le fondazioni ecc. ecc.), affinché si applichino a declinare creativamente gli orientamenti di fondo tratteggiati, secondo le specifiche esigenze delle persone e delle realtà locali.

Il P.F. dovrebbe cercare di venire incontro ai sempre nuovi bisogni formativi indotti dai cambiamenti sociali e culturali in atto, provando ad aprire una finestra sulla realtà odierna, cercando anche di fornire chiavi di lettura intorno ai mutamenti, macro e micro sociali, sotto i nostri occhi; di indicare orizzonti e strumenti di azione professionale conseguenti; di aumentare competenze e capacità tecniche; di selezionare campi di azione e di dotare i Colleghi di conoscenze sempre più attuali, puntuali e concrete da utilizzare in quei campi.

### **Le chiavi di lettura del P.F.**

Si tratta ora di entrare nella "scatola nera" del Progetto, individuando le chiavi che ci consentono di coglierne le idee-forza di fondo.

#### ***Segue: 1) al centro la persona, la sua scelta e le sue esigenze***

Il P.F. assume – e non poteva essere altrimenti – una connotazione espressamente personalistica della formazione e della scelta di partecipazione ad essa.

L'attenzione formativa rivolta a ciascun/a iscritto/a implica una costante attenzione alla condizione, ai bisogni, alle attese e ai desideri personali: nulla deve essere mai dato per scontato quanto all'impegno ed alla disponibilità del singolo; nessuna scelta è uguale a quella effettuata da altri.

Pertanto, il principio d'"individualizzazione" dell'opera formativa resta un'indicazione centrale del Progetto. Il richiamo alla persona fa tutt'uno con quello rivolto alle dimensioni più specificamente qualificanti la struttura umana: interiorità, libertà, responsabilità, volontà.

L'appello alla "individualizzazione" significa:

- a) che la formazione, per risultare incisiva, deve fare leva e attivare i dinamismi profondi del soggetto;
- b) che nella nostra società l'avvocato non può più essere tale "per tradizione" o "per consuetudine" o, peggio ancora "per caso e ripiego", ma deve esserlo, invece, "per convinzione", una convinzione bisognosa di continuo affinamento e cura.

Occorrerà, pertanto, che i Consigli dell'Ordine territoriali (e le associazioni forensi) cerchino di dotarsi di strumenti di analisi dei fabbisogni formativi degli iscritti sempre più puntuali e capaci di fornire indicazioni di sempre maggiore dettaglio (i *big data* rendono oggi più agevole l'acquisizione di queste informazioni).

### ***Segue: 2) necessità di una formazione “pensata”***

Si muove dalla constatazione di un fatto: l'avvocatura ha alle spalle una lunga e generosa tradizione d'impegno formativo avendo educato generazioni e generazioni di professionisti.

Ci si potrebbe allora domandare se, nel passato, oltre che a “fare” formazione l'avvocatura abbia anche “pensato” adeguatamente a come svolgere tale attività: io non credo che esistano documenti sistematici sulla formazione.

Guardiamo, dunque, all'oggi. Ebbene, il P.F. poggia sull'assunto secondo cui l'esigenza di una seria riflessione intorno alla formazione sia all'ordine del giorno. Noi, come avvocatura nel suo insieme, sviluppiamo una molteplicità d'interventi di carattere formativo, ma abbiamo un'idea chiara di formazione?

Io ritengo che sia necessario uno strumento agile, che solleciti l'avvocatura a “mettere a fuoco” senso e prospettive dell'opera di formazione intrapresa, garantendone così la prosecuzione ed il progresso. Si tratta, se mi è concesso uno slogan, di «fornire efficacia alla prassi educativa con il rigore del pensiero».

Io ritengo che l'avvocatura italiana abbia la capacità, al suo interno, di compiere questo sforzo.

### **La proposta: verso un modello nazionale di formazione unitario**

Individuati il senso, le linee-forza, il “cuore” del P.F., occorre ora vederne le indicazioni relative al concreto svolgimento della formazione nell'avvocatura italiana. Mi preme ribadire che questo contributo punta esclusivamente ad aprire un dibattito.

Con particolare riferimento alle politiche di formazione dei giovani, ritengo utile ipotizzare nel P.F. un articolato percorso formativo che cresca dalle attività di primo contatto da sviluppare di concerto con le università, alle didattiche delle scuole forensi, alle offerte di formazione di base e specializzante da inserire nei Piani di Offerta Formativa della formazione continua, per giungere, infine, ai corsi specializzanti.

Appare a chi scrive di tutta evidenza che, pur nel rispetto – non solo doveroso ma indispensabile (si veda l'individualizzazione di cui ho detto sopra) – delle necessarie peculiarità locali, quanto maggiore sarà lo sforzo di coordinamento dei modi, dei tempi e delle forme di organizzazione e svolgimento degli eventi di formazione locale, tanto più salienti saranno, in termini di forma e di sostanza, le ricadute di profitto sulla crescita consapevole dell'avvocatura in generale.

L'indicazione fondamentale che intendo prospettare e sottoporre a dibattito è, quindi, quella di riflettere sulla proposta di un modello di formazione unitario e, ove tale indirizzo dovesse riscontrare accoglimento, di dedicare uno spazio di riflessione al fine di delineare al meglio un programma per lo svolgimento dello stesso, così da impegnare in siffatta direzione tutte quelle disponibilità che dovessero emergere.

Sul fronte meramente organizzativo un abbozzo di tale percorso può essere realizzato, ritengo, senza reali e concreti aggravi di tempo e risorse, partendo dalla condivisione di alcuni elementi minimi di fondo su contenuti, tecniche e metodologie formative. Qualcosa, in tal senso, seppure limitatamente alla formazione per l'accesso, potrebbe emergere dai tavoli di lavoro nazionali che stanno lavorando nel corso dell'ultimo anno su iniziativa del C.N.F.

Altro e diverso appare invece il discorso qualora si opti per una scelta coraggiosa e si decida di perseguire una politica di formazione articolata, fondata su un modello unitario di formazione professionale, proposto e studiato su base nazionale, attraverso i contributi locali.

### **Alcune proposte concrete. 1) l'istituzione del Seminario di formazione dei formatori e degli operatori alla formazione: creazione dell'Albo nazionale**

La SSA ha sviluppato proficue sinergie con alcuni Collegi, che hanno portato alla stratificazione di scelte formative mirate e funzionanti, fondate su un modello di formazione chiaro ed inserite in un buon percorso formativo.

Ciò ha anche condotto la SSA a divenire un attore nazionale nel campo della formazione, attraverso seminari di formazione dei formatori ed organizzatori della formazione tenutisi a livello distrettuale.

Ritengo allora necessario costituire per impulso della SSA un Seminario nazionale di formazione dei formatori e degli operatori alla formazione, che si svolga, con la durata di più giorni, riunendo alcuni dei partecipanti alle sessioni di formazione decentrata, al fine di costituire un vero e proprio Albo nazionale di Collegi referenti della formazione.

Ritengo infatti che sia indispensabile fornire a tutti quei soggetti che a vario titolo lavorano ed operano attorno agli eventi di formazione locali e nazionali, vi prendono parte attiva, ovvero li preparano e rendono possibili, una formazione specifica che preveda lo scambio delle esperienze, insegnamenti di tipo pedagogico, di tipo culturale, di tipo amministrativo, e, in generale, tutto quanto possa occorrere per sapere ciò che già c'è, come funziona, e come si possono migliorare o rendere possibili le varie iniziative.

Lo scopo è anche quello di creare, in un clima informale, un'occasione per "fare rete" tra gli operatori coinvolti nelle iniziative locali, ottenendo un momento di formazione ed arricchimento collettivo, di scambio di vedute, di sintesi, di sinergia, di arricchimento.

### ***Segue: 2) la creazione, in seno alla SSA, di un Ufficio Nazionale per la Formazione***

La realizzazione, il coordinamento, la formulazione e la gestione del Progetto Formativo dell'avvocatura italiana richiederanno un continuo ed attento lavoro, anche di monitoraggio.

Il detto lavoro andrebbe poi coordinato con le singole realtà locali, con le loro scuole e fondazioni, con talune associazioni forensi massimamente rappresentative.

Riterrei quindi opportuno che il C.N.F. si dotasse, in seno alla SSA, di un Ufficio Nazionale per la Formazione, che abbia il compito di rendere operativo il Progetto Formativo dell'avvocatura italiana, costantemente seguendolo, ripensandolo e migliorandolo alla luce di tutti i contributi che in materia di formazione dovessero man mano pervenire.

Se il futuro dell'avvocatura italiana dipende anche dalla formazione, è necessario dare alla formazione un futuro, istituendo un idoneo Ufficio a ciò preposto, che sia e divenga referente unico.

### ***Segue: 3) Delineare itinerari formativi***

Il termine itinerario richiama l'idea del viaggio, che contempla un punto di partenza, tappe, soste, ed una meta da raggiungere. Ben rappresentata dalle metafore del viaggio o del cammino, la scelta della formazione continua ha un dinamismo intrinseco in cui emergono, senza soluzione di continuità, domanda, ricerca, inquietudine, attesa, desiderio, stupore e cambiamento.

Il P.F. ipotizza che si possa muovere da tale consapevolezza per collocare convenientemente il discorso circa gli itinerari formativi dell'avvocatura.

Essi si configurerebbero come percorsi coerenti al loro interno, relativi all'intero arco della vita professionale, da calibrarsi in rapporto alle specifiche età, sulla scorta dell'esame attento e ponderato dei profili psicologici dei periodi intercorrenti dalla giovinezza all'età matura.

Gli itinerari formativi sopra accennati dovrebbero innervare il P.O.F. ed il calendario specifico proprio di tutti i C.O.A. territoriali.

In tal modo si prospetta un'offerta formativa ricca e diversificata, rispetto alla quale inserirsi secondo una logica modulare, per essere fedeli alle persone reali con le quali si lavora ed alle loro domande, nonché aderenti alle istanze della realtà locale.

### ***Segue: 4) Il problema del metodo***

Per riuscire seriamente, in rapporto pari alla serietà degli sforzi organizzativi ed economici profusi, il lavoro formativo richiede competenza e coerenza d'impostazione metodologica. Spero che tutti possiamo esserne consapevoli.

Anche su questo importante capitolo il P.F., come sin'ora evidenziato, dovrà cercare di offrire linee di riferimento essenziali. Quanto sin qui esposto sia sotto il profilo metodologico che della proposta, non è – ovviamente – e non

pretende neppure di essere, esaustivo e definitivo, ma sembra sufficiente per tracciare coordinate comuni di un impegno nella formazione tesa a raggiungere risultati non privi di efficacia.

Due suggerimenti metodologici di fondo prevalgono.

Da un lato, come detto sin dall'inizio della proposta, quello di conferire al percorso formativo un'impronta di esperienza ed azione, tale cioè da assumere e coinvolgere la persona, nella concretezza dei suoi vissuti, necessità e relazioni.

Dall'altro, quello di personalizzare il cammino di formazione, facendo in modo che esso, contro il sempre incombente rischio di standardizzazione, sia calibrato in modo tale da rispondere alle attese, esigenze e desideri del singolo iscritto.

A integrazione di queste indicazioni generali stanno altri quattro criteri non meno significativi: a) essenzialità, per dire che la proposta formativa dell'avvocatura ha l'ambizione di rispondere pienamente alla sfida nata dalla disciplina anti distorsiva della concorrenza per promuovere crescita e sviluppo dei suoi iscritti; b) gradualità, a sottolineare l'esigenza che ciascuna persona sia aiutata a entrare nel cuore della vita professionale in maniera adeguata e rispettosa dei suoi livelli di evoluzione e maturazione, delle sue scelte, dei suoi tempi, delle sue esigenze personali e professionali; c) progressività, per segnalare che il cammino formativo deve assumere un andamento che tende a salire, di sviluppo, nel susseguirsi di tappe contrassegnate dall'auspicabile raggiungimento di obiettivi in coerente successione; d) modularità, che prospetta un modello di formazione flessibile, anche localmente differenziata e differenziabile, articolata in momenti e fasi specifiche, in qualche modo concluse in sé, ma nel medesimo tempo organicamente collegate al disegno complessivo del progetto formativo.

L'invito che formulo è, quindi, quello di non ridurre il problema del metodo a un'asettica sequenza di principi regolativi generali e a considerare queste proposte di dibattito non come semplice enunciazione teorica.

Fa infatti parte fondante della questione metodologica anche la delinea-zione degli sfondi, dei contenuti, dei materiali e dei contesti entro i quali va collocata l'opera formativa.

### **Segue: 5) Formatori ed operatori della formazione all'altezza**

L'avvocatura deve avere consapevolezza dell'importanza di potere contare su formatori di sicura qualità: da qui la necessità di intensificare e rendere più organizzata l'attività di formazione di chi fa formazione ed organizza formazione.

La formazione nell'avvocatura ruota intorno a tre figure: i relatori, i tutor, i responsabili degli eventi formativi (programmazione, realizzazione). Circa tutte tali figure occorrerà svolgere una idonea riflessione, cercando di elaborare linee guida comuni e percorsi di formazione (di cui si sono già avviati esperimenti locali, ipotizzando un Seminario di formazione dei formatori finalizzato alla creazione di un Albo *ad hoc*).

Infatti non si nasce formatori, ma lo si diventa, ed ecco perché penso che il Progetto Formativo debba dedicare una sua parte alla (se non proprio formazione) almeno coordinazione di queste figure, anche attraverso la formulazione di un percorso di preparazione secondo un modello d'interazione fra teoria e pratica educativa, che si snoda su più piani e, precisamente, a livello di singoli Ordini ed associazioni; al livello regionale e distrettuale; al livello nazionale, chiamato quest'ultimo, in particolare, a curare la qualificazione dei responsabili locali della formazione e ad offrire proposte generali e capacità innovativa, oltre che di sintesi e confronto delle esperienze locali.

# L'organizzazione del lavoro degli uffici giudiziari come ulteriore strumento verso la parità di genere

Roberta De Siatì

---

Il tema delle Pari Opportunità sul luogo di lavoro è stato sviluppato nel corso degli ultimi anni in numerosi studi, ma pochi si sono focalizzati in particolare sulla realtà delle libere professioniste.

La normativa europea e nazionale sul tema è, d'altro canto, scarsa; da ultimo anche il Job's Act nulla ha disposto in merito al sostegno del lavoro delle libere professioniste.

Secondo l'opinione comune, peraltro, nell'ambito delle libere professioni non ci sarebbe la necessità di interventi antidiscriminatori in quanto da un canto nell'immaginario collettivo noi avvocate saremmo ricche, organizzate o organizzabili attraverso la spesa del nostro patrimonio personale, e dall'altro perché è difficile misurare la discriminazione nelle libere professioni.

Infatti, se la discriminazione lavorativa è la misura della "differenza" di vari parametri (come il trattamento economico, l'accesso ai servizi, il trattamento pensionistico, la progressione della carriera) tra più soggetti forniti delle stesse competenze formali, nella valutazione dei liberi professionisti questi parametri non sono uniformi.

Le materie che attengono al diritto sono tante: se l'avvocata si occupa di diritto di famiglia e l'avvocato, invece, di diritto d'impresa è "normale", nel comune sentire, che ci sia un differenziale di reddito; se l'avvocata, per sostenere la gravidanza, per allevare i bambini finché non possono essere portati, quanto meno, alla scuola materna, per occuparsi della casa è costretta a lavorare appena poche ore al giorno e il collega lavora per tutto il tempo necessario dentro e fuori dallo studio attraverso una fitta rete di contatti sociali che l'avvocata non riesce a mantenere, è "normale" che questo differenziale si accentui e che tutto ciò comporti che la committenza preferisca un libero professionista disponibile ipoteticamente senza limiti, che questi sia il titolare di studio e l'avvocata sia una partita iva, mono-committente, invisibile alla clientela, neppure assistita dalle garanzie dell'impiego privato. Bisogna chiedersi, dunque, cosa voglia dire "normalità" o se, invece, siamo ostaggi culturali di pre-giudizi di genere.

Eppure, fin dal 2007, nelle statistiche emerse che le libere professioniste erano una categoria a rischio di povertà al semplice verificarsi di un evento naturale come la malattia.

Negli ultimi anni perfino l'Unione Europea si è resa conto della situazione economica in cui versa la maggioranza degli avvocati il che ci fa capire quale sia il tenore di vita delle avvocate italiane che guadagnano, mediamente, la

metà (proprio così, il 50% in meno) dei colleghi con pari anzianità di iscrizione all'albo. Appena pochi mesi fa la "Risoluzione del Parlamento europeo del 26 maggio 2016 sulla povertà: una prospettiva di genere" (2015/2228 INI) afferma: «Si evidenzia che esistono nuove categorie di donne in povertà, costituite da giovani libere professioniste, e condannano pertanto una vasta fetta di giovani laureate a una vita lavorativa precaria e a un reddito che raramente riesce a superare la soglia di povertà (nuovi poveri)».

Ci si è chiesti, dunque, come valutare la presenza di discriminazione considerato che le norme per l'accesso sono uguali per tutti, e non sono discriminatorie, e le norme in tema di previdenza non sono diverse, o peggiori, per le libere professioniste.

Siamo stati in grado, nel tempo, anche di riconoscere, degli indicatori di discriminazione per genere sui quali si deve agire per attuare strategie di compensazione.

Un primo sintomo di discriminazione è stato identificato nel difetto di rappresentanza di genere nei luoghi dove si decide (Ordini, Consiglio Nazionale Forense e Cassa Forense) tanto che il nuovo ordinamento forense (l. 247/12) ha previsto un meccanismo di quote che ha prodotto i suoi frutti con l'aumento del numero delle consigliere elette laddove si è votato con le nuove regole.

Le avvocate, come si è detto, da quel che emerge dalle statistiche sui redditi degli avvocati (cfr. Rapporto Censis 2010), non hanno le stesse risorse economiche dei colleghi e questo comporta ulteriori difficoltà quando decidono di impegnarsi nella politica forense.

L'elezione in un consiglio (distrettuale o nazionale o in Cassa Forense) comporta, infatti, l'utilizzazione da parte della consigliera, non del proprio tempo libero come accade di solito nell'impegno volontaristico, ma del proprio tempo lavorativo ovvero di quel tempo che serve a creare clientela e a produrre reddito per il sostentamento.

Quindi, oggi, che il numero delle avvocate è più alto del passato e i tempi sarebbero maturi per una più alta rappresentatività femminile, solo chi può permettersi economicamente la spendita volontaristica del tempo lavorativo, può candidarsi a occupare i luoghi decisionali.

Come si può notare dalle tabelle che seguono, a oggi la rappresentanza femminile negli ordini forensi rimane mediamente al 34% (dunque quasi i 2/3 dei consiglieri sono uomini) e le donne che fanno parte dell'esecutivo sono ancora meno.

Le donne Presidente degli Ordini sono appena il 10-12% a fronte del 90% di uomini.

La situazione migliora per le Consigliere Segretarie e Tesoriere, tranne che nel Sud Italia dove il *range* di presenze femminili nell'esecutivo degli Ordini si attesta sul 28%.

Che peso potranno mai avere le avvocate nella scelta degli obiettivi da perseguire rispetto alla mentalità omologata e rinforzata dall'omologazione di tutti gli uomini che hanno una schiacciante superiorità numerica?

| Distribuzione Avvocati-Avvocare nei COA - 2016 |            |             |            |             |            |             |
|------------------------------------------------|------------|-------------|------------|-------------|------------|-------------|
|                                                | Nord       |             | Centro     |             | Sud        |             |
| Uomini                                         | 404        | 63%         | 232        | 65%         | 571        | 69%         |
| Donne                                          | 240        | 37%         | 125        | 35%         | 258        | 31%         |
| <b>Totale</b>                                  | <b>644</b> | <b>100%</b> | <b>357</b> | <b>100%</b> | <b>829</b> | <b>100%</b> |

| Numero Donne/Uomini in cariche esecutive dei COA, ITALIA - 2016 |            |              |              |              |              |             |
|-----------------------------------------------------------------|------------|--------------|--------------|--------------|--------------|-------------|
|                                                                 | Donne      |              | Uomini       |              | Totale       |             |
| Presidente                                                      | 15         | 10,9%        | 122          | 89,1%        | 137          | 100%        |
| Segretario                                                      | 41         | 29,5%        | 98           | 70,5%        | 139          | 100%        |
| Tesoriere                                                       | 43         | 32,3%        | 90           | 67,7%        | 133          | 100%        |
| <b>Totale</b>                                                   | <b>623</b> | <b>34,0%</b> | <b>1.207</b> | <b>66,0%</b> | <b>1.830</b> | <b>100%</b> |

| Numero e Percentuale Avvocare in esecutivo COA per macro area geografica - 2016 |      |       |        |       |     |       |        |       |
|---------------------------------------------------------------------------------|------|-------|--------|-------|-----|-------|--------|-------|
|                                                                                 | Nord |       | Centro |       | Sud |       | Totale |       |
| Presidente                                                                      | 6    | 12,0% | 3      | 11,1% | 6   | 10,0% | 15     | 10,9% |
| Segretario                                                                      | 18   | 36,0% | 11     | 39,3% | 12  | 19,7% | 41     | 29,5% |
| Tesoriere                                                                       | 18   | 37,5% | 9      | 33,3% | 16  | 27,6% | 43     | 32,3% |

Il difetto di rappresentanza non è il solo sintomo di discriminazione; le avvocate, infatti,

1. non godono del periodo di astensione obbligatoria per maternità;
2. non hanno diritto a congedi parentali;
3. soffrono la mancanza di strategie di conciliazione tra tempo di lavoro e tempo di cura;
4. hanno mediamente redditi inferiori rispetto ai colleghi (*pay gender gap*) differenza che si accentua successivamente alla maternità e che non viene più colmato nell'intero percorso lavorativo successivo;
5. si occupano mediamente di materie meno remunerative e meno prestigiose;
6. raramente sono titolari di studio;
7. soffrono la discriminazione orizzontale, intra-occupazionale e verticale. Queste condizioni rappresentano altrettanti ostacoli sul percorso lavorativo femminile.

Tuttavia, non si sentono discriminate.

Prevale, infatti, tra noi libere professioniste, un'auto rappresentazione vincente.

Parlare di pari opportunità di genere è spesso difficile tra le colleghe perché è diffusa l'idea per cui "se ce l'ho fatta io, ce la possono fare tutti, purché lo

vogliono”, senza tenere conto del costo in termini di rinuncia a cose della vita come figli o famiglia o, addirittura, c’è chi sostiene che saremmo noi stesse a rifuggire da incarichi di responsabilità o da lavori e materie che ci porterebbero lontano dalla famiglia ignorando in tal modo l’assenza totale di strumenti di conciliazione vita lavorativa/ vita familiare.

Il problema, a parere di chi scrive, invece, è culturale in quanto coinvolge, tra gli altri aspetti, l’organizzazione del lavoro e si riverbera sui redditi delle avvocate e sulla loro possibilità di avere figli.

L’organizzazione del lavoro è conformata su un modello stereotipato di lavoratore (magistrato e avvocato) maschio, lontano dai compiti di cura, il cui tempo è diviso tra il tempo per il lavoro e il tempo per sé, improntato a un modello di vita di stampo fordista proprio della metà del secolo scorso.

Tuttavia la società è cambiata, le famiglie sono cambiate.

L’esigenza della condivisione dei compiti di cura è molto sentita, anche se non effettivamente realizzata, a causa della necessità che le donne lavorino per ragioni economiche che attengono allo squilibrio demografico crescente e alla spesa pensionistica. La sbilanciata divisione dei compiti di cura della famiglia tipico della società italiana unita all’organizzazione di stampo maschile del lavoro dei Tribunali, comporta una grave discriminazione a carico delle avvocate in quanto gli stessi impegni lavorativi del collega diventano insostenibili se si sommano alle incombenze di cura, e questo, sia come impegno personale sia come impegno economico per farvi fronte con un sostituto (es. babysitter). L’impegno, dunque, deve essere indirizzato nel senso di evitare che le avvocate siano costrette a scegliere tra famiglia e lavoro.

A livello di macro sistema, questo obiettivo si può realizzare attraverso l’allargamento alle libere professioniste delle politiche di conciliazione vita/lavoro come sostegno al lavoro delle donne e non come mero assistenzialismo e, a livello di micro sistema, attraverso una sostanziale modifica dell’organizzazione del lavoro a partire dai Palazzi di Giustizia.

Con questo obiettivo, si potrebbero aprire tavoli di concertazione con i magistrati e con i dirigenti degli uffici sulla gestione e sui tempi delle udienze nel rispetto di tutti gli attori del processo; dei tempi e dei modi dei rinvii d’ufficio e non solo sul legittimo impedimento per maternità che, invece, dovrebbe essere affrontato e risolto, una volta per tutte, in Parlamento. La complessità del fenomeno è tale che se non si terranno conto le esigenze di *work-life balance* (che iniziano a coinvolgere anche i colleghi, soprattutto a causa della necessità di cura della parte debole della famiglia costituita dagli anziani) continueranno a essere lesi i diritti fondamentali degli avvocati e delle avvocate, che sono lavoratori e lavoratrici, è bene ricordarlo, e hanno diritto a gestire il tempo lavorativo e il tempo del riposo con coerenza e prevedibilità.

È evidente, infatti, che un rinvio comunicato nell’imminenza dell’udienza o un’udienza tenuta da un GOT che non potrà fare altro che rinviare, un’udienza che non preveda un limite di tempo e un orario di chiamata comporta l’obbligo

dentologico dell'avvocato di essere, comunque, presente; un'udienza fissata tra due festività scolastiche comporterà la necessità di un'organizzazione dispendiosa per l'avvocata, se questa udienza dovesse essere rinviata all'ultimo momento, con l'aggravante che l'eventuale organizzazione familiare non potrebbe più godere della festività lunga.

In quest'ultimo caso, sarebbe, ad es., sufficiente che la determinazione dei giorni di udienza avvenisse nel rispetto del calendario scolastico, ma ci vuole la volontà di farlo e qualcuno che ti evidenzi la criticità e anche la soluzione.

È proprio in situazioni come quella rappresentata che il difetto di rappresentanza di genere si evidenzia, in quanto sarebbe semplice parlarne con i magistrati ma chi ha l'*auctoritas* per farsi ascoltare (i Presidenti degli Ordini) è per il 90% di sesso maschile e, forse, non vede questo problema tra le priorità del sistema lavoro delle avvocate e degli avvocati iscritti.

Ai Comitati Pari Opportunità, dunque, consapevoli da sempre di quanto fin qui narrato, starà il compito di ottenere i provvedimenti in tal senso laddove essi non siano stati già conseguiti.



# La rivincita del merito e della professionalità

Giulio De Carolis

---

La società è cambiata, e con essa i giovani avvocati.

Il lavoro dell'avvocato è cambiato, ora si parla di lavoro, non di arte, quello che ci è stato insegnato, quello che è stata una gloriosa professione al servizio del diritto (assoluto prima che del cittadino), ora non esiste più, nemmeno per i più grandi di età, travolto dal crollo dei confini tradizionali, dalla imponente invadenza della rete, dalla caduta dei confini, non solo quelli italiani, ma anche quelli europei.

Ed allora ai giovani avvocati non rimane che inseguire e cavalcare la novità, entrare nel mercato, in una avvincente e quotidiana lotta per la propria clientela e per la propria struttura, per la propria azienda, come un novello imprenditore.

Oggi, infatti, tramontata e superata quella rigida, manichea, ed antistorica finzione che gli avvocati sono soltanto dei liberi professionisti, occorre prendere coscienza che l'avvocato offre un prodotto, un servizio, una opportunità al mercato, o meglio, al cittadino, al proprio cliente, e non esiste una terza via, si può essere titolare dell'azienda o dipendente della stessa, ed anche avere un socio in affari (che magari non è neppure avvocato, o neppure una persona fisica).

Il cliente, oggi, è più maturo, più informato, chiede e sceglie un prodotto, un nome (spesso un marchio), e non più semplicemente la persona.

Faccio un esempio pratico: fino a qualche tempo fa, chi aveva bisogno di un avvocato, si limitava a chiedere "un buon avvocato"; oggi, il cliente conosce la materia, o almeno conosce il proprio problema e chiede "un avvocato che si occupa di..." e soltanto in seconda battuta chiede se è una buona persona, un buon professionista: la cura del cliente, come persona, appare in secondo piano. Oggi è richiesta la cura del fascicolo, dell'attività, la cura del risultato finale e dell'obiettivo già chiaro sin dall'inizio al nostro assistito.

Difficile barare se non si hanno le competenze adeguate.

Ai giovani avvocati, come a tutti i professionisti, viene oggi imposto dalla realtà, prima che dalle norme, dalle proprie capacità prima che dalla propria disponibilità, di capire quale sia la propria vocazione: essere un imprenditore capace di presentare, offrire e gestire un servizio, oppure divenire un lavoratore dipendente, al servizio del proprio *dominus* o della propria azienda.

Come per tutti gli altri lavori, dove un buon operaio, come un buon laureato, può diventare un grande imprenditore, un buon legale, può diventare un grande studio legale, abbattendo il limite (psicologico prima che economico o metodologico) secondo cui un avvocato debba essere necessariamente libero da vincoli di lavoro e totalmente indipendente.

Tale situazione, è già in atto, sebbene mascherata da un'aura di indipendenza dell'avvocatura. Infatti, dalle statistiche risulta che più della metà dei giovani avvocati, è "monomandatario": dipendente, di fatto, di altri studi professionali, oppure di grandi aziende, senza avere tutele, e spesso senza compensi adeguati al loro status ed al loro impegno.

Non parliamo soltanto di colleghi che sono rimasti a collaborare con lo studio legale dove si sono formati, ma anche di professionisti assunti, o comunque contrattualizzati (in qualche modo) per una loro specifica professionalità acquisita.

Gli stessi studi professionali, oggi, più che pochi anni fa, partecipano a gare, pubbliche e private, per l'aggiudicazione di una consulenza legale, per la contrattualizzazione "a tempo ed a corpo" dell'intera problematica legale di un'azienda o di una pubblica amministrazione.

Anche le Pubbliche amministrazioni, prima d'ora legate alle tariffe professionali ed al rapporto fiduciario, oggi richiedono "preventivi" da analizzare, curriculum professionali e stabiliscono *short-list* da cui attingere i professionisti cui affidarsi. Non basta più essere amico del dirigente o dell'amministratore, o meglio non è più sufficiente, occorre essere capaci di trattare con comprensione una determinata materia, un determinato argomento.

Occorre, quindi, unire le professionalità, ciascuno nel suo campo, dividere le crescenti spese fisse (e le opportunità di sviluppo), in una parola cominciare a trattare lo studio in maniera un po' spersonalizzata, come un'azienda (o comunque un luogo) che fornisce servizi di consulenza, e non soltanto lo studio delle norme e del diritto, quasi che il raggiungimento della soluzione non fosse elemento necessario per la buona riuscita della propria attività.

Inutile, quindi, continuare a pensare all'assenza in studio di professionisti dotati di alte e vicine capacità (in primis di commercialisti o, perché no – se in regime di concorrenza –, i notai).

Inutile continuare a negare l'accesso ai soci di capitale all'interno degli studi professionali, perché vuol dire, in pratica, accontentarsi di semplici contratti di fornitura, come è già oggi, ove spesso interi studi professionali lavorano quasi esclusivamente per una sola, grande azienda o per un solo, grande cliente.

In tutti i modi, per i giovani "colleghi", l'unica possibilità di stabilità, l'unica opportunità di successo, l'unica via d'uscita, come è corretto sia, risiede in una adeguata professionalità ed ancora di più, una professionalità dettata dalla realtà personale, o da un progetto chiaro e definito, basata su materie particolari, su argomenti e capacità se non uniche, almeno speciali, e non più sulla insegnata capacità di risolvere "a posteriori" qualunque problema si ponga davanti al nostro assistito, non è più tempo di studiare l'argomento che ci viene chiesto, sono necessarie risposte certe, precise ed immediate.

Troppo veloci i cambiamenti della legislazione, troppo ampie le materie per consentire ad una persona sola una adeguata capacità di risoluzione su tutto.

Occorre pensare, ed io ne sono certo che, con un'adeguata professionalità su temi particolari, è possibile espandersi in spazi di mercato che ormai abbia-

mo perduto. Nessuno, tranne qualche “folle”, pensa che sia ancora possibile la boutique generalista dell’avvocato, la presenza di un confidente (quasi uno psicologo) capace di trovare la strada giusta, qualunque soluzione a qualunque problema gli si ponga davanti.

Oggi il cliente vuole raggiungere un obiettivo, conosce già cosa può fare, sa già cosa vuole, ha bisogno di qualcuno che possa farlo per lui.

Già, il cliente, quanti ancora lo chiamano assistito? Quello clientelare è un rapporto commerciale, non più fiduciario, pensiamoci bene.

Forse è per questo che altre professioni, specializzatesi per vocazione (vedi i commercialisti) o per norma (vedi i notai), hanno avuto da sempre, ed hanno oggi, maggiori possibilità.

Ed allora perché non coinvolgersi e giocare su nuovi mercati, su nuove opportunità di lavoro.

Ad esempio, guardiamo al processo tributario, ove è previsto per norma un tentativo di conciliazione, ove in tutto l’iter procedimentale gli avvocati, per vocazione diretti a tutelare i propri assistiti, non sono neppure parte necessaria nel giudizio. E pensare che la controparte è quella più potente di tutte, quella più autoritaria: lo Stato, chi può avere più speranze di riuscita se non chi sia assistito da un buon avvocato.

Osserviamo ancora la contrattualistica, concentrati semplicemente sul processo, e sulle nullità dei contratti, gli avvocati hanno perso l’opportunità di costruirli, di assisterli quei contratti.

Ancora sui negozi pre-matrimoniali, interessante proporre l’esperienza e la capacità di una figura professionale che, per vocazione e da sempre, tutela i diritti della famiglia e dei figli e dell’intera struttura matrimoniale, e non soltanto (come altre) il patrimonio.

In quest’ottica si muove il giovane avvocato, consapevole che quelle certezze, che avevano prima i suoi predecessori, i suoi insegnanti, sono crollate.

Oggi l’abilitazione da avvocato è sempre più simile a quella per la guida. Oggi non basta più avere la patente per saper guidare un’auto, e non c’è più tempo né modo per imparare sulla strada, sono troppe le auto in circolazione.

Così, non basta più essere avvocati per sopravvivere. Occorre saper condurre la propria professionalità, rimanere su strada, magari riuscire a guidare più veloce degli altri.

Partiamo dal presupposto che siamo già tanti, già troppi ad aver preso l’abilitazione, è interesse di ciascuno che la selezione avvenga per motivi diversi da un esame, per quanto complicato ed a numero chiuso.

Bisogna pensare, agire, parlare di formazione, specializzazione, nel senso della professionalità, questa è l’unica via d’uscita, l’unica vera opportunità da cogliere al volo.

E non è vero che i giovani sono sempre svantaggiati, hanno la loro inesperienza e la loro passione dalla loro parte, la sete di conoscenza, la libertà di azione e di cambiamento, una forza che i più grandi non hanno e che viene

spesso da un pizzico di incoscienza. Qui non si parla di gioventù anagrafica, ma di quella capacità di cambiamento, di adesione alla realtà ed ai tempi che caratterizza le menti agili, quelle giovani.

La sopravvivenza sull'infortunistica stradale è finita, purtroppo o per fortuna, quel settore è esaurito, i poteri forti hanno demolito quel mercato, tutelato in altra maniera quel diritto.

La professione sta cambiando e tra un po' ci sarà un'intelligenza artificiale che renderà superflua l'attività di qualche avvocato, è già in atto un'applicazione che risponde su tematiche legali, completamente gratuita.

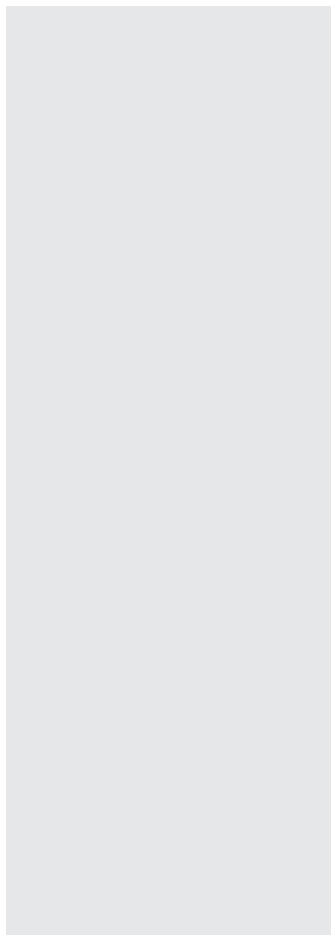
Siamo giovani, ma adulti, il motto "io speriamo che me la cavo", non può essere più accettato ed i giovani avvocati, la maggior parte di loro, non ci sta.

Pronti a rivendicare alcuni spazi che sono stati negati per legge, o sottratti per acquisita professionalità, i giovani avranno il coraggio e la capacità di rialzare le sorti di una professione lasciata declinare da un eccessivo attaccamento al processo, ormai demolito perché inefficace ed inefficiente sotto tutti i punti di vista.

Nuovi spazi di mercato (solo i giovani parlano di mercato dei servizi legali), nuove ipotesi di lavoro sono già in atto, basta seguire la strada tracciata dalla realtà, senza più remore o indecisioni, i giovani non hanno il tempo di cadere e rialzarsi, di sbagliare e riparare.

Alle istituzioni il compito di regolare, incentivare, agevolare, non di vietare o censurare.

# DIRITTO EUROPEO E COMPARATO





# I molteplici ruoli dell'avvocato italiano nella edificazione del diritto privato europeo

Guido Alpa

---

## Premessa

L'Europa del diritto sembra anticipare l'Europa della politica.

L'ordine giuridico medievale – secondo la felice formula di Paolo Grossi<sup>1</sup> – la nascita dello Stato in senso moderno, la nascita dei diritti naturali – sempre intesi in senso moderno – la diffusione di modelli e atteggiamenti propri dei giuristi sono tutti fenomeni anteriori alla Pace di Westfalia. E sono fenomeni che si protraggono nel tempo così a lungo che ancor oggi ne troviamo le tracce nella cultura dei giuristi e talvolta ancora nel diritto vigente.

Ecco dunque il fiorire di trattati di storia del diritto in cui si superano i confini domestici e si abbraccia nel campo di indagine tutta l'Europa. Giuristi italiani, tedeschi, francesi, portoghesi ci parlano, e ci descrivono la storia del diritto “europeo”, la storia del diritto “in Europa” prendendo le mosse proprio dal diritto medievale, intriso di Romanità, di Cristianità e di usi mercantili. In effetti, sia per il diritto pubblico, sia per il diritto privato, le origini degli aspetti giuridici della nostra identità culturale affondano le loro radici proprio in quell'epoca. E quindi non possiamo imputare ai nostri Colleghi di storia del diritto di voler anticipare la nascita (giuridica) dell'Europa, per nobilitarne i natali o per rendere attuale la materia che studiano e insegnano.

Né possiamo ignorare che l'universo del diritto, pur essendo connesso con i rapporti di forza e con i rapporti economici, ha una sua autonomia intellettuale. Sì che nella cultura giuridica le idee circolano, superando gli steccati delle Nazioni e i confini degli Stati, si adattano, si rielaborano, riprendono il loro vagare. La cultura giuridica del Seicento e del Settecento restituisce l'immagine di un'Europa del diritto unificata dai modelli, dai termini, dai ragionamenti, dagli atteggiamenti dei giuristi, dovunque essi si collochino nel tempo e nello spazio. Anche le isole d'Oltremania fanno parte di questa storia, non solo per il perpetuarsi della tradizione continentale in Scozia, non solo per l'incidenza del pensiero giuridico di origine cristiana in Irlanda, ma anche per gli scambi

---

<sup>1</sup> P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 1995; ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano 1998, p. 428; ID., *L'ultima Carta dei diritti*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Cedam, Padova 2002, p. 249; ID., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, V/2002, c. 163; ID., *Codici*, a cura di P. CAPPELLINI - B. SORDI, Giuffrè, Milano 2002, p. 599.

che fanno circolare idee rielaborate dal diritto romano o dal diritto canonico in Inghilterra.

Con le codificazioni dell'Ottocento questa "Europa del diritto" si trasforma, anche se non esaurisce la sua linfa vitale. Tuttavia, il diritto acquista contenuti e spirito nazionali. Anziché viaggiare liberamente, le idee, i modelli, si "trapianzano" da un Paese all'altro. I diritti naturali vengono ascritti al limbo dei valori, dei mondi ideali, e sono sostituiti (anche se qualche volta sono incarnati) dai diritti soggettivi riconosciuti in capo all'individuo dai diritti positivi.

Ma i corsi e i ricorsi della Storia fanno sì che nel secondo dopoguerra riprenda vita una nuova Europa, una nuova Europa del diritto.

Dal modello di cooperazione politica ed economica a poco a poco emergono addirittura due Europe: l'Europa del diritto comunitario e l'Europa dei diritti al plurale. La prima ha una struttura, una organizzazione, un apparato coercitivo, ed è produttrice di un nuovo diritto. Essa nasce, come idea, al confino di Ventotene, in cui un giurista, Altiero Spinelli, un filosofo, Eugenio Coloni, e uno storico e politico, Ernesto G. Rossi, insieme con Ursula Hirschmann, nel 1941 scrivono un "manifesto" intitolato *Per una Europa libera e unita*, germe del movimento federalista, e punto di avvio dell'Europa intesa in senso moderno.

La seconda fa emergere dalle Costituzioni nazionali i diritti dell'individuo e della collettività, e dagli ordinamenti privatistici nazionali modelli culturali, termini, concetti, soluzioni pragmatiche che vengono a comporre un variegato substrato giuridico che chiamiamo "diritto privato europeo". Ora le due immagini di Europa, l'Europa del diritto comunitario e l'Europa dei diritti tendono a convergere. Quando si saranno sovrapposte e integrate completamente avremo raggiunto l'apice del diritto uniforme privato europeo.

In questa prospettiva, l'Europa – come ha sottolineato di recente Biagio de Giovanni – è «lo spazio della coscienza», per l'appunto una coscienza storica e filosofica<sup>2</sup>. L'eurocentrismo si è sviluppato soprattutto in epoca medievale, grazie anche al corroborarsi del pensiero cristiano, e si è però subito incrinato con la frattura tra filosofia e teologia, teologia e politica. Sì che l'idea di Europa e la sua percezione implicano immediatamente l'idea di pluralismo e di lotta, ma anche di continuità ottenuta attraverso la rivalutazione dell'uomo, il diritto delle genti, gli ordinamenti etico-giuridici. La scoperta dell'America, ci ha insegnato Todorov, sottolinea la coscienza di ciò che è europeo, rispetto a ciò che è "l'altro", anche se da questo contrasto nasce il contrasto politico e giuridico sulle categorie applicabili a ciò che è altro: proprietà delle nuove terre, atteggiamento nei confronti degli indigeni, ripartizione della "conquista" tra le potenze europee<sup>3</sup>.

Qual è dunque il "messaggio giuridico" che provenire oggi dall'Europa? A questo interrogativo ha dato risposta Paolo Grossi nel discorso di apertura del

<sup>2</sup> B. DE GIOVANNI, *La filosofia e l'Europa moderna*, Il Mulino, Bologna 2004.

<sup>3</sup> T. TODOROV, *Noi e gli altri*, Einaudi, Torino 1991.

simposio sulle prospettive storico-normative dell'Europa tenutosi a Francoforte qualche tempo fa<sup>4</sup>. Dovendo confrontarsi con una storia multisecolare l'Europa giuridica non può prescindere dalle sue radici, dal radicamento delle sue culture, dalla *lex mercatoria* medievale, dalla globalizzazione attuale. Ed in effetti – leggendo il messaggio alla luce dell'esperienza giuridica – il motto dell'Europa è “unità nella diversità”: si salvano le peculiarità delle singole esperienze, si superano, nei settori nei quali il mercato è globalizzato, i confini stessi dell'Europa, ma, aggiungiamo noi, appare opportuno rinforzare l'unità economica e politica dell'Europa, il cui cemento è l'unità giuridica.

Di fronte ai colossi che si contendono il dominio del mondo, gli Stati Uniti d'America, la Russia, la Cina, il Giappone, e con l'emergere prorompente di alcuni Paesi che appartenevano all'universo coloniale, come Brasile e India, l'Europa non può militare o concorrere disunita, frammentata, e con un sistema giuridico diviso in settori: il diritto è uno dei mezzi, certo non l'unico né il principale, per sostenere l'urto dei concorrenti e per affermare la potenza europea nel mondo. Solo regole certe e chiare, uniformi e concordate, consentono di realizzare questo risultato. Sono regole che, inizialmente, concernono il mercato interno, che è progettato come mercato unico e libero. Ma dalle regole economiche la fondazione giuridica si espande fino a coinvolgere i valori della persona. Qui emergono non solo i principi del diritto pubblico ma anche i principi del diritto privato.

### **L'avvocato-interprete**

Il processo di europeizzazione del diritto privato è frutto di molteplici fattori: non soltanto il substrato comune a molti ordinamenti giuridici che compongono una sorta di «civiltà giuridica comune»<sup>5</sup>, non solo il trapianto, l'armonizzazione e talvolta l'uniformazione delle regole giuridiche, agevolati dal processo di integrazione dell'Unione<sup>6</sup> ma anche attraverso il ruolo della dottrina<sup>7</sup> e soprattutto della giurisprudenza: in particolare della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee.

E la giurisprudenza, come si sa, è frutto dell'attività delle Corti che operano per impulso degli avvocati. È merito degli avvocati aver promosso l'intervento della Corte di Giustizia in tutti i settori che riguardano la cittadinanza, il lavoro, i rapporti economici e sociali.

Tra i molteplici ruoli svolti dalla Corte di Giustizia Federico Mancini ne ha messo in luce il ruolo *garantista*: attraverso le pronunce della Corte di Giu-

---

<sup>4</sup> P. GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani*, in *Contratto e impresa/Europa*, Cedam, Padova 2013, pp. 681 ss.

<sup>5</sup> P.C. MUELLER-GRAFF, *Les perspectives d'un droit commun européen*, in *Rev. affaires europ.*, 1998, pp. 242 ss.

<sup>6</sup> A. TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione europea*, vol. I, Giappichelli, Torino 2000, VIII, *passim*.

<sup>7</sup> JOST, *The Adjudication of Law and the Doctrine of Private Law*, in M. VAN HECKE - F. OST (eds.), *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, Portland (Oregon) 2000, pp. 167 ss.

stizia si sono affermati i diritti fondamentali dei cittadini europei, insieme con alcuni principi di base del diritto comunitario che ne cementano l'unità e ne corroborano l'evoluzione, come il principio di parità di trattamento, il principio di proporzionalità, il principio di sussidiarietà<sup>8</sup>. L'interpretazione delle regole comunitarie ha anche rafforzato la creazione del mercato unico, assicurando agli operatori economici una maggior certezza del diritto ed una maggiore prevedibilità delle soluzioni: un ruolo di garante dell'*ordine del mercato* che si affianca al primo<sup>9</sup>. Ma, attesa la natura particolare del diritto comunitario inteso come *ordinamento giuridico*, la Corte svolge un ulteriore ruolo: quello di *creatore di regole giurisprudenziali* che colmano le lacune del sistema.

Molti commentatori ritengono che l'operato della Corte sia stato più attivo nel settore della lotta alle barriere che si frappongono alla concorrenza e nel settore della discriminazione nel mondo del lavoro che in altri campi<sup>10</sup>, ma – esaminata la giurisprudenza dal punto di osservazione del processo di formazione di un diritto privato europeo – si ritiene che ai ruoli sopra accennati si possa oggi affiancarne un altro, altrettanto rilevante: *la creazione giurisprudenziale del diritto privato europeo*<sup>11</sup>.

Quest'ultimo ruolo dispiega effetti notevoli anche nell'evoluzione degli ordinamenti nazionali. È una sorta di "fertilizzazione" che opera in un duplice senso di marcia: la corte assume per le sue decisioni termini, concetti, istituti desunti dagli ordinamenti nazionali, e, rielaborandoli, li codifica e li applica in modo generale, sì che essi ricadono sugli ordinamenti nazionali, conservando una forza espansiva<sup>12</sup>. Ecco perché si sottolinea che il diritto privato europeo è in larga parte un diritto di natura giurisprudenziale<sup>13</sup>.

La letteratura sulla Corte di Giustizia e sui singoli casi da essa risolti è immensa. Non sono invece numerose le raccolte di giurisprudenza. Nella letteratura italiana si segnalano alcuni preziosi *casebook*, che seguono tuttavia criteri diversi di organizzazione dei materiali.

Ad es., nella raccolta di *Casi e materiali di Diritto comunitario*<sup>14</sup> curata da Paolo Mengozzi le pronunce sono aggregate seguendo l'ordine delle fonti del sistema comunitario: gli atti e i documenti, le competenze degli organi comunitari, i principi generali, il sistema giudiziario comunitario, le relazioni esterne

<sup>8</sup> AA.Vv., *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, con intr. di G. Amato, Il Mulino, Bologna 2004.

<sup>9</sup> M. SHAPIRO, *The European Court of Justice*, in P. CRAIG - G. DE BURKA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford U.P., Oxford 1999, p. 328.

<sup>10</sup> M. SHAPIRO, *op. cit.*

<sup>11</sup> N. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, vol. I, 2ª ed., Cedam, Padova 2003, pp. 153 ss.

<sup>12</sup> N. SCANNICCHIO, *op. cit.*, p. 155.

<sup>13</sup> N. SCANNICCHIO, *op. cit.*, p. 263.

<sup>14</sup> AA.Vv., *Dal Trattato di Roma al Trattato di Amsterdam*, 2ª ed., Cedam, Padova 1998.

della Comunità europea, l'applicazione del diritto comunitario in Italia. Altri Autori hanno preferito semplificare il discorso, limitando l'indagine alla struttura costituzionale dell'Unione, al mercato interno, al mercato esterno, e ai casi problematici<sup>15</sup>. Ed altri ancora hanno concentrato l'attenzione sulle politiche comunitarie in materia di commercio, concorrenza e di *governance*<sup>16</sup>.

Per il diritto italiano è significativo segnalare che – attesa la frequenza con cui giudici si rivolgono alla Corte di Giustizia per risolvere i problemi di applicazione del diritto comunitario nel diritto interno – questo “dialogo” tra giudici italiani e giudici della Corte di Lussemburgo è stato particolarmente prezioso, perché ha contribuito alla stessa evoluzione del diritto comunitario. Basti pensare, tra i casi ormai “classici”, a *Costa c. Enel* (C-6/64), *Simmenthal* (C-106/77), *Fratelli Costanzo* (C-103/88), *Francovich* (C-6 e C-9/90), *Merci Convenzionali* (C-179/90), *Faccini Dori* (C-91/92), *Job Centre* (C-55/96), *Gorgonzola* (C-87/97), *Gozza* (C-371/97), *Bombardini* (C-285/99), *Gottardo* (C-55/00), *Arduino* (C-35/99), *Consorzio italiano fiammiferi* (C-198/01).

Sono tutti casi in cui, al di là delle decisioni dei giudici, è stato essenziale l'apporto degli avvocati, in particolare degli avvocati italiani.

### **L'affermazione della primazia del diritto dell'Unione europea**

Per realizzare questo risultato gli avvocati hanno innanzitutto fatto ricorso alla loro abilità professionale per affermare la prevalenza del diritto dell'Unione europea sui diritti nazionali.

La diatriba sulla *prevalenza* dell'ordinamento comunitario sull'ordinamento interno si era aperta non solo presso di noi, ma anche nei paesi della Comunità, in particolare in Germania, ove una Corte Costituzionale particolarmente rigorosa nell'applicazione della Costituzione di Bonn e nell'affermazione dei valori di cui essa è espressione, era riluttante ad accettare questo principio. Anche la nostra Corte Cost. aveva tenuto inizialmente questa posizione (nel caso *Costa c. Enel*, n. 14 del 1964), ma poi ha mutato orientamento.

La Corte di Giustizia delle Comunità europee tuttavia non ha mai avuto dubbi sulla prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno: v. i casi *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70; *Dow Chemical Iberia*, C-97-99/87 e il caso *Simmenthal* C-106/77. Nel caso C-258/98 *Carra* la Corte ha precisato che il giudice nazionale incaricato di applicare nell'ambito della propria competenza le disposizioni del diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, *disapplicando* all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante

---

<sup>15</sup> B. RUDDEN - D. ROSSA PHELAN, *Basic Community Cases*, Oxford U.P., Oxford 1997.

<sup>16</sup> S. WEATHERILL, *Cases and Materials on EU Law*, 6<sup>th</sup> ed., Oxford U.P., Oxford 2003.

qualsiasi altro procedimento costituzionale<sup>17</sup>. Alla concezione dualistica, che distingue il diritto comunitario (come diritto sovranazionale) e il diritto interno (come diritto nazionale) si contrappone la concezione unitaria (a mio parere più corretta) che considera l'ordinamento nazionale come composto dal diritto comunitario, per i settori di competenza dell'Unione, e dal diritto interno per gli altri settori.

Le Corti costituzionali dei Paesi membri hanno tuttavia precisato che anche il diritto dell'Unione europea (come ora si denomina il diritto comunitario) può avere dei limiti là dove fosse in contrasto con i valori supremi incorporati nelle costituzioni nazionali.

La Corte costituzionale tedesca ha difeso la sovranità nazionale in due casi, *Lissabon* e *Mangold*.

Lo stesso Trattato di Lisbona all'art. 4 enuncia il principio del doveroso rispetto da parte dell'UE nei confronti dei principi di struttura degli Stati. E l'art. 67, I comm. del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) insiste sul «rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti e tradizioni giuridiche degli Stati membri» che l'Unione deve osservare per realizzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Con sentenza n. 238 del 2014 la Corte costituzionale italiana ha preso posizione in materia. La controversia non riguardava la Corte di Giustizia dell'Unione europea, ma la Corte internazionale di Giustizia che aveva escluso il risarcimento dei danni subiti da cittadini italiani sotto il regime del Terzo Reich. I cittadini italiani avevano convenuto lo Stato tedesco dinanzi al Tribunale di Firenze.

Si legge nella pronuncia che «la CIG, con la sentenza del 3 febbraio 2012, ha affermato la perdurante vigenza della norma consuetudinaria internazionale che sancisce l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati per tutti indistintamente gli atti ritenuti *iure imperii*, escludendo che si sia formata, per consuetudine, un'eccezione relativa agli atti *iure imperii* qualificabili, come espressamente riconosciuto nella specie con riguardo agli episodi di deportazione, lavoro forzato, eccidi, compiuti in Italia e in Germania nei confronti di cittadini italiani nel periodo 1943-1945 dalle truppe del Terzo Reich, quali crimini di guerra o contro l'umanità lesivi di diritti fondamentali della persona; ed ha negato l'esistenza di un conflitto tra norme materiali cogenti (diritto internazionale a tutela dei diritti umani) e norme processuali (immunità degli Stati dalla giurisdizione di altri Stati), in quanto operanti su piani diversi». Il Tribunale di Firenze aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge di adattamento alla Carta delle Nazioni Unite (legge 17 agosto 1957, n. 848, recante «Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, fir-

<sup>17</sup> Questo processo interpretativo è stato molto più complicato di come lo si è descritto: v. nell'ampia letteratura G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova 2003, pp. 184 ss.; A. TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino 2000; N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Cedam, Padova 2003.

mato a San Francisco il 26 giugno 1945»), nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della CIG.

La Corte ha ritenuto che i principi costituzionali si opponessero all'applicazione della legge cit. e quindi che non si dovesse applicare la sentenza della Corte internazionale di Giustizia.

Ciò perché «i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscono un limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione (sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001) ed operino quali "controlimiti" all'ingresso delle norme dell'Unione europea (*ex plurimis*: sentenze n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991, n. 284 del 2007), oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato (sentenze n. 18 del 1982, n. 32, n. 31 e n. 30 del 1971). Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale (artt. 138 e 139 Cost.: così nella sentenza n. 1146 del 1988)».

«L'obbligo del giudice italiano [...] di adeguarsi alla pronuncia della CIG del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione nella causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità, commessi iure imperii da uno Stato straniero nel territorio italiano, senza che sia prevista alcuna altra forma di riparazione giudiziaria dei diritti fondamentali violati, si pone [...] in contrasto con il principio fondamentale della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali assicurata dalla Costituzione italiana agli artt. 2 e 24 Cost. [...] Il totale sacrificio che si richiede ad uno dei principi supremi dell'ordinamento italiano, quale senza dubbio è il diritto al giudice a tutela di diritti inviolabili, sancito dalla combinazione degli artt. 2 e 24 della Costituzione repubblicana, riconoscendo l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione italiana, non può giustificarsi ed essere tollerato quando ciò che si protegge è l'esercizio illegittimo della potestà di governo dello Stato straniero, quale è in particolare quello espresso attraverso atti ritenuti crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona».

### **L'applicazione diretta delle direttive non attuate**

Anche per l'applicazione del diritto comunitario ai fini di tutela dei diritti individuali l'apporto degli avvocati – e in particolare degli avvocati italiani – è stato determinante.

La Corte di Giustizia, nel registrare i molteplici e diffusi inadempimenti degli Stati membri nell'attuazione delle direttive, ha elaborato, a partire dagli anni '80, un indirizzo interpretativo in base al quale le direttive possono considerarsi immediatamente applicabili; ciò sia da parte degli organi amministrativi, sia da parte dei giudici ordinari. L'applicabilità diretta è però subordinata ad alcune

condizioni, correlate alla natura giuridica, al contenuto organico e al tenore delle regole contenute nella direttiva; in ogni caso essa opera solo nei c.d. rapporti verticali, che riguardano i singoli cittadini e lo Stato membro; non invece nei rapporti orizzontali, che operano tra singoli cittadini<sup>18</sup>.

Con sentenza del 14 luglio 1994 (C-91/92, *Faccini Dori*) la Corte di Giustizia CEE ha enunciato due principi di notevole importanza, peraltro confermando un indirizzo consolidato. Il caso, di modesta entità economica, in verità, ma non per questo trascurabile (un grande giurista del secolo scorso, Rudolf von Jhering, amava ripetere che molti grandi principi giuridici si sono affermati risolvendo casi piccoli come capocchie di spillo) riguardava la possibilità di recesso dal contratto concernente un corso d'inglese per corrispondenza. La sottoscrizione del modulo contrattuale era stata sollecitata all'interessata da un dipendente dell'impresa mentre ella usciva dalla stazione centrale di Milano: il classico «effetto sorpresa», che si produce quando l'acquisto di un prodotto o di un servizio non avviene ad iniziativa del consumatore, bensì per effetto delle tecniche di commercializzazione dell'impresa, che sono sempre più sofisticate e accattivanti. Qualche giorno dopo l'acquisto, la consumatrice se ne era pentita e aveva ritualmente comunicato all'impresa la sua volontà di recedere dal contratto, rifiutandosi quindi di versare le rate del prezzo, come richiesto dal contratto; nel frattempo, l'impresa aveva ceduto il credito ad una società di *factoring*, e questa, ricevuta la comunicazione con cui la debitrice manifestava l'intenzione di non voler pagare, aveva adito il giudice per soddisfare il proprio credito. Nel corso del giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo, l'acquirente aveva richiamato l'applicazione della direttiva comunitaria del 20 dicembre 1985, 85/577/CE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali. Aveva cioè sostenuto che nulla era dovuto alla società, in quanto ella aveva comunicato il recesso dal contratto entro il lasso di tempo consentito dalla direttiva per il «pentimento». Si deve segnalare che, al momento dell'opposizione, non era ancora vigente la disciplina di attuazione della direttiva, introdotta dal legislatore italiano proprio qualche giorno dopo, anche se con un ritardo di ben sette anni dall'introduzione della direttiva, e di quattro dal termine fissato dalla direttiva agli Stati membri per il recepimento (d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50). Sicché il giudice competente, su richiesta dell'opponente, aveva proposto domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia, riguardante due aspetti della questione: se la direttiva in materia fosse sufficientemente precisa e dettagliata e, in caso positivo, se dovesse applicarsi solo nei rapporti tra i singoli e lo Stato italiano ovvero potesse applicarsi anche nei rapporti dei singoli tra loro. In altri termini, il giudice conciliatore, consapevole del fatto che, al momento, lo Stato italiano era in mora, non aven-

<sup>18</sup> Vedi il caso *Francovich*, 19 novembre 1991, in *Foro it.*, IV/1992, p. 145 con note di A. BARONE - R. PARDOLESI - E. PONZANELLI; 3 marzo 1994, in *Dir. com. sc. int.*, 47/1994, con nota di F. CAPELLI.

do ancora attuato la direttiva, si chiedeva se poteva applicare le regole della direttiva direttamente al caso che stava amministrando; se la risposta fosse stata positiva, avrebbe applicato la disposizione della direttiva che consente al consumatore di recedere dal contratto entro un breve termine (sette giorni) dal momento della sottoscrizione, senza incorrere in penalità; l'acquirente avrebbe così potuto sciogliersi da ogni vincolo, e nulla avrebbe più potuto pretendere la società creditrice.

La Corte ha confermato che la direttiva sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali è sufficientemente dettagliata e precisa, e quindi è direttamente applicabile, quando gli Stati membri siano morosi e non abbiano adeguato l'ordinamento interno alla direttiva. Tuttavia, ha anche precisato che l'applicazione della direttiva è solo verticale (si applica cioè ai rapporti tra singolo e Stato) e non orizzontale (cioè ai rapporti tra singoli). Perciò, ove il giudice non avesse potuto adattare l'ordinamento interno alla direttiva dando una interpretazione della legge nazionale adeguata ad essa, l'unico rimedio che rimaneva alla acquirente era quello di promuovere un'azione di risarcimento del danno nei confronti dello Stato italiano, ma non, per contro, quello di sospendere i pagamenti.

Lo Stato italiano, al momento, era inadempiente: ha provveduto, come detto, con il d.lgs. n. 50 del 1992, che, all'art. 4 dispone che «per i contratti e le proposte contrattuali soggetti alle disposizioni del presente decreto è attribuito al consumatore un diritto di recesso». L'unico rimedio rimasto all'acquirente è dunque la richiesta di risarcimento del danno, offrendo la prova del nesso causale tra l'inadempimento dello Stato italiano e la diminuzione patrimoniale conseguita al pagamento integrale del corso per corrispondenza e alle altre spese incontrate.

Attesa la giurisprudenza pregressa della Corte, richiamata anche in motivazione, il procedimento logico della sentenza appare ineccepibile<sup>19</sup>.

Il mancato recepimento delle direttive comunitarie oltre il termine previsto apre la via al contenzioso, per inadempimento, con lo Stato. Il privato può chiedere allo Stato il risarcimento del danno subito per il mancato recepimento della direttiva.

Anche la Corte Costituzionale italiana ha ammesso l'applicabilità diretta delle direttive comunitarie purché siano soddisfatti alcuni requisiti, e cioè che la direttiva sia incondizionata e sufficientemente precisa, che la fattispecie astratta

---

<sup>19</sup> In un caso analogo, il giudice conciliatore (questa volta di Roma), con sentenza del 24 giugno 1991 ha ritenuto la direttiva applicabile anche nei rapporti tra i singoli. Ma la decisione, pur apprezzabile dal punto di vista della tutela del consumatore, al quale non si offriva fino a qualche tempo fa in questa materia una adeguata protezione nell'ordinamento italiano, in contrasto con quanto già da decenni avviene negli altri Paesi membri, e in contrasto con i principi comunitari, non è corretta, perché non conforme all'orientamento della Corte di Giustizia.

e il contenuto del precetto siano completi, che sia scaduto il termine per l'attuazione e lo Stato italiano non vi abbia provveduto<sup>20</sup>.

### La lotta per i diritti fondamentali

Per riassumere quanto fin qui si è sinteticamente osservato, possiamo allora concludere nel senso che i diritti fondamentali, come riconosciuti dalla Carta, si possono applicare ai rapporti tra privati attraverso tre operazioni ermeneutiche. Come ogni operazione ermeneutica, si tratta di *manipolazioni del testo* che possono essere giustificate o in modo formale oppure tenendo conto del dato fattuale, che è uno dei capisaldi del giusrealismo.

(i) Sul piano formale, si può fare appello innanzitutto alla nozione e al ruolo dei *principi generali*. È noto che i principi generali sono considerati norme a tutto tondo e a tutti gli effetti, in quanto derivati per procedimento induttivo, dalle norme vigenti in un determinato ordinamento<sup>21</sup>. Già il Parere reso dalla corte di Giustizia, le pronunce della stessa Corte e ora il testo della Costituzione qualificano i diritti fondamentali come principi generali. In questa prospettiva, essi presiedono alla applicazione delle norme: di più, essendo principi generali già vigenti nel diritto costituzionale dei Paesi Membri e facenti parte del diritto costituzionale europeo emergente dalla cultura giuridica europea e dai valori sui quali essa si fonda, non è difficile poter argomentare nel senso che il valore fondante di tali principi pervade, si “irradia” direbbero i giuristi tedeschi, anche negli ordinamenti nazionali, e quindi tali principi non sarebbero vigenti *solo* nell'ordinamento comunitario, ma sarebbero applicabili *anche* negli ordinamenti nazionali; spetta all'interprete stabilire se essi si debbano applicare solo ai rapporti che si collocano nelle materie in cui è competente l'Unione o se, data la loro natura, siano estensibili anche alle altre materie.

(ii) Sempre sul piano formale, si può seguire la via inglese alla *Drittwirkung*, sostenendo che le disposizioni della Carta debbono essere applicate dai giudici nazionali; la loro applicazione dunque passa attraverso la ratifica della Costituzione. Ed occorre allora capire se negli ordinamenti in cui la Carta è già stata ratificata – ancorché non sia ancora entrata in vigore – tali disposizioni possano già considerarsi vincolanti (unilateralmente) per lo Stato Membro che ha effettuato la ratifica della Convenzione.

(iii) Sul piano fattuale, cioè del diritto *vivente*, i diritti fondamentali sono già applicati così come incorporati nella Carta di Nizza: la ricerca di Celotto e Pistorio stanno proprio a dimostrare ciò. E poiché non dobbiamo “aver paura”

<sup>20</sup> Caso *Granital*, 8 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, I/1984, p. 2062, con nota di A. TIZZANO; 18 aprile 1991, n. 168, *ivi*, 1992, I, 660, con nota di L. DANIELE.

<sup>21</sup> Sulla costruzione giuridica dei principi generali rinvierei a G. ALPA, *I principi generali*, Giuffré, Milano 1993 e a G. ALPA - M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Giuffré, Milano 2005.

del diritto vivente, possiamo registrare l'attuale "vigenza" di tali diritti anche nella nostra esperienza.

L'azione comunitaria relativa alla promozione dei diritti umani è comunque in corso: anche in questo settore si sono sollevate critiche sia alle scelte politiche degli organi comunitari sia alle modalità di applicazione delle direttive, specie in materia di discriminazione delle persone nel mondo del lavoro<sup>22</sup>. Ma il quadro complessivo non sembra così scoraggiante.

In sintesi l'effettività dei diritti fondamentali come riconosciuti dalla Carta non si misura soltanto nel rispetto che essi trovano da parte delle istituzioni dell'Unione e da parte degli Stati Membri e delle loro istituzioni – quindi nella dimensione pubblicistica dei diritti fondamentali, se si vuol perpetuare la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato – ma si misura anche dalla applicazione diretta di quei diritti ai rapporti tra privati. È la tecnica che in Germania si denomina *Drittwirkung* e in common law "applicazione orizzontale". Le vie sono molteplici, come si è visto: anche l'applicazione dei principi generali consente di investire i rapporti di diritto privato, in modo meno eclatante della applicazione pura e semplice delle disposizioni della Carta. E questa è stata la via privilegiata dagli Avvocati Generali, seguita anche dalla Corte per diversi anni<sup>23</sup>.

Ma è un passaggio un po' complicato dal fatto che mentre all'art. 6 del Trattato UE i diritti fondamentali sono distinti dai principi e i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo sono considerati come principi del diritto dell'Unione, all'art. 52 della Carta sembra sussistere una restrizione nella applicazione di diritti e principi, poi corretta dall'art. 53.

L'art. 52 sulla "portata dei diritti garantiti" recita:

«1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta che trovano fondamento nei trattati comunitari o nel trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi.

3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle

---

<sup>22</sup> I. WARD, *A Critical Introduction to European Law*, Butterworths, London 2003, cap. III; in argomento v. F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Giuffrè, Milano 2000.

<sup>23</sup> L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013.

libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

Nei commi successivi si incontrano le precisazioni di applicazione che possono essere intese come altrettanti limiti:

«4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni. C 83/402 Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 30 marzo 2010 IT

5. Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti.

6. Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta.

7. I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta».

E l'art. 53 sul "livello di protezione" recita: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione».

Diversi sono i casi che si possono richiamare per precisare le linee di questo indirizzo che ammette l'applicazione diretta dei diritti fondamentali ma con qualche limitazione, di volta in volta corretta a seconda del diritto considerato e della fattispecie sottoposta all'attenzione della Corte. Rimane ferma la distinzione tra applicazione diretta dei diritti fondamentali ed esclusione dell'applicazione diretta dei principi.

Il 22 maggio 2014 è stata depositata la sentenza C-356/12 del caso Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern, riguardante il rifiuto da parte dell'Autorità competente di rilasciare la patente d'auto per un difetto visivo sussistente ad un occhio dell'attore. Il principio invocato era quello di "non discriminazione". La Corte ha deciso la questione di rinvio pregiudiziale sollevata dal giudice tedesco affermando che le soglie minime di acutezza visiva per il rilascio delle patenti C1 e C1E previste dalla Direttiva 2006/126/CE sono conformi agli artt. 20, 21 e 26 della Carta (rispettivamente, "Uguaglianza davanti alla legge", "Non discriminazione" e "Inserimento delle persone con disabilità").

La sentenza è interessante perché si occupa di diritti inerenti i rapporti sociali, e li considera equiparati ai diritti fondamentali sulle libertà, lasciando

intendere che non vi è una graduatoria dei diritti fondamentali e che i diritti sociali non godono di una tutela differenziata e minore rispetto agli altri diritti. Ma lascia intatta la distinzione tra diritti fondamentali e principi.

La distinzione era stata ribadita nel caso *Association Médiation sociale*, C-176/12 in cui sempre a proposito di diritti relativi alla informazione e consultazione dei lavoratori la Corte, rispondendo ad una questione sollevata dalla Corte di Cassazione francese, ha precisato che è possibile disapplicare le norme del diritto nazionale quando in contrasto con direttive anche se il problema si pone nell'ambito di rapporti tra privati.

Resta fondamentale il caso *Mangold* concernente il principio di non discriminazione per ragioni di età nel contratto di lavoro (causa C-144/04 del 22 novembre 2005). In quella occasione la Corte ha precisato che:

Il principio di non discriminazione in ragione dell'età deve «essere considerato un principio generale del diritto comunitario. Quando una normativa nazionale rientra nella sfera di applicazione di quest'ultimo, come è il caso dell'art. 14, n. 3, del TzBfG, modificato dalla legge del 2002, in quanto misura di attuazione della direttiva 1999/70<sup>24</sup>, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari alla valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità della detta normativa con tale principio<sup>25</sup>.

76 Di conseguenza, il rispetto del principio generale della parità di trattamento, in particolare in ragione dell'età, non dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'età, in particolare per quanto riguarda l'organizzazione degli opportuni strumenti di ricorso, l'onere della prova, la protezione contro le ritorsioni, il dialogo sociale, le azioni positive e altre misure specifiche di attuazione di una siffatta direttiva.

77 Ciò considerato, è compito del giudice nazionale, adito con una controversia che mette in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, assicurare, nell'ambito della sua competenza, la tutela giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai singoli, garantendone la piena efficacia e disapplicando le disposizioni eventualmente configgenti della legge nazionale<sup>26</sup>.

78 Considerato tutto quanto sopra, la seconda e la terza questione vanno risolte dichiarando che il diritto comunitario e, in particolare, l'art. 6, n. 1, della direttiva 2000/78 devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale quale quella controversa nella causa principale, la quale autorizza, senza restrizioni, salvo che esista uno stretto collegamento con un precedente contratto di lavoro a tempo indeterminato stipulato con lo stesso

---

<sup>24</sup> V., a questo proposito, i punti 51 e 64 della presente sentenza.

<sup>25</sup> V., in questo senso, sentenza 12 dicembre 2002, causa C-442/00, *Rodríguez Caballero*, Racc. p. I 11915, punti 30, 32.

<sup>26</sup> V., in questo senso, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, Racc., p. 629, punto 21, e 5 marzo 1998, causa C-347/96, *Solred*, Racc. p. I 937, punto 30.

datore di lavoro, la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato qualora il lavoratore abbia raggiunto l'età di 52 anni».

È compito del giudice nazionale assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, anche quando il termine di trasposizione della detta direttiva non è ancora scaduto.

Sono preziose le relazioni redatte annualmente a partire dal 2010 dalla Commissione europea e dalla Corte di Giustizia sulla protezione dei diritti fondamentali.

Il controllo sul rispetto dei diritti fondamentali viene effettuato innanzitutto sulle attività degli uffici della Commissione e poi sugli atti. La Corte di Giustizia ha dichiarato la invalidità della direttiva 2006/24/CE sulla conservazione dei dati personali per violazione degli artt. 7 e 8 della Carta, come si dirà tra poco, in materia di identità virtuale.

Nella sentenza del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10), la Corte ha innanzitutto osservato, richiamando la sua giurisprudenza costante sulla portata dei diritti fondamentali dell'Unione e le spiegazioni relative all'articolo 51 della Carta dei diritti fondamentali, che i diritti fondamentali garantiti da quest'ultima devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione<sup>27</sup>.

### **L'avvocato-legislatore e il progetto di un codice civile europeo**

La Commissione europea si è orientata inizialmente per la redazione di un codice destinato a disciplinare il contratto (europeo) (COM 2004, 651 def., dell'11 ottobre 2004), ma ha ritenuto preferibile restringere l'ambito di applicazione dello strumento che dovrebbe dare ingresso al diritto privato europeo in via cogente negli ordinamenti dei Paesi membri. Il modello da cui la Commissione ha preso le mosse è il risultato di un lavoro straordinario compiuto da un

<sup>27</sup> Al di là delle materia di diritto privato la Corte ha fatto ampia applicazione delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali. A tale riguardo, si possono citare le sentenze del 26 novembre 2013, Gascogne Sack Deutschland (già Sachsa Verpackung)/Commissione (C-40/12 P), Kendrion/Commissione (C-50/12 P) e Groupe Gascogne/Commissione (C-58/12 P); le sentenze del 27 giugno 2013, Agroconsulting-04 (C-93/12), e del 17 ottobre 2013, Schaible (C-101/12) in materia di agricoltura, la sentenza del 17 ottobre 2013, Schwarz (C-291/12), le sentenze del 6 giugno 2013, MA e a. (C-648/11) e del 10 dicembre 2013, Abdulahi (C-394/12) sull'asilo, la sentenza dell'11 aprile 2013, Edwards e Pallikaropoulos (C-260/11) sull'ambiente. Gli standard nazionali di tutela non possono essere inferiori a quelli della Corte. La Corte ha dichiarato che il diritto dell'Unione implica l'obbligo di disapplicare ogni disposizione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla Carta dei diritti fondamentali «alla condizione che tale contrasto risulti chiaramente dal tenore della medesima o dalla relativa giurisprudenza, dal momento che tale prassi priva il giudice nazionale del potere di valutare pienamente, se del caso con la collaborazione della Corte di giustizia, la compatibilità di tale disposizione con la Carta medesima».

gruppo di lavoro costituito dalla convergenza di tre nuclei essenziali: l'*Acquis group* che si è occupato di diritto dei consumatori, la Commissione che ha redatto i Principi di diritto contrattuale europeo (PECL) e lo *Study Group* che si è occupato della revisione, integrazione e redazione di una sorta di "codice del diritto europeo", *Draft Common Frame of Reference*.

Lo *Study Group* è stato sostenuto, negli apporti di pensiero e nelle prese di posizione sul progetto di un codice civile europeo, dal Consiglio nazionale forense. Nel giugno 2000 il Consiglio ha ospitato una delle sessioni di lavoro del Gruppo, di cui ho fatto parte, dalla sua costituzione fino al 2005, e poi ne ho seguito l'evoluzione come *stakeholder* in rappresentanza dell'Avvocatura italiana presso l'Unione europea. Anche in seno alla rappresentanza europea degli avvocati (CCBE) il Consiglio ha sempre sostenuto i progetti di armonizzazione e uniformazione del diritto privato europeo, e non ha mai mancato, nell'organizzare il congresso annuale di aggiornamento forense di dedicare una sessione al diritto privato europeo.

Il testo del *Draft* non può essere considerato in modo riduttivo una semplice "toolbox" di cui giuristi, avvocati, giudici, legislatori si possono servire per compiere le loro operazioni e per realizzare i loro fini. Innanzitutto è un prezioso scrigno nel quale sono confluite le culture, gli orientamenti, le direttive delle esperienze nazionali dei Paesi europei e dell'esperienza comunitaria. Non a caso uso l'espressione "esperienza" anziché quella di "regole giuridiche" o di "sistemi giuridici", perché sono un convinto assertore del *legal realism*, che ha trovato radici feconde anche qui in Norvegia e in tutta la Scandinavia, che ne è la patria, in misura altrettanto importante del ramo nord-americano. Per l'appunto in questa prospettiva occorre tener conto non solo del testo ma della sue origini culturali e poi della sua applicazione pratica, poiché, come si sa, il testo giuridico ha una vera e propria vita, che si alimenta dei casi che lo vedono "in azione", delle addizioni dell'interprete, delle condizioni per così dire ambientali in cui viene applicato.

Visto dunque da questa prospettiva, il DCFR è un documento che, per il momento, può essere esaminato solo superficialmente: sappiamo come è nato, sappiamo quali finalità si propone, sappiamo quale è il suo significato letterale. Nei prossimi mesi, quando saranno pubblicati i sei volumi di commento (per più di seimila pagine) potremo sapere quali sono state le sue radici culturali e il significato che i suoi redattori volevano imprimergli. Ma potremo comprenderlo appieno solo quando comincerà ad essere utilizzato negli studi accademici, nei modelli di decisione, nei modelli di legislazione. L'altra faccia della medaglia è tutta da scolpire: e sarà scolpita dal tempo, che è un grande scultore come diceva Marguerite Yourcenar, osservando come il testo sarà utilizzato.

In altri termini, per ora ci è possibile vedere soltanto una faccia della medaglia; una faccia che possiamo apprezzare anche attraverso le anticipazioni raccolte negli studi che i redattori del *Draft* hanno cominciato a pubblicare.

Gli osservatori esterni non sono però rimasti inerti. Si sono moltiplicati i seminari e le occasioni di riflessione, sulla funzione dei "codici" nella società

contemporanea, sulla “giustizia contrattuale”, sugli aspetti economici delle proposte di codificazione del diritto contrattuale europeo.

Per poterne discutere i giuristi debbono compiere tre operazioni di natura complessa.

Il testo originario è stato scritto in inglese, e così avverrà per il commento predisposto dai redattori. L'uso di questa lingua non è neutro, presenta luci e ombre, in altri termini ha un prezzo. Si sa che i testi giuridici non sono mai tradotti letteralmente, perché la versione di un testo giuridico da una lingua all'altra implica una traduzione concettuale, nella quale si perdono le sfumature, il significato autentico, il “gusto” delle parole, dei concetti, dei modi di dire che sono tipici di ogni cultura nazionale. Il diritto per sua natura è il prodotto delle culture nazionali, come ci hanno insegnato i cultori del realismo giuridico, i sociologi e gli antropologi del diritto.

Non fanno eccezione a questa regola né il diritto comunitario, perché i regolamenti, le direttive, e le altre fonti del diritto sono tradotte nelle versioni nazionali e quindi implicano la “conversione” dei termini inglesi e francesi (in cui i testi sono scritti inizialmente) in un contesto normalmente diverso da quello originario; e neppure lo stesso diritto comparato, perché il giurista, per quanto cosmopolita possa essere, ha un “timbro”, una specie di peccato originale, una *forma mentis* che porta con sé dovunque vada e qualsiasi testo esamini. Forse, se tutti avessimo studiato solo il diritto romano, potremmo parlare una lingua franca, il latino, e intenderci subito nell'uso dei termini e dei concetti, come è accaduto per tutto il Medioevo e il Rinascimento; spingendoci più oltre nel tempo, un fenomeno analogo è accaduto per la lingua e il diritto francese, dalla fine del Settecento e per la prima metà dell'Ottocento coniugato al *Code Napoléon*, o per la Pandettistica, e per la lingua tedesca, dalla seconda metà dell'Ottocento agli anni Quaranta del Novecento.

Ma oggi viviamo in un mondo ben diverso, abbiamo superato i confini nazionali, si è persino separato il *nomos* dalla terra; occorre una lingua universalmente conosciuta, quella per l'appunto che sto adoperando. La lingua inglese porta necessariamente con sé le idee del *common law*, ed una esperienza straordinaria di natura pragmatica e di *case law*. Ma proprio per questo sono necessarie ulteriori mediazioni che vanno al di là di una semplice versione letterale.

La prima operazione consiste dunque nel capire fino a che punto i termini inglesi corrispondano al loro significato inglese oppure alludano ad un significato non autoctono, come vorrebbero i redattori. Di qui l'utilità delle definizioni: definizioni “stipulative”, convenzionali, come proposte dai redattori nei loro commenti, o definizioni vincolanti, se proposte dal testo stesso del Draft. In appendice al testo si trova infatti un nutrito elenco di definizioni dei termini utilizzati nella formulazione delle regole.

Si tratta di “proposte” che l'interprete può prendere in considerazione, senza tuttavia essere obbligato a condividerle? O si tratta di significati vincolanti per l'interprete? La vincolatività delle definizioni contenute in un testo giuridico

è un problema antico: la risposta dipende non solo dalla “forza giuridica” del testo, cioè dalla sua collocazione nella scala delle fonti – per ragionare in termini kelseniani – ma anche dalla sua autorevolezza. L’ermeneutica giuridica ci insegna che la libertà dell’interprete non è illimitata, ma sappiamo anche che l’interprete non tollera vincoli eccessivi e che, nonostante le definizioni, l’interpretazione tralcia, va al di là, adatta, conforma, modella, in altri termini, “manipola” il testo. Ed è giusto che sia così, perché il testo vive di vita propria, non è condizionato dalle intenzioni del suo autore, il suo significato non rimane immutato nel tempo.

La seconda operazione consiste nella traduzione dei termini nella lingua propria dell’interprete: è un’operazione necessaria se si vuol condividere il testo con i giuristi di ciascun Paese del Continente; è un’operazione da un lato psicologicamente irreflessa, e dall’altro complessa, perché il termine, la nozione, addirittura il principio potrebbero non trovare un loro omologo nella lingua e nel panorama delle nozioni e dei concetti dell’esperienza nazionale. Quindi occorre o creare termini, concetti, principi “nuovi”, oppure procedere con la similitudine, l’assorbimento, la finzione.

La terza operazione consiste nel confronto con l’esperienza nazionale, per verificare se le scelte effettuate dai redattori siano migliori di quelle effettuate da legislatori giudici interpreti di un determinato sistema. Come si potrebbe altrimenti persuadere gli operatori del diritto ad abbandonare il proprio sistema per sostituirlo con un altro? E si potrebbe imporre il nuovo sistema con uno strumento vincolante?

Ponendo alcuni di questi problemi sto già compiendo una manipolazione: tratto il *Draft* come se fosse un codice civile, il che non è, perché l’idea di “codice” appartiene ad altre epoche; ma è pur vero che, per chi come me proviene da un diritto codificato da più di due secoli, è del tutto naturale vedere nel *Draft* l’immagine di un nuovo codice: un codice moderno, flessibile, tendenzialmente sistematico, aperto alle innovazioni.

Codice o no, il DCFR costituisce in ogni caso il risultato più rilevante del processo di “europeizzazione” del diritto privato. Anziché attendere la spontanea convergenza dei sistemi nazionali verso un “diritto comune” costruito con la prassi e la case law, con la circolazione delle idee e dei modelli che contribuiscono a far maturare una concezione condivisa di scelte e di soluzioni concrete, i redattori del DCFR si sono proposti di fissare in un testo “negoziato” tra esperti accademici provenienti da tutti i Paesi d’Europa principi ritenuti accettabili e condivisibili anche dagli operatori pratici. Grazie al metodo utilizzato dalla Commissione europea che ha condiviso questa scelta, il testo è stato discusso con gli *stakeholders*, rappresentanti degli imprenditori, dei consumatori, dei professionisti. Si è contestata la competenza dell’Unione europea ad occuparsi di queste materie, si è contestata la origine puramente accademica del lavoro, si è contestata la praticabilità di una scelta che imporrebbe un nuovo modello a tutti gli operatori del diritto, a tutti gli operatori economici, a tutti i suoi destinatari.

Ragioni di utilità economica e sociale, di uniforme trattamento dei cittadini dell'Unione, di adeguatezza e modernità del testo militano a favore di questa impresa. Sono ragioni che si possono utilizzare per fronteggiare altre, più consistenti obiezioni opposte alla "europeizzazione" del diritto privato.

La prima obiezione è frontale, e riguarda lo stesso intento generale dei processi in corso.

Questa avversione è emersa anche nel corso della discussione avviata in alcuni seminari che ho organizzato per conto del Consiglio nazionale forense: è data dal timore che siano soffocate le identità nazionali a vantaggio di un modello insipido, una specie di veste di arlecchino, che finirebbe per emarginare gli aspetti connotanti i modelli sui quali si è costruita la cifra che distingue tra di loro i diversi ordinamenti. È facile però rispondere a questa obiezione non solo con argomenti di carattere economico, che favoriscono l'armonizzazione delle regole per agevolare l'integrazione del mercato, ma anche con argomenti di carattere politico, posto che un modello uniforme garantirebbe uno status eguale a tutti gli ordinamenti, a tutti i cittadini, a tutti i giuristi dell'Unione europea. E se i modelli di armonizzazione fossero accolti anche nei Paesi non appartenenti all'Unione si creerebbe un sistema uniforme per tutto il Continente, sì che, passando le frontiere, non sarebbe necessario cambiare i cavalli della diligenza, per usare la metafora di Voltaire sul diritto particolaristico. Dal punto di vista del diritto italiano, posso assicurare che il costo sarebbe inferiore al vantaggio, posto che il diritto italiano, come la lingua italiana, ormai sono poco noti all'estero, e la legge italiana raramente viene scelta dalle parti contraenti come legge del contratto, sicché diritto e lingua sono recessivi. Professionisti, consumatori, avvocati, giudici sarebbero quindi di molto agevolati se potessero utilizzare un testo normativo comune piuttosto che dover applicare testi stranieri.

La seconda obiezione attacca questo processo dal punto di vista di una politica "sociale": il diritto dei consumatori è considerato un diritto dei sistemi "ordoliberali" (*ordoliberal*), apparentemente orientato a tutelare le fasce più deboli della società ma in realtà preoccupato di garantire protezione agli interessi forti; la confluenza di diritti fondamentali e di diritti dei consumatori in un diritto contrattuale europeo finirebbe per dare prevalenza agli interessi forti in danno degli interessi deboli. Si potrebbe però rispondere che il contrappeso tra gli interessi economici e sociali in gioco non perverrà mai ad incidere sui diritti fondamentali, che costituiscono un nocciolo duro non comprimibile dai rapporti tra privati.

Peraltro, sono gli stessi strumenti di uniformazione che garantiscono la tutela dei diritti fondamentali, come dispone lo stesso *Draft* nelle sue disposizioni di apertura.

E dall'angolo visuale del diritto italiano posso confermare che le iniziative a favore del consumatore ha elevato la tutela del diritto alla salute, ha rafforzato la posizione contrattuale del privato, ha consentito ai giudici di controllare le

operazioni economiche con poteri maggiori di quanto non fosse loro consentito dal *Codice civile*.

La terza obiezione teme che il processo di armonizzazione sia troppo timido e sacrifichi le posizioni di tutela già raggiunte a livello nazionale. Questa mi sembra l'obiezione più convincente: ma considerando alcuni modelli nazionali, come quello francese, quello inglese, quello tedesco e quello italiano, non mi sembra che si possa correre questo rischio.

Vorrei però aggiungere che queste obiezioni, come altre che sono emerse in un trentennio di discussioni, tendono a considerare i processi normativi solo nella loro componente redazionale. Ma ben sappiamo – come ci hanno insegnato gli esponenti del realismo giuridico – che i fenomeni giuridici, gli orientamenti culturali, la prassi dell'applicazione delle regole, sono fenomeni complessi, di cui la componente testuale è solo uno dei molteplici aspetti da considerare. Conta altrettanto, se non di più, la creazione della norma, che riflette la mentalità, la cultura, l'ambiente sociale, persino l'umore, dell'interprete. Pertanto, rispetto ad uno stesso testo, giuristi che hanno diversa formazione reagiscono in modi non univoci; il *Draft* potrà avere una funzione propulsiva, e là dove le sue regole dovessero apparire meno avanzate di quelle nazionali, potrà essere interpretato e adattato in modo da non sortire effetti negativi.

Non si deve poi esagerare nell'affidare al testo un valore sacrale.

Un esempio valga per tutti. La Costituzione italiana è una delle prime e più moderne costituzioni del secondo dopoguerra. Pur essendo entrata in vigore nel 1948 è molto garantista, per il catalogo dei diritti individuali e collettivi che contiene. Per certi aspetti è persino più avanzata della stessa Carta di Nizza, là dove distingue tra diritti fondamentali e diritti economici, oppure dove riconosce anche alle collettività, oltre che ai singoli, la protezione di diritti che fanno capo alle “formazioni sociali”. Quindi si potrebbe pensare che essa offra ai cittadini italiani una protezione maggiore – e migliore – di quella offerta dalle carte che non contengono un “*bill of rights*”. E tuttavia non è così, se si pensa alla situazione attuale nella quale il legislatore ha vietato l'impiego di cellule staminali, ha introdotto uno status per gli embrioni, ha limitato l'accesso alla procreazione artificiale, non ha voluto riconoscere rilevanza giuridica alle coppie di fatto, ha soffocato l'impiego del testamento biologico. Tutti problemi che potrebbero essere affrontati in modo laico e positivo sulla base del testo costituzionale vigente, ed invece sono stati risolti dal legislatore italiano in modo del tutto negativo.

La prima redazione del *Draft* risale al 2008. Per comprendere appieno il suo rilievo occorre collocarla nel contesto della evoluzione del diritto privato.

Seguendo l'interpretazione consegnata dalla tradizione, la Carta di Nizza, in quanto documento di rilevanza costituzionale, non dovrebbe riguardare il diritto civile e i rapporti tra privati, perché le costituzioni investono primariamente i rapporti tra il cittadino e lo Stato. Il documento quindi non dovrebbe attingere alla sfera di interesse del diritto civile e dello studioso di diritto civile. Questo

modello interpretativo è stato ripudiato ormai da mezzo secolo in Germania e in Italia, da trentacinque anni in Spagna, da qualche anno in Gran Bretagna e in Francia. Il discorso ha riguardato innanzitutto i diritti fondamentali come riconosciuti e garantiti dalle costituzioni nazionali; si è poi esteso ai principi costituzionali comuni ai Paesi Membri dell'Unione europea; quindi alle posizioni soggettive tutelate dalla Carta europea dei diritti umani sottoscritta a Roma nel 1950 e applicata dalla corte che ha sede a Strasburgo; e poi alla applicazione di questa Carta da parte della Corte di Giustizia della Comunità europea che ha sede in Lussemburgo; ancora, si è esteso alla applicazione della Carta di Nizza da parte di questa Corte; infine alla rilevanza dei diritti fondamentali nell'ambito dei rapporti tra privati nella disciplina comunitaria e nelle regole interne di derivazione comunitaria.

Anche là dove non vi sono costituzioni scritte, ma vi sono leggi che riconoscono i diritti fondamentali, o là dove è stata recepita la Carta europea dei diritti dell'uomo siglata a Roma nel 1950, il problema della applicazione dei diritti fondamentali ai rapporti tra privati è stato risolto in modo positivo. Per parte sua la Corte di Giustizia della Comunità europea per anni ha applicato i diritti fondamentali come appartenenti al complesso dei principi generali del diritto universalmente riconosciuti; di recente ha applicato la Carta di Nizza come se fosse un documento già dotato di valenza giuridica. Anche là dove le costituzioni scritte contengono un "*bill of rights*" i diritti fondamentali sono stati rafforzati con il riconoscimento della vincolatività della Carta europea dei diritti dell'uomo. Di recente questa operazione ermeneutica è stata compiuta dalla Corte costituzionale italiana, con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007. Di qui l'auspicio che la Corte possa essere investita della questione di costituzionalità delle recenti leggi di cui sopra ho fatto cenno.

Siamo quindi in presenza di un complesso processo, culturale, politico, pratico in esito al quale – nella *law in books* e nella *law in action* – i diritti fondamentali hanno assunto un ruolo determinante che pervade tutti i rapporti, qualunque natura essi rivestano.

Questo processo si affianca al processo di protezione giuridica dei diritti e degli interessi dei consumatori. Anche qui riscontriamo diversi modelli di disciplina negli ordinamenti nazionali, che hanno provveduto ad introdurre veri e propri "codici dei diritti dei consumatori", come è avvenuto in Francia, in Italia e si sta progettando di fare in Lussemburgo; oppure vi sono leggi di portata generale, come in Spagna; oppure si sono introdotte regole ad hoc nei vecchi codici civili, come è accaduto in Germania. A livello comunitario l'*acquis* riguardante i rapporti tra privati si è sviluppato soprattutto nel settore dei rapporti con i consumatori. Al fine di evitare sovrapposizioni e aree grigie, in sede comunitaria si è progettata una direttiva di tenore generale per disciplinare in modo sistematico e al più alto livello di armonizzazione i contratti che hanno come parti il professionista, da un lato, e il consumatore, dall'altro lato. Si è elevata così a livello comunitario la questione discussa negli ambiti nazio-

nali dei rapporti tra il diritto generale dei contratti e il diritto dei consumatori. E cioè se il secondo costituisca una specificazione del primo o una deroga al primo, oppure se il secondo tenda ad espandersi sul primo, sostituendosi parzialmente ad esso, oppure se “irradiandosi” su di esso, ne costituisca un fattore di evoluzione.

L'applicazione dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati, la formazione di un codice dei diritti dei consumatori in ambito contrattuale, la redazione di un quadro comune di regole di diritto privato sono processi che per il momento si muovono in parallelo, si intersecano in più tratti, ma sembrano destinati a fondersi.

Il DCFR è più avanzato, nella prospettiva della tutela della persona, di quanto non lo siano gli *Acquis Principles*. Ma si tratta pur sempre di un settore che può solo in parte coincidere con quello della tutela del consumatore in generale, perché in ambito contrattuale non si potrebbe tener conto (a mio avviso) del comportamento anteriore, tenuto nella fase precontrattuale, o in caso di semplice contatto sociale poi non tradottosi in un rapporto contrattuale. In altri termini, se la violazione è avvenuta prima della conclusione del contratto, vi è spazio solo per il risarcimento del danno, ma non per la *specific performance* che consisterebbe nella conclusione coattiva del contratto.

Considerando nel complesso le risposte al Libro Verde sull'*acquis* in materia di consumatori (dell'8 febbraio 2007) la Direzione generale sulla salute e sulla protezione dei consumatori ha rilevato che la maggior parte degli interlocutori ha manifestato una propensione per l'adozione di uno strumento generale diretto alla armonizzazione orizzontale delle regole concernenti sia i contratti transfrontalieri sia i contratti nazionali, strumento che potrebbe essere accompagnato da una maggiore coerenza normativa nei settori specifici considerati. La maggioranza (per il 62%) è anche in favore di uno strumento che introduca un'armonizzazione piena, posizione condivisa dal Parlamento europeo, dagli organismi rappresentativi degli imprenditori (quantomeno per alcuni aspetti essenziali, come la definizione di consumatore e professionista), mentre la maggior parte delle associazioni dei consumatori propende per l'armonizzazione minima. La nozione di consumatore dovrebbe essere mantenuta entro i confini più circoscritti, che riguardano la persona fisica. Contrasti allignano ancora sull'applicazione della clausola di buona fede, a cui si oppongono gli organismi rappresentativi degli imprenditori. La negoziazione delle clausole individuali dovrebbe, secondo la maggioranza, sottrarsi al controllo di vessatorietà; è accolta la combinazione di lista nera e lista grigia delle clausole vessatorie, mentre la maggioranza degli interlocutori è contraria all'estensione del controllo di vessatorietà sulle clausole che definiscono il contenuto del contratto e il prezzo. Più articolate le risposte agli interrogativi sui rimedi all'inadempimento degli obblighi informativi; nella maggior parte dei casi si ritiene appropriato il recesso, a cui si accompagnano, per singole fattispecie, altri rimedi. Non vi sono invece posizioni univoche sia per i rimedi generali all'inadempimento contrattuale sia per il risarcimento del danno.

Di seguito alla consultazione la Commissione europea ha elaborato una proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa ai “diritti dei consumatori” [COM (2008) 614/4 del 8 ottobre 2008]. Il testo contempla cinquanta articoli e alcuni allegati costituiti da formulari e tavole di raffronto. L'*exposé des motifs* comprende ben sessantasei considerando e si estende per venti pagine: la direttiva è volta alla revisione dell'*acquis communautaire* in materia di consumo, a semplificare il quadro normativo vigente, a migliorare il funzionamento del mercato interno e a risolvere i problemi posti dalla conclusione di contratti transnazionali. A questo proposito sono state introdotte disposizioni sulla scelta della legge applicabile in materia di obbligazioni contrattuali (c.d. “Regolamento Roma I” n. 593 del 17 giugno 2008). Tuttavia la Commissione ha preso atto che l'applicazione del Regolamento, che consente al consumatore di invocare le regole nazionali (art. 6), non esclude che possano porsi conflitti interpretativi tali da ostacolare la circolazione di merci e servizi. Di qui una scelta molto rilevante, consistente nell'aggirare gli scogli della legge applicabile con la previsione di regole contrattuali uniformi riguardanti i rapporti tra professionisti e consumatori in modo tale che in ogni ordinamento nazionale dei Paesi dell'Unione si possano applicare le medesime regole. Questo risultato è ottenuto – nei voti della Commissione – compiendo due operazioni: la redazione di un testo unitario che coordina le direttive comunitarie sui rapporti tra professionisti e consumatori, e la scelta del livello di armonizzazione, qualificata come “completa” o “totale” e “mirata” (“ciblé”).

Questa scelta è molto rilevante perché, fino ad oggi, il diritto comunitario in materia di consumatori era affidato a direttive “minimali”, le quali, stabilito per l'appunto un “minimo comun denominatore” costituito da principi non derogabili da attuare in tutti gli ordinamenti nazionali, consentivano ai singoli legislatori di elevare il livello di protezione. Il sistema presentava il vantaggio di non deprimere la tutela dei diritti negli ordinamenti in cui essa era più forte rispetto agli ordinamenti meno garantisti e nello stesso tempo di consentire a questi ultimi di adeguarsi gradualmente ai modelli più forti, nei settori di volta in volta considerati. Si riscontravano tuttavia due aspetti negativi: il trattamento giuridico dei rapporti con i consumatori finiva per essere variegato, e il grado di tutela ad essi assicurato cambiava da Paese a Paese. L'armonizzazione completa, proposta dalla Commissione, è invocata dai professionisti, che si trovano attualmente a dover fronteggiare notevoli costi transattivi dovuti alla varietà delle regole applicabili, e dalle associazioni dei consumatori, che di volta in volta dovrebbero suggerire ai propri iscritti la migliore legge da applicare al contratto, tra le due che vengono in considerazione. Essa implica tuttavia una sorta di “ingessamento” del settore, la cui evoluzione dipenderà – se la proposta sarà approvata – esclusivamente dal legislatore comunitario, che limiterà quindi le scelte interne.

La proposta non riguarda tutte le direttive del settore, ma solo quelle aventi ad oggetto alcune tipologie di modalità di conclusione del contratto (i contratti

conclusi fuori dai locali commerciali, i contratti a distanza) e alcuni ambiti inerenti il contenuto (le clausole abusive e le garanzie nella vendita). Il risultato è un “minicodice” del consumo, in cui, a seguito delle definizioni e del campo di applicazione (artt. 1-4), si regolano l’informazione (artt. 5-7), il diritto di recesso (artt. 8-20), alcuni aspetti della vendita (artt. 21-29), le clausole contrattuali (artt. 30-39) e aspetti inerenti l’applicazione della direttiva (artt. 40-50).

L’art. 43 stabilisce che se il “diritto applicabile” appartiene al sistema di uno Stato membro il consumatore non può rinunciare ai diritti che gli sono attribuiti dalla direttiva. Il che implica che le regole siano inderogabili e che la differenza fondamentale tra una direttiva come questa, tendente alla armonizzazione completa, e un vero e proprio regolamento è esigua, consistendo soprattutto nella tecnica legislativa (attuazione dei principi, per l’una, immediata applicazione, per l’altro), e nei tempi di attuazione.

Altra scelta rilevante concerne le definizioni di “consumatore” e di “professionista”, nelle quali si è inserito il settore delle attività “liberali”. Per la verità si tratta di un semplice chiarimento, posto che nella nozione di “professionista” si comprendevano già l’imprenditore e il professionista che svolge attività intellettuale, come definiti nel codice civile.

Tra le novità si segnalano obblighi imposti agli intermediari che operano per conto dei consumatori, uniformi scadenze temporali per il diritto di recesso, l’imposizione al venditore del rischio di perdita o di danni alle cose nel corso della consegna, la previsione di una lista di clausole qualificate come abusive e una lista di clausole che si presumono abusive fino a prova contraria, offerta dal professionista.

Sono rimaste fuori dall’ambito di applicazione della direttiva le regole pure incluse nell’*acquis communautaire* riguardanti le pratiche commerciali sleali, le etichette, la sicurezza dei prodotti, la responsabilità del fabbricante, i servizi turistici, il credito al consumo, i rimedi. Nulla si dice sulla direttiva concernente i servizi, che deve essere attuata dagli Stati membri entro il dicembre 2009, nonostante si possa verificare una parziale sovrapposizione di regole, soprattutto per quanto riguarda l’informazione e le clausole contrattuali.

La direttiva avrà certamente un impatto anche sulla redazione di principi uniformi in materia di contratti, di fonti delle obbligazioni non contrattuali e di disciplina della vendita.

Nel contempo sono stati pubblicati due importanti lavori: un compendio delle direttive riguardanti i contratti dei consumatori e lo stato della loro attuazione nei Paesi membri ed una ricostruzione sistematica dell’*acquis communautaire* in materia. Ci si avvia dunque verso una “codificazione” del diritto dei consumatori in ambito comunitario.

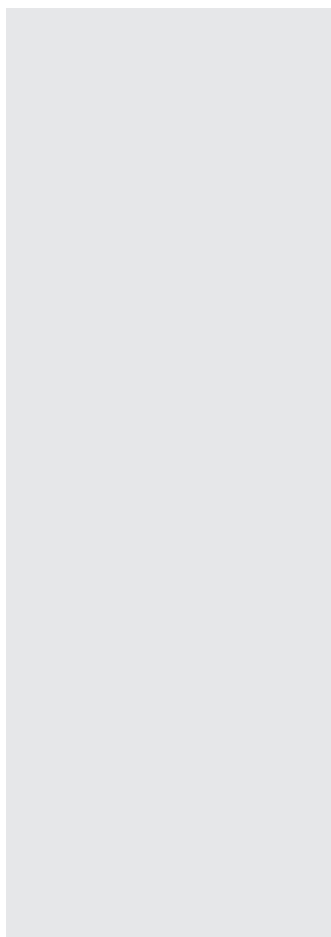
Il DCFR non ha incluso nella sua struttura una sezione dedicata ai diritti dei consumatori. Ha seguito piuttosto il modello del BGB ed ha incluso regole speciali all’interno dell’impianto generale che riguarda tutti i rapporti di diritto privato, quindi sia i rapporti tra consumatori, sia i rapporti tra professionisti e

consumatori, sia i rapporti tra soggetti più forti e soggetti più deboli: vi sono infatti regole che cercano di riequilibrare l'asimmetria del contratto quando una delle parti è un consumatore "più debole", o un professionista "più debole".

Il *Draft* registra dunque l'espansione del diritto dei consumatori nell'ambito del diritto generale dei contratti, tanto da legittimare l'idea che oggi non sia più attuale parlare di "contratti del consumatore" ma che occorra parlare di contratto "asimmetrico", cioè del contratto che viene disciplinato tenendo conto della posizione in cui si trova una parte in condizioni di minorità rispetto alla controparte, anche se non si tratta di una parte ascrivibile alla categoria dei consumatori, dei minori, degli incapaci naturali e così via.

Un testo normativo comune a tutti non può che giovare agli avvocati italiani perché potrebbero "giocare ad armi pari" con i Colleghi degli altri Paesi dell'Unione, senza temere che modelli giuridici più forti di quello italiano, come il modello francese o il modello tedesco (e il common law, finché il Regno Unito rimarrà parte dell'Unione europea) possano costringere gli avvocati italiani ad incrociare le armi su di un terreno più infido e disagiata.

# PROFESSIONI, CULTURA E SOCIETÀ





## “Io l’avvocato faccio e devo difendere i clienti”

### La deontologia dell’avvocato nel teatro di Eduardo De Filippo

Michele Salazar

Nella commedia *Non ti pago*, di Eduardo De Filippo<sup>1</sup>, Mario Bertolini, aiutante di Ferdinando Quagliuolo, gestore di un banco lotto, azzecca una quaterna con i numeri uno, due, tre e quattro, che gli assicurano una vincita milionaria. Quei numeri – è lui stesso a confessarlo – glieli aveva dati in sogno il padre di Ferdinando. Quest’ultimo non intende pagare la vincita al proprio dipendente perché il messaggio con i numeri, proveniente dall’aldilà, era diretto a lui e non a Bertolini che era andato ad abitare a casa di Ferdinando quando costui si era trasferito in altro alloggio e suo padre, che era morto da due anni, nulla poteva sapere di detto trasferimento. Insomma, per Ferdinando, si era verificato uno scambio di persona a suo danno e i numeri erano stati accidentalmente captati, per una svista del mittente del messaggio ultraterreno, da Bertolini, che non ne era il vero destinatario, ma un intruso usurpatore di sogni altrui, perché la buonanima del padre di Ferdinando, nel dare i numeri, credeva di parlare al figlio venendogli in sogno in quel luogo, tant’è vero che si era espresso con queste parole: «Picceri’, giochete sti nummere», e «picceri’» non poteva che essere Ferdinando.

Per risolvere il garbuglio giuridico e rivendicare la vincita Ferdinando si rivolge all’avvocato Strumillo.

È costui – secondo la descrizione che ne fa lo stesso Eduardo – «un uomo sui cinquant’anni un po’ accasciato, evidentemente provato da una triste esistenza; veste un consumato abito di antica foggia, reca con sé una vecchia borsa, sdrucita di tela pelle; ha uno sguardo aguzzo da falchetto avvilito, ma pronto a ghermire la nuova preda»<sup>2</sup>.

È dunque il classico azzeccacarbugli napoletano, leguleio di terz’ordine, malamente abbigliato, che trascina con sé una borsa consunta di pessima qualità, ma con l’occhio aguzzo pronto a ghermire il primo cliente che gli capita a tiro. Pochi tratti essenziali che dicono tutto, o quasi tutto, del personaggio, un poveruomo avido di denaro, che vive ai margini della professione, tant’è che Ferdinando, che lo aveva cercato per fare subito causa a Bertolini, prima che quest’ultimo la facesse a lui, gli aveva lasciato detto – non avendolo trovato –

<sup>1</sup> In N. DE BLASI - P. QUARENGHI (a cura di), *Cantata dei giorni pari*, I Meridiani, Mondadori, Milano 2000, pp. 1227 ss.

<sup>2</sup> Sull’avvocato Strumillo mi sia consentito di rinviare al mio lavoro: *L’avvocato di carta*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 136 ss.

che lo attendeva a casa sua. Strumillo dunque, privo di qualsivoglia dignità, obbedisce alla convocazione del cliente, che neppure conosce, e si reca a casa di Ferdinando, incurante della regola deontologica che gli impone di ricevere i clienti nel proprio studio e non nella loro dimora<sup>3</sup>. L'incontro si svolge quindi nella camera da pranzo di Ferdinando, alla presenza di don Raffaele Console, il parroco di San Cosimo e Damiano, amico della famiglia Quagliuolo.

La questione è così sentiticamente esposta da Ferdinando all'avvocato: «Si tratta di una truffa bella e buona. Io ho vinto una quaterna di quattro milioni con quattro numeri che mio padre ha dato a un certo Mario Bertolini. Il biglietto vincente ce l'ho io». Ferdinando fa il furbo con l'avvocato, mistifica la realtà, non parla del sogno, racconta le cose secondo la sua convenienza e quando don Raffaele tenta di intromettersi per avvisare l'avvocato di una circostanza essenziale, e cioè che il padre di Ferdinando è morto da tempo e i numeri li ha dati in sogno a un'altra persona, viene così zittito: «Don Rafe', scusate, fatemi finire. Ora questo Mario Bertolini dice che il biglietto è suo, che la vincita spetta a lui e a me mi vorrebbe dare centomila lire».

Il colloquio tra cliente e avvocato così continua:

STRUMILLO: E voi non mollate. Questo Mario Bertolini deve essere pazzo senza dubbio. Il biglietto lo avete voi, ritiratevi il premio e chi s'è visto s'è visto.

FERDINANDO: E no, perché si è messo d'accordo con mia moglie e mia figlia: dicono che il biglietto l'ha giocato lui con i soldi suoi.

STRUMILLO: Invece lo avete giocato voi.

FERDINANDO: No, l'ha giocato lui.

STRUMILLO: E allora?

FERDINANDO: Ma i numeri glieli ha dati mio padre in presenza di don Ciccio il tabaccaio.

STRUMILLO: Ah! Ho capito! Allora l'ha giocato lui con i soldi vostri.

FERDINANDO: No, con i soldi suoi.

STRUMILLO: Vedete signor Ferdinando, così, ad occhio e croce, non posso darvi un parere preciso. Vorrei studiare la cosa nei minimi particolari. Il biglietto non è stato neppure giocato in società, perché pare che non esisteva nessuna intesa fra voi e Mario Bertolini; ma siccome egli vorrebbe riconoscervi un premio di centomila lire, è già qualche cosa. Se come voi dite, vostro padre gli ha dato i numeri in presenza di un testimone, qualche diritto, penso, potremmo accamparlo. Voi seguite la vostra strada, ritiratevi i quattro milioni, se questo Mario Bertolini dovesse agire legalmente, noi chiameremo in causa questo don Ciccio il tabaccaio.

FERDINANDO: E non è possibile, don Ciccio non può venire a testimoniare.

STRUMILLO: Voi scherzate? Non si può rifiutare. 'O facimmo venì cu 'e carabinieri.

FERDINANDO: Ma don Ciccio è morto.

STRUMILLO: È morto? Be'... Vostro padre...

<sup>3</sup> L'art. 37 del vigente Codice deontologico forense vieta di offrire, sia direttamente che per interposta persona, le proprie prestazioni professionali al domicilio degli utenti, nei luoghi di lavoro, di riposo, di svago e, in generale, in luoghi pubblici o aperti al pubblico.

FERDINANDO: E mio padre pure è morto.

STRUMILLO: Aspettate... Ma da quanto tempo?

FERDINANDO: Mio padre da due anni, e don Ciccio il tabaccaio da diciotto.

STRUMILLO: (*disorientato*) Ma scusate, il biglietto in questione, quando è stato vinto?

FERDINANDO: Sabato scorso.

STRUMILLO: E allora com'è possibile che vostro padre ha dato i famosi numeri a Bertolini?

FERDINANDO: In sogno.

RAFFAELE: Mario Bertolini, ha sognato del padre di don Ferdinando, il quale gli ha dato i quattro numeri in presenza di don Ciccio il tabaccaio, anch'egli a suo tempo defunto.

STRUMILLO: Ma allora il sogno è di Mario Bertolini.

FERDINANDO: No! E questo è l'errore. Perché Bertolini abita alla casa dove abitavo io con mio padre e che io lasciai per venire ad abitare qua dopo la sua morte, perché mi faceva impressione. Dunque, la buon'anima di mio padre, povero vecchio, credeva di trovare a me in quella camera, e non si è accorto che nel letto invece 'e ce sta io, ce steva Mario Bertolini. Tanto è vero che non ha detto: Bertoli'... ha detto: «Picceri' giochete sti nummere». Perché mio padre accusò me chiamava: picceri'. E posso provare che mio padre teneva antipatia per questo Bertolini, e mai e poi mai l'avarrà dato na quaterna simile.

STRUMILLO: A me sta cosa mi pare sballata assaie. Io che lle vaco a cuntà a 'e Giudice in Tribunale?

Strumillo, alla fine di questa inverosimile costruzione fantastica, si rende conto della capziosità delle pretese di Ferdinando, sostenute da argomentazioni strampalate e assurde, che mai e poi mai potranno essere trasferite sulla carta bollata e presentate in Tribunale. Abbandona quindi Ferdinando al suo destino, nonostante le pressioni e le insistenze che continua da costui a ricevere, e si rifiuta di agire contro Bertolini, non avendo né prove, né argomenti da usare in Tribunale contro quest'ultimo per rivendicare la vincita («Io che lle vaco a cuntà a 'e Giudice in Tribunale?»).

Sa bene Strumillo che l'avvocato nell'esercizio dell'attività professionale deve conservare la propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni e condizionamenti di ogni genere<sup>4</sup> e con fermezza rivendica l'una e l'altra tirandosi fuori dal gioco. Scivola però ben presto in un comportamento deontologicamente assai scorretto: assume addirittura la difesa di Mario Bertolini contro Ferdinando Quagliuolo, passando così disinvoltamente e senza indugio dall'altra parte della barricata<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr., sul punto, l'art. 24, comma 2, del vigente Codice deontologico forense.

<sup>5</sup> Ai sensi dell'art. 48 del vigente codice deontologico forense, l'avvocato può assumere un incarico professionale contro una parte già assistita solo quando sia trascorso almeno un biennio dalla cessazione del rapporto professionale, e che l'avvocato non deve assumere un incarico professionale contro una parte già assistita quando l'oggetto del nuovo incarico non

Di tale scorrettezza è, peraltro, pienamente consapevole, tant'è che dice a Bertolini: «Bertoli', io non vorrei farmi vedere subito da don Ferdinando... capirete, lui mi aveva invitato per il primo»; e quando il cliente replica: «E che c'è di male? Voi l'avvocato fate... Io invece di dire che siete venuto voi da me, dico che sono stato io che vi ho pregato di assistermi», Strumillo abbandona qualsiasi scrupolo: «Ecco, così salviamo la forma, capite...», e si schiera apertamente dalla parte di Bertolini, intervenendo senza ritegno a sua difesa nel conflitto tra i due litiganti con queste parole: «Il sig. Mario Bertolini ha voluto la mia assistenza in questa sua controversia. Io l'avvocato faccio e devo difendere i clienti: appropriazione indebita, diffamazione, estorsione, minaccia a mano armata, ferita guaribile... chissà in quanti giorni... calcoliamo venti, salvo complicazioni. La causa è ottima (*A Ferdinando*) mi volete consegnare il biglietto?».

E poiché Ferdinando si rifiuta asserendo che il biglietto gli è stato rubato, aggiunge: «Vi do tempo fino a domani al giorno alle quattro e mezzo, e per essere preciso, alle sedici e trenta, vi aspetto a casa sua, l'indirizzo lo conoscete perché una volta era casa vostra. Firmerete voi una dichiarazione a lui, che preparerò io. Portate vostra figlia e lui metterà una croce su tutto quello che è successo. Altrimenti: appropriazione indebita, diffamazione, estorsione, minaccia a mano armata e ferimento... Vi siete rovinato!».

Strumillo è una singolare figura di avvocato<sup>6</sup> *double face*: geloso, per un verso, della propria indipendenza, si sottrae alle pretese di Ferdinando che gli ha chiesto con insistenza di trascinare a tutti i costi l'avversario in Tribunale; privo di scrupoli, per altro verso, si spinge ad assumere la difesa dell'originaria controparte senza pensarci su due volte, trincerandosi su una scriminante costruita a bella posta per mettere a tacere la propria coscienza: «Io l'avvocato faccio e devo difendere i clienti». In realtà Strumillo, «falchetto pronto a ghermire la nuova preda», si è tirato bene i conti: i soldi della vincita al lotto alla fine della contesa entreranno certamente nelle tasche di Bertolini, che è dunque l'unico dei litiganti a poter pagare l'onorario. Da astuto calcolatore ha scelto quindi da che parte stare perché lui l'avvocato fa e deve difendere i clienti! Beninteso, i clienti che possono pagare.

sia estraneo a quello espletato in precedenza. Va tenuto presente che la commedia fu scritta nel 1938 e messa in scena nel 1940, quando non era stato ancora emanato il primo codice deontologico degli avvocati italiani (che vedrà la luce ad iniziativa del CNF solo nel 1997). De Filippo non aveva quindi in materia deontologica forense punti normativi di riferimento.

<sup>6</sup> Cfr. G. MARINO, *Il diritto nel teatro di Eduardo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, pp. 113 ss.

# La Toga degli Avvocati

Giacomo Grillo

---

La concezione e l'idea che oggi si ha della toga è diversa rispetto al periodo antico e si è venuta formando via via nei secoli. Essa è il frutto di consuetudini, leggi e decreti che nel tempo ne hanno disciplinato l'uso, la forma ed il colore. In questo breve lavoro mi limito, senza alcuna particolare pretesa, a ripercorrere, in maniera rapida, i principali interventi legislativi che hanno interessato la toga nel corso degli anni, soffermandomi, in particolare, sulle norme ad oggi in vigore la cui chiarezza espositiva, come si vedrà, non necessita, neppure, di alcun commento.

Parlando della toga, comunque, non si può non iniziare il discorso dall'antica Roma. Essa rappresentava l'abito distintivo dei romani e consisteva «in un largo vestimento di lana (*laxa*), ondeggiante (*fluitans*), che copriva l'intero corpo, rotonda, chiusa nella parte inferiore aperta al di sopra sino alla cintura e senza maniche; in modo che il destro braccio trovavasi libero, ed il sinistro ne rilevava una porzione, un lembo della toga, e lo respingeva sulla spalla sinistra. Per mezzo di una tale disposizione, le pieghe formavano una specie di seno sul petto, in cui potevasi conservare qualche cosa»<sup>1</sup>.

Per i romani, però, la toga non era soltanto un capo di abbigliamento ma rappresentava un segno di appartenenza (poteva essere indossata soltanto dai cittadini romani) e racchiudeva in sé molti significati politici, geografici e sociali.

Pur trattandosi sempre dello stesso abito, essa cambiava in funzione di alcuni fattori quali il ceto sociale di chi la indossava; il sesso; le circostanze in cui si indossava (concorsi, lutto, ecc.); la professione e l'età<sup>2</sup>.

Con la caduta dell'impero romano, la toga andò in disuso per poi riapparire nel medioevo ma con una funzione sociale totalmente differente rispetto al passato.

Infatti, da questo momento in poi, la toga, che avrà anche una forma ed un colore diverso (saranno aggiunte le maniche e assumerà una colorazione scura che più tardi diventerà definitivamente nera), non rappresenterà più, semplicemente, un abito tradizionale e distintivo di una popolazione ma inizierà ad assumere un valore simbolico ed a rappresentare la vestizione solenne degli

---

<sup>1</sup> *Antichità III Romane*, Napoli, Dalla Tipografia di Porcelli 1820, p. 2.

<sup>2</sup> Per una descrizione delle toghe da indossare nei diversi momenti della vita quotidiana nell'antica Roma si v.: *Antichità Romane*, cit., pp. 2 ss.; *Dizionario di erudizione storico-ecclesiastica da S. Pietro sino ai nostri giorni*, vol. LXXV, in Venezia dalla Tipografia Emiliana MDCCCLIV, pp. 237 ss.

alti funzionari della società quali magistrati, funzionari dei tribunali, avvocati, medici e universitari.

Nel periodo compreso tra il medioevo ed il 1800, prima dell'unità d'Italia, numerose sono le disposizioni (uno dei primi provvedimenti è la prammatica del 6 aprile 1573 promulgata nel Regno di Napoli<sup>3</sup>) con le quali i singoli stati del Regno disciplineranno l'uso e la forma della Toga<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Prammatica del 6 aprile 1573 del Regno di Napoli in Baldassarre Imbimbo, *Abusi nell'Ordine Degli Avvocati di Napoli*, Presso Antonio Settembre-Morelli, MDCCLXXIX, p. 83: «Essendo cosa giusta e molto conveniente che ogni persona vada ornata e decorata dell'abito che gli conviene, è stato per questo con grandissima giusta causa e convenienza da antico tempo osservato che li Dottori sono andati con veste longa, vestiti differenti dagli abiti E vesti d'altre persone d'altra professione, con le quali vesti rappresentando dignità E autorità sono stati detti Dottori rispettati E riveriti, come si conviene a così degno grado. Adesso si è visto E vede che da alcuni di detti Dottori si è lassato E lassa il detto abito togato con portare cappe corte, E n'è accorto E occorre che come a detti Dottori se li deve dar luogo nell'audienze che si danno da Ufficiali E Ministri Regi, E anco nelli Tribunali nell'informare che si fa delle cause E negli altri atti, prima degli altri che non sono Dottori, E volendosene alcuni di essi risentire con persone le quali si pigliano li primi luoghi che competevano ad essi Dottori, n'è nato E può nascere poco rispetto, con vilipendio alla loro dignità. Et volendo provvedere che si osservi quello che da antiquo tempo si è osservato E deve osservarsi per autorità, preminenza, ornamento, E decoro di detti Dottori, ci è parso con voto E parere del Regio Collateral Consiglio appresso di noi assistente, far la presente Prammatica omni tempore valitura, per la quale dicemo statuiamo E ordiniamo, che dal dì della pubblicazione di essa non sia nessuno Dottore, etiam ufficiale Regio, Consultori, E Advocati, tanto presenti quanto futuri, li quali actu servono nelli detti Uffici, Consulte E Advocazioni in questa fidelissima Città di Napoli, né per le case degli Officiali ad informare, né difendere cause, si non in abito togato, E con la veste solita portarsi da' Dottori. Verum in tempo d'inverno per li freddi E piogge che sono, li sia lecito sopra le detti veste di Dottore portare un ferraio. Et andando d'altro modo, volemo E ordinamo che incorra quello Advvocato E Consultore che contravverrà, per ogni volta nella pena che per 6 mesi sia privato di potere advocare E consultare, E di perdere la cappa, E altra sorte di veste che portasse, E applicarsi all'ufficiale che l'eseguirà. Et ordiniamo a tutti officiali E ministri Regi che andando detti Dottori con altro abito del predetto, non li abbiamo intendere, ma pigliarne informazione E farla consegnare subito alla G. C. della Vicaria, acciò possa procedere alla osservanza di detta pena. Et li Dottori officiali che andassero senza le dette vesti di Dottori, incorrano nella pena a nostro arbitrio riservata. Esclusi però E non compresi nella presente Prammatica li Ministri e circospetti Reggenti della Regia Cancelleria, Presidente del S.R.C., E Luogotenente della Regia Camera della Sommaria, li quali per la supremità E dignità de' loro uffici volemo che portino quelle vesti che ad essi piaceranno. Dat. Neap. Die 4. Julii 1573=Ant. Card. De Granvela». Più tardi, sempre nel Regno di Paoli, sarà promulgata un'altra Prammatica. Si v. Prammatica XV del 21 giugno 1596 in GINESIO GRIMALDO, *Istoria delle leggi e magistrati del Regno di Napoli*, Napoli MDCCLXXI, p. 62; *Pragmaticae Edicta Decreta Interdicta Regiaeque sanctiones*, Volume Tertium, Neapoli ClDCCCLXXII, p. 15.

<sup>4</sup> Per la Lombardia e Venezia, un importante contributo è il testo *Habiti antichi et moderni di tutto il mondo* di Cesare Vecellio, in Venetia, p. 122, nel quale è presente una descrizione particolareggiata, del tipo di abbigliamento (dal tessuto per le varie stagioni, alla forma, alle calzature ed alla berretta) usato dalle diverse categorie sociali, tra i quali magistrati e avvo-

Successivamente all'unità d'Italia, invece, il vestimento degli avvocati sarà regolato, in un primo momento, dal regio decreto n. 2641 del 14 dicembre 1865, ovvero dalla legge con la quale era stato approvato il regolamento generale giudiziario per l'esecuzione del codice di procedura civile, di quello di procedura penale e della legge sull'ordinamento giudiziario<sup>5</sup>, e successivamente dagli articoli 104 e 105 della legge sull'ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore (legge 25 marzo 1926, n. 453, così come sostituiti dal r.d. 6 gennaio 1927, n. 3), che disciplinano le toghe e i tocchi degli avvocati, ad

cati nel '500. Nel testo sono presenti anche numerose rappresentazioni grafiche. Nel Regno delle Due Sicilie: il 28 novembre del 1808 il Re delle Due Sicilie, Gioacchino Napoleone, emana un decreto con il quale «*prescrive il vestimento del gran giudice ministro della giustizia, quello de' membri della G.C. di cassazione, de' diversi magistrati e, de' giudici di pace; e degli avvocati, procuratori, ed uscieri nelle udienze de' tribunali*», in *Bullettino delle leggi del Regno di Napoli*, anno 1808, seconda edizione, in Napoli, nella fonderia reale 1813, p. 657. Il 22 luglio del 1809, in piena occupazione Francese, la Consulta Straordinaria degli Stati Romani (l'odierna Corte di Appello) emanerà un decreto a firma di Napoleone Bonaparte, Imperatore di Francia e re d'Italia, con il quale sarà disciplinato «*il costume di vestiario de' Membri de' Tribunali delle persone di legge*», in *Bollettino delle leggi e decreti imperiali pubblicati dalla Consulta Straordinaria degli stati romani*, vol. I, Roma MDCCCIX, pp. 407 ss. Nello Stato di Parma, Piacenza e Guastalla, il vestimento degli avvocati e dei causidici, sarà disciplinato da due Decreti Sovrani, entrambi a firma di Maria Luigia Duchessa di Parma, Piacenza e Guastalla: il primo datato 24 gennaio 1833, relativo alla professione di Avvocato, ed il secondo, datato 25 gennaio 1833, riguardante i Causidici, in *Raccolta generale delle Leggi per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, anno 1833, p. 1 e 29. Nel Granducato di Toscana, l'uso della Toga per gli Avvocati, per i Magistrati e per gli altri soggetti del processo, sarà disciplinato nel Regolamento di Procedura civile del Granducato di Toscana. Si v. *Regolamento di Procedura Civile per i Tribunali del Granducato di Toscana*, Firenze 1814, pp. 197 ss.; Voce: *Avvocati in Repertorio del Diritto Patrio Toscano*, volume decimo, Firenze 1841, punto 29, p. 21. Per quanto riguarda il vestimento degli avvocati e causidici nel Regno di Sardegna, si v. F. AIMERITO, *Note per una storia delle professioni forensi: avvocati e causidici negli stati sabaudi del periodo preunitario*, in *Rassegna Forense*, 2004, p. 403. Nel Regno di Napoli, successivamente alla caduta dell'Impero Napoleonico, la Legge Organica 29 maggio 1817, con la quale fu ridisegnato l'ordinamento giudiziario, conteneva alcune disposizioni sull'uso della toga per i funzionari dei tribunali e per gli avvocati. Si v. *Commentario sulla legge organica giudiziaria*, tomo IV, Nella Stamperia Reale, Napoli 1818, pp. 246 ss.; *Delle cerimonie pubbliche delle onorificenze della nobiltà e de' titoli e degli ordini cavallereschi nel Regno delle Due Sicilie*, libro uno, Stabilimento Tipografico di Nicola Fabricatore, Napoli 1854, pp. 10 ss.

<sup>5</sup> La sezione II del r.d. 14 dicembre 1865 n. 2641, intitolata «Delle divise degli avvocati e dei procuratori», dedica due articoli alla forma della toga. L'art. 170 stabilisce che «Nelle pubbliche udienze delle corti e dei tribunali gli avvocati patrocinanti indossano le seguenti divise: Toga di lana nera alla foggia di quella prescritta per i funzionari giudiziari, ma abbottonata sul davanti con maniche orlate di un gallone di velluto nero, rialzate e annodate sulle spalle con cordoni e nappine di seta nera; hanno il tocco di seta nera fregiato di un gallone di velluto nero, e il collare di tela batista»; e l'art. 171 stabilisce che «I procuratori vestono toga di lana nera, abbottonata sul davanti, con maniche rialzate e annodate sulle spalle con cordoni di lana nera; hanno tocco di seta nera senza gallone, e collare di tela batista».

oggi rimasti in vigore, in quanto non abrogati dalla nuova Legge Forense (legge 31 dicembre 2012, n. 247).

In particolare, nelle predette disposizioni si legge che nulla cambia rispetto alla «foggia attuale» ovvero quella già disciplinata dal regio decreto n. 2641 del 14 dicembre 1865, e vengono soltanto apportate alcune modifiche con la previsione, però, che in caso di contravvenzione alle disposizioni si procederà in via disciplinare.

L'art. 104 stabilisce, infatti, che «per i procuratori la toga è chiusa ed abbottonata in avanti con colletto largo cinque centimetri e orlato da una leggera filettatura in velluto e cordoni e fiocchi di seta nera; cravatta di battista bianca con merlettino e tocco in seta senza alcun distintivo. Per gli avvocati la toga è aperta, con larga mostratura in seta, colletto largo venti centimetri ed orlato da fascia di velluto dell'altezza di tre centimetri, maniche orlate da fascia di velluto dell'altezza di dieci centimetri, cordoni e fiocchi di argento misto a seta nera, o d'oro misto a seta nera (nelle proporzioni di due terzi ed un terzo) a seconda che siano iscritti nell'albo di un collegio o nell'albo speciale di cui all'art. 17 della legge 25 marzo 1926, n. 453, cravatta di battista bianca con merlettino e tocco in seta, fregiato da una fascia di velluto. Gli avvocati ed i procuratori debbono indossare le divise nelle udienze dei tribunali e delle corti, nonché dinanzi alle magistrature indicate nel capoverso dell'art. 4 della predetta legge e dinanzi ai consigli dell'ordine ed al consiglio superiore forense».

Il successivo articolo 105 disciplina, invece, la vestizione dei membri dei consigli dell'ordine stabilendo che: «il tocco dei membri dei consigli dell'ordine dei procuratori è fregiato di un cordoncino di argento misto a seta nera; quello dei presidenti in città non sedi di corte di appello, di un gallone di argento portante nel mezzo un cordoncino di argento misto a seta nera; e quello dei presenti in città sedi di corte di appello, di due galloni di argento misto a seta nera. Il tocco dei membri del consiglio dell'ordine degli avvocati è fregiato di un cordoncino di oro misto a seta nera, quello dei presidenti in città non sedi di corte di appello di un gallone d'oro portante nel mezzo un cordoncino d'oro misto a seta nera, quello dei presidenti in città sedi di corte di appello e dei membri del consiglio superiore forense di due galloni portanti nel mezzo di ciascuno di essi un cordoncino d'oro misto a seta nera, e quello del presidente del consiglio stesso di tre galloni di oro portanti anche nel mezzo di ciascuno di essi un cordoncino d'oro misto a seta nera. L'argento e l'oro sono in correlazione alla seta nella proporzione di due terzi e di un terzo. Il tocco dei dirigenti delle associazioni di avvocati e procuratori legalmente riconosciute è egualmente fregiato di speciale distintivo che per il segretario nazionale è costituito di due galloni di oro misto ad argento in eguali proporzioni, per il segretario dei sindacati di un gallone di oro misto ad argento in eguali proporzioni, per i membri del direttorio di un cordoncino d'oro misto ad argento anche esso in eguali proporzioni. I cordoncini sono per larghezza ed altezza alquanto più piccoli di quelli degli ufficiali inferiori del regio esercito e i galloni simili a quelli degli ufficiali superiori. Il

tocco con i fregi predetti si usa nelle cerimonie ufficiali e nelle udienze del consiglio superiore forense. Nelle altre circostanze si usa il tocco di seta con fascia di velluto per gli avvocati e il tocco di seta per i procuratori».

Naturalmente, in seguito alla soppressione dell'albo dei procuratori legali, il termine «procuratore legale», contenuto nei predetti articoli deve intendersi sostituito con il termine «avvocato» per effetto del disposto dell'art. 3, l. 24 febbraio 1997, n. 27.

### **La toga nel processo amministrativo**

A distanza di parecchi decenni rispetto alle prime norme in materia, il legislatore di recente è tornato sull'argomento disciplinando espressamente l'uso della toga nel processo amministrativo.

In particolare l'art. 10 delle norme di attuazione del decreto legislativo n. 104 del 2 luglio 2010 stabilisce che «1. I magistrati amministrativi, il personale di segreteria e il personale ausiliario indossano nelle pubbliche udienze la toga o la divisa stabilita dal Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa.

2. Gli avvocati vestono nelle pubbliche udienze la toga».

L'articolo in questione, che viene approvato a diversi decenni di distanza rispetto al regio decreto n. 2641 del 14 dicembre 1865, regola in maniera sintetica l'uso della toga nel processo amministrativo.

La norma, infatti, non detta nessuna indicazione circa il modello e la forma ma si limita, semplicemente, a prescrivere il suo uso durante le udienze pubbliche che si tengono nel corso del procedimento amministrativo.

Ne deriva, quindi, che eventuali aspetti circa il colore, il tipo e la foggia della toga sono indirettamente disciplinati dalla normativa sopra citata ad oggi ancora in vigore.

### **L'uso della Toga in una sentenza del Tribunale Supremo di Spagna**

Nel corso degli anni, la toga forense, oltre ad essere stata oggetto di discussioni, leggi, decreti ed ancora prima prammatiche, ha interessato anche l'attenzione degli organi giurisdizionali ed è stata, addirittura, al centro di una questione giuridica sottoposta al vaglio del Tribunale Supremo di Spagna.

In particolare, con la sentenza n. 10.278/90, del 20 gennaio 1992, il cui testo integrale è riportato in nota<sup>6</sup>, il Tribunale Supremo di Spagna si è pronunciato

---

<sup>6</sup> Tribunale Supremo di Spagna; sentenza 20 gennaio 1992, n. 10.278/90; Pres. Rodriguez García, Rel. Trillo Torres; Letardo de la Generalidad de Catalunya, e altri c. Colegio de Garduados Sociales de Barcelona. «[Omissis]. Passiamo ora ad esaminare la violazione del principio costituzionale di uguaglianza, che la sentenza appellata ha ritenuto sia stata commessa dall'amministrazione della Generalidad che ha disposto la modificazione dell'art. 17, lett h), dello statuto, redatto in termini tali da riconoscere ai membri del collegio il diritto "di usare la veste professionale o toga", modificazione che è stata ritenuta illegittima rispetto a questa seconda

## in merito alla legittimità di una norma dello statuto dell'ordine dei consulenti

opzione. Non è in discussione il fatto che nella vigente regolamentazione dei consulenti del lavoro si faccia riferimento unicamente alla veste professionale, e che sia effettivamente questa vietata ivi descritta. Tuttavia, il problema nasca a causa della funzioni processuali che la legge sull'ordinamento giudiziario ha riconosciuto ai consulenti del lavoro all'art. 400, par. 3, disponendo che "nei procedimenti di lavoro e di sicurezza sociale la rappresentanza potrà essere effettuata da consulenti del lavoro iscritti all'ordine", e dalla connessione di questo precetto con quello contenuto nell'art. 187, par. 1, che prescrive che "nelle pubbliche udienze, nelle riunioni del tribunale e nelle attività giudiziarie solenni, i giudici, i magistrati, i rappresentanti del pubblico ministero, i cancellieri e i procuratori legali indossano la toga e, all'occorrenza, placca e medaglia in accordo con il loro rango"; di modo che, secondo l'ordine ricorrente, all'indennità delle funzioni processuali dei consulenti del lavoro con quelle dei procuratori legali nei processi per i quali è stata concretamente riconosciuta loro tale capacità deve corrispondere uguale diritto – compreso il dovere legale – di indossare la toga. Effettivamente è da considerare esistente la menzionata identità funzionale e non è corretta la tesi che rimette la rappresentanza processuale dei consulenti del lavoro a un diritto supposto equivalente che la legge concede a qualsiasi personale nel pieno esercizio dei propri diritti civili. Ciò è avvalorato non soltanto dal fatto che la legge sull'ordinamento giudiziario attribuisce la facoltà di rappresentanza ai consulenti del lavoro nella stessa norma con la quale consacra la facoltà delle parti di designare liberamente i loro rappresentanti tra i procuratori legali, ma anche, in termini molto chiari, dal fatto che l'attuale legge sul processo del lavoro, all'art. 21, nel regolare l'obbligo di notifica alla controparte nel caso in cui la difesa processuale sia effettuata da professionisti, ricomprende la rappresentanza affidata ai consulenti del lavoro come uno dei casi nei quali in ipotesi la notifica è obbligatoria, ciò che evidentemente risulta in conformità con la speciale preparazione che l'ordinamento giuridico riconosce loro in materia di lavoro e di sicurezza sociale. Poiché è indubbio che la lettera dell'art. 187, par. 1, non favorisce la pretesa dell'ordine ricorrente, è necessario esaminare se il principio di uguaglianza non debba obbligare a un'interpretazione sistemata dello stesso, in relazione all'art. 440, par. 3, che in ragione dell'identità funzionale sopra citata permetterebbe di estendere l'efficacia del primo ai consulenti del lavoro, quando agiscono come rappresentanti processuali delle parti litiganti. Per dare fondamento a questa affermazione si sostiene che l'art. 187, par. 1, con l'elencare coloro che sono tenuti ad indossare la toga, implicitamente riafferma che coloro che partecipano in qualsiasi modo ai procedimenti giudiziali cui si riferisce debbono indossarla, in quanto lo stabilisce il principio della dignità degli atti pubblici, dal quale si ricaverebbe comunque che l'omissione della menzione dei consulenti del lavoro si può attribuire ad una mera dimenticanza, spiegabile con il fatto che la norma dell'art. 430, par. 3, fu introdotta in via di emendamento, dimenticanza cui si può porre rimedio per mezzo dell'interpretazione sistematica della quale s'è fatta menzione. Benché tale argomentazione appaia suggestiva, essa presenta tuttavia l'inconveniente di forzare la *ratio* di una norma di legge in funzione della pretesa acquiescenza ad un principio costituzionale che non riteniamo risulti necessariamente violato se si accetta un'interpretazione letterale del precetto. Coloro che intervengono nel processo sono accomunati dal fatto di essere laureati in giurisprudenza, dimodoché, nelle rispettive competenze e funzioni, la loro attività abbraccia la totalità dei casi e delle evenienze giuridiche che possono verificarsi in qualsiasi tipo di processo. Non è questa la situazione dei consulenti del lavoro. La mancanza di titoli adeguati per intervenire in tutti i processi li colloca su un piano di specialità, motivata dall'insufficienza della preparazione giuridica ricevuta per potersi confrontare con i problemi generali del diritto; ciò che spiega ragionevolmente – dal punto di vista del principio di uguaglianza – che il legislatore non li abbia inclusi espressamente tra coloro cui incombe il dovere di indossare la toga

del lavoro di Barcellona che aveva fatto venire meno il diritto, per questi ultimi, di indossare la toga nell'esercizio delle funzioni di rappresentanza processuale in materia di lavoro e sicurezza, riconosciuto loro dalla legge, statuendo che «nel diritto spagnolo, non è contraria al principio di uguaglianza sancito dall'art. 14 della Costituzione la modificazione dell'art. 17, lett. h), dello statuto dell'ordine dei consulenti del lavoro di Barcellona, nella parte in cui vieta a questi ultimi di indossare la toga nell'esercizio delle funzioni di rappresentanza processuale in materia di lavoro e di sicurezza sociale ex art. 440, par. 3, della legge sull'ordinamento giudiziario, in base a un'interpretazione letterale dell'art. 187, par. 1, che disciplina l'uso della toga nelle udienze pubbliche e in virtù del principio di specialità posto a fondamento della devoluzione di funzioni di rappresentanza processuale ai consulenti del lavoro».

Il Tribunale Supremo di Spagna, nella motivazione della sentenza, spiega in maniera chiara, logica ed esaustiva i motivi per i quali l'uso della toga è consentito ai soli avvocati e non anche ai consulenti del lavoro.

La questione nasce a seguito della modifica dell'art. 17, *lett. h*, del predetto statuto con la quale è venuto meno il diritto per i consulenti del lavoro di indossare la toga.

L'ordine dei consulenti del lavoro, ricorrendo avverso la modifica normativa, ritiene che «l'art. 187, par. 1, con l'elencare coloro che sono tenuti ad indossare la toga, implicitamente riafferma che coloro che partecipano in qualsiasi modo ai procedimenti giudiziali cui si riferisce debbono indossarla, in quanto lo stabilisce il principio della dignità degli atti pubblici, dal quale si ricaverebbe comunque che l'omissione della menzione dei consulenti del lavoro si può attribuire ad una mera dimenticanza» ed invoca, quindi, la violazione del principio costituzionale di uguaglianza.

---

nelle attività forensi. La volontà manifestata espressamente e letteralmente nella legge avalla questa interpretazione, oltre ad altre circostanze, delle quali si è ugualmente fatta menzione nel processo. Una di esse è che la prima volta che in una legge si impone ai procuratori legali il dovere di usare la toga ciò si realizza quando da costoro si esige con carattere generale il requisito della laurea in giurisprudenza. Un'altra, che la giustificazione della mancata menzione e dei consulenti del lavoro come una possibile dimenticanza involontaria del legislatore (tenuto conto dell'emendamento dell'art. 440, par. 3, le cui conseguenze logiche per altro non si sono riflesse del testo dell'art. 187, par. 1), si scontra con il fatto che normalmente questo tipo di modificazioni, che sono fatte valere da gruppi politici che le considerano vantaggiose per l'interesse pubblico, sono tutelate particolarmente dalle organizzazioni ad essi vicine al di fuori della sede legislativa, cosicché è ragionevole pensare che anche in questo caso le rappresentative dei consulenti del lavoro non abbiano trascurato di comunicare ai rappresentanti del popolo le loro pretese nello spirito delle quali emendare anche l'art. 187, par. 1. La conclusione è in accordo con il concetto tradizionale sul diritto di uso della toga. Non vi è dubbio che il legislatore potrà mantenere il suo uso nell'ambito menzionato o ampliarlo a quanto ritenga opportuno. Tuttavia, non è possibile estenderlo mediante un'interpretazione giudiziale che non deriva dai termini precisi e chiari della norma, né è imposta dall'art. 14 Cost. [Omissis]. Sentenza pubblicata su *Foro Italiano*, IV/1992, p. 448.

In sostanza il ragionamento adottato dai consulenti è semplice: se ai consulenti del lavoro è consentito svolgere funzioni di rappresentanza processuale in determinate materie, quando questo si verifica gli stessi hanno, al pari degli avvocati, il diritto di indossare la toga ed il fatto che nella nuova formulazione della norma non siano compresi ciò deriva soltanto da una mera dimenticanza del legislatore.

Orbene, se ad una prima lettura la questione potrebbe apparire semplice perché, come lo stesso Tribunale Supremo ha dichiarato «effettivamente è da considerare esistente la menzionata identità funzionale», il tenore letterale delle norme invocate non lascia spazio per una tale interpretazione, ritenuta una forzatura dal Tribunale.

Si legge, infatti, nella sentenza che «benché tale argomentazione appaia suggestiva, essa presenta tuttavia l'inconveniente di forzare la *ratio* di una norma di legge».

L'elenco di cui all'art. 187, par. 1, infatti non è casuale ma dettato in forza di precise regole, prime fra tutti quella secondo cui «coloro che intervengono nel processo sono accomunati dal fatto di essere laureati in giurisprudenza, dimodoché, nelle rispettive competenze e funzioni, la loro attività abbraccia la totalità dei casi e delle evenienze giuridiche che possono verificarsi».

In definitiva, secondo il Tribunale Supremo, la mancanza della laurea in giurisprudenza e quindi «di titoli adeguati per intervenire in tutti i processi li colloca su un piano di specialità, motivata dall'insufficienza della preparazione giuridica ricevuta per potersi confrontare con i problemi generali del diritto».

Per tali ragione, e non per dimenticanza, il legislatore non li ha espressamente inclusi tra coloro che hanno il dovere di indossare la toga che rappresenta l'essenza stessa del diritto, di secoli di conoscenza e di storia.

Il Tribunale conclude escludendo, categoricamente, la violazione del principio costituzionale di uguaglianza e precisa che nella formulazione della norma non vi è stata nessuna dimenticanza da parte del legislatore.

Questa è stata una sentenza importante per la storia dell'avvocatura perché, anche se pronunciata in Spagna, e quindi priva di effetti rispetto al nostro ordinamento, ha espresso alcuni significativi principi e ci ha aiutato a comprendere ulteriormente il valore simbolico della toga.

### **L'uso della Toga nell'Unione Europea**

La questione relativa all'uso della Toga è stata, addirittura, portata all'attenzione della Commissione Europea che nel 2011 ha preso posizione rispondendo ad una specifica interrogazione.

In particolare, in un'interrogazione alla Commissione del 10 febbraio 2011, è stato chiesto come deve comportarsi un avvocato, in ordine all'uso della toga, che esercita al di fuori dello stato membro di origine.

Il testo dell'interrogazione così recita: «In forza delle direttive 77/249/CEE e 2005/36/CE, un avvocato iscritto ad un ordine dell'Unione può esercitare in

altro Stato membro. Fra le condizioni stabilite nelle citate direttive, nessuna attiene all'uso dell'abbigliamento professionale, mentre le norme nazionali sono tutte precedenti rispetto a quelle dell'Unione.

Ritiene la Commissione che, ove sia obbligatorio l'uso della toga, possa essere consentito l'uso della toga abitualmente indossata nello Stato membro di origine o, di volta in volta, quello dello Stato membro in cui si svolge, anche occasionalmente, l'attività?».

In data 7 marzo 2011 la Commissione, rappresentata da Michel Barnier, così rispondeva: «La Commissione rileva che la direttiva sullo stabilimento degli avvocati e la direttiva sulla libera prestazione di servizi da parte degli avvocati non contengono disposizioni specifiche sull'uso della toga forense. Le due direttive disciplinano l'esercizio della professione in base al titolo dello Stato membro di origine. La direttiva sulle qualifiche professionali – nella parte in cui essa regola lo stabilimento immediato in base al titolo professionale dello Stato membro ospitante – non contiene disposizioni sull'uso della toga da parte degli avvocati. Pertanto, si applica la normativa nazionale sull'uso della toga forense e in particolare le norme di procedura dello Stato membro. La materia in oggetto rientra evidentemente nell'ambito del principio di sussidiarietà che permette ai singoli Stati membri di decidere autonomamente».

### **La Toga nelle circolari dei Tribunali e dei Consigli degli Ordini degli Avvocati**

Anche se ad oggi sono ormai trascorsi secoli dai primi provvedimenti con cui il legislatore è intervenuto sull'argomento, la questione dell'abbigliamento formale degli avvocati è ancora aperta.

Il comportamento processuale, purtroppo, a volte improntato ad un ridotto rigore formale di alcuni magistrati, avvocati e cancellieri negli ultimi tempi ha portato, Presidenti e giudici di Tribunali nonché Consigli dell'Ordine degli Avvocati, ad intervenire con appositi provvedimenti per ricordare l'importanza dell'uso della toga, non solo dal punto di vista normativo ma soprattutto dal punto di vista formale e sostanziale.

In un articolo apparso sul periodico *La voce dell'Agorà* (periodico di attualità, informazione e aggiornamento dei Palazzi di Giustizia del Piemonte), Tommaso Servetto ben focalizza la questione e sostiene, a ragione, che «il modernismo ed un atteggiamento dissacrante degli usi e costumi del passato hanno ingenerato la convinzione che la toga sia un orpello ridicolo indossato dagli avvocati ai fini di teatralità»<sup>7</sup>.

Uno dei primi, e recenti, provvedimenti con i quali si è intervenuti nella materia, è la nota con cui il Presidente della Corte d'Appello di Milano, Giovanni Canzio, oggi primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione, nel 2014 richiamava l'attenzione di tutti gli avvocati all'uso della toga.

---

<sup>7</sup> T. SERVETTO, *La Toga: segno distintivo della giustizia*, in *La Voce dell'Agorà*, V-4/2015.

Nella nota del 3 novembre del 2014, il Presidente Canzio, richiamando, quanto era già stato disposto nel 2011 per il settore penale, ribadiva la necessità di «assicurare il dovuto rispetto – anche – delle forme di esercizio della giurisdizione e di rendere più saldo il prestigio di coloro che ne sono protagonisti» rendendo noto che «a decorrere dal 1° gennaio 2015 verrà ripristinata la prescrizione di indossare, nelle pubbliche udienze, la toga e il c.d. “bavaglino”»<sup>8</sup>.

Il predetto richiamo, fortunatamente, non è rimasto una voce isolata in quanto molti altri Tribunali e Consigli dell'Ordine degli Avvocati seguiranno lo stesso esempio ricordando che l'uso della toga non è solo un obbligo imposto dalla legge ma rappresenta un «simbolo dell'alta funzione che l'avvocato è chiamato a svolgere nell'ambito della giurisdizione e nella società civile». Queste, infatti, sono le parole con cui il Presidente dell'ordine degli avvocati di Bologna, a seguito della nota del 12 marzo 2012 con la quale il Presidente del Tribunale rilevava che nel corso della celebrazione di alcune udienze non veniva indossata la toga, ricordava ai propri iscritti l'obbligo di indossarla e, richiamando le parole del grande giurista Piero Calamandrei, così scriveva: «Amo la toga non per le mercerie dorate che a adornano né per le larghe maniche che danno solennità al gesto, ma per la Sua uniformità stilizzata, che simbolicamente corregge tutte le intemperanze personali, e scolorisce le disuguaglianze individuali dell'uomo sotto l'oscura divisa della funzione. La toga, uguale per tutti, riduce chi la indossa ad essere, a difesa del diritto “un avvocato”: come chi siede al banco del tribunale è “un giudice”, senza aggiunta di nomi e titoli.

È di pessimo gusto far apparire in udienza sotto la toga il professore Tizio o il commendatore Caio: come sarebbe mancanza di buona creanza rivolgersi in udienza al presidente o al pubblico ministero, chiamandoli signor Giuseppe o signor Gaetano. Anche la parrucca degli avvocati inglesi, che può essere un ridicolo anacronismo, ha questo stesso scopo di affermare l'ufficio sull'uomo: nascondere il professionista che può anche essere calvo e canuto, sotto la professione, che ha sempre la stessa età e lo stesso decoro»<sup>9</sup>.

Ed è sempre l'insigne giurista Calamandrei la fonte ispiratrice che spinge, nel mese di settembre del 2015, anche, il Presidente della Corte di Appello di Torino, Arturo Soprano, a ricordare, con una nota diretta a tutti i protagonisti della Giustizia, la necessità di indossare la toga ed il bavaglino.

Egli, infatti, così scrive nella predetta nota: «Si tratta, come è ovvio, di una questione di decoro e di rispetto per chi è chiamato, pur nella diversità dei ruoli, a difendere imputati e altre parti ovvero di assumere decisioni, al cospetto dei Cittadini», ed anche il Presidente Soprano, oltre a richiamare l'obbligo normativo, evidenzia che «La toga è destinata a conferire solennità e dignità alla fun-

<sup>8</sup> Prot. 285/Pres/14 Corte di Appello di Milano; Prot. 144/Pres/2011 Tribunale Ordinario di Milano.

<sup>9</sup> Rif. Prot. N. ds/1525/2012 Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bologna.

zione esercitata da Magistrati, Avvocati e Cancellieri» perché, richiamano ancora una volta le parole di Piero Calamandrei, «simbolicamente corregge tutte le intemperanze personali, e scolorisce le disuguaglianze individuali dell'uomo sotto l'oscura divisa della funzione. La toga, uguale per tutti, riduce chi la indossa a Difesa del diritto». Conclude, quindi, invitando i Magistrati, gli Avvocati e Cancellieri ad essere consapevoli che non bisogna sentirsi gravati da un obbligo di legge ma «investiti di un onore e di un privilegio connesso alla delicata funzione sociale, intellettuale e morale che sono rispettivamente chiamati a svolgere»<sup>10</sup>.

Seguiranno poi altri Tribunali, come quello di Cosenza dove, il 20 settembre del 2012, il Presidente della sezione penale Enrico Di Dedda ha fatto affiggere all'ingresso delle aule di giustizia un semplice, ma esaustivo, avviso del seguente tenore: «I sigg. avvocati devono indossare la toga nelle udienze dinanzi al tribunale e si procede in via disciplinare contro coloro che contravvengono alla presente disposizione»<sup>11</sup>.

Numerosi, poi, sono i protocolli siglati tra i Tribunali ed i Consigli dell'Ordine degli avvocati nei quali si trovano apposite disposizioni che prescrivono l'obbligo di indossare la toga<sup>12</sup>.

Al di là, comunque, del contenuto delle varie note e dei vari protocolli siglati tra Tribunali ed Ordine degli Avvocati, di fatto, ad oggi sono passati alcuni

<sup>10</sup> Prot. 7215. U/S del 9 settembre 2015, Corte di Appello di Torino - Presidenza.

<sup>11</sup> Cosenza, *Il presidente del tribunale ordina "Avvocati indossino la Toga"*, articolo tratto da <http://www.ilquotidianoweb.it/news/cosenza/71737/Disposizione-de-giudice-Di.Dedda.html>.

<sup>12</sup> - Protocollo per la gestione delle udienze dibattimentali penali del Tribunale di Livorno del 5 ottobre 2010: Art. 7. *Obbligo di indossare la toga.*

*I Giudici, Il Pubblico Ministero, i difensori e l'operatore giudiziario o chi esercita le funzioni di cui all'art. 21 D.M. 334/89 hanno l'obbligo di indossare la toga.*

- Protocollo per la gestione delle udienze penali monocratiche e collegiali del Tribunale di L'Aquila del 23 giugno 2010. Art. 12. *Obbligo di indossare la toga.*

*I Pubblici Ministeri, i difensori, gli assistenti di udienza e gli ufficiali giudiziari hanno l'obbligo di indossare la toga.*

- Protocollo per l'organizzazione e la gestione delle udienze dibattimentali penali, collegiali e monocratiche, delle corti di assise e del G.U.P., del Tribunale di Napoli del 24 aprile 2012. Art. VI. *Uso della toga.*

*Giudici, Pubblico Ministero e difensori hanno l'obbligo di indossare la toga in tutte le udienze (comprese le udienze preliminari e quelle innanzi al tribunale del riesame). I Giudici popolari avranno cura di indossare abiti consoni alla delicata funzione svolta.*

*Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati si impegna a vigilare sul rispetto di tale obbligo.*

- Regole condivise di organizzazione e svolgimento delle udienze penali dibattimentali del Tribunale di Bari del 6 giugno 2013. Art. 10.

*Giudice, P.M. e difensori nel corso delle attività dibattimentali di udienza sono tenuti a indossare la toga e collarino.*

- Protocollo condiviso per le udienze civili e penali sottoscritto tra Ass. nazionale Magistrati, sezione di Lecce e l'Ordine degli Avvocati di Lecce del Maggio/Giugno 2014. Art. 6.

*1. In tutte le udienze pubbliche le parti sono sempre presenti con la toga.*

secoli rispetto alle prime legislazioni in materia ma la motivazione adottata nel 2015 dal Presidente della Corte d'Appello di Torino (il richiamo è casuale perché è una delle ultime in ordine cronologico) non è fondamentalmente diversa da quella che il 6 aprile del 1573 ha portato il Viceré del Regno di Napoli a promulgare la prammatica sopra citata.

In entrambe, infatti, si avverte l'esigenza di ribadire che la toga deve essere indossata per ragioni di decoro, di autorità e di rispetto.

Cambia la terminologia usata, dovuta naturalmente alla diversità dei contesti storici e politici, ma la sostanza è rimasta identica: se nel '500 vi era la necessità di osservare «quello che da antiquo tempo si è osservato E deve osservarsi per autorità, preeminenza, ornamento, E decoro di detti Dottori» nel 2015, come si legge nella predetta nota, «si tratta, come è ovvio, di una questione di decoro e di rispetto [...] La toga è destinata a conferire solennità e dignità alla funzione esercitata da Magistrati, Avvocati e Cancellieri».

In definitiva, la questione, oggi, potrebbe, anche, apparire anacronistica e di poco conto, ma non è così<sup>13</sup>.

La toga, infatti, come abbiamo già visto, non è un semplice abito che si indossa in determinate circostanze ma rappresenta l'idea stessa della giustizia, uguale per tutti e senza alcuna distinzione; rappresenta l'intero diritto; rappresenta secoli e secoli di studi e tradizioni giuridiche; identifica la capacità e l'abilità professionale dell'avvocato a gestire tutte le possibili situazioni processuali che si possono verificare.

Noi avvocati, quindi, non dobbiamo indossare la toga soltanto perché lo avvertiamo come un obbligo imposto da una norma, ma dobbiamo indossarla, soprattutto, perché è fonte di onore e di privilegio in quanto, parafrasando le parole dell'Avvocato Remo Danovi, nella nota a commento del Tribunale Supremo di Spagna, «la toga è un simbolo che richiama alla difesa e alla giustizia, e quindi ai valori comuni di civiltà e libertà: logico che questo simbolo venga difeso dagli avvocati per affermare i valori e i ricordi del tempo, che non debbono andare perduti»<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Ad ulteriore conferma del fatto che, nel corso del tempo, l'uso della toga nel mondo forense ha sempre suscitato interesse ed attenzione è interessante, ed anche divertente, leggere una nota dell'Avv. Leone Ventrella del 1955, apparsa su *Giustizia Penale*, il quale, dopo aver descritto le pessime abitudini invalse in molti tribunali, da parte di avvocati e giudici, sull'uso della toga, conclude dicendo che «nel XVI secolo le truppe che conquistarono le colonie erano ricoperte di armature ed andavano in zone tropicali: nel XX secolo si possono ben portare toga e cravatta senza tema di morire». Si v. L. VENTRELLA, *La toga*, in *Giustizia Penale*, I/1955, p. 151.

<sup>14</sup> R. DANОВИ, *La toga e l'avvocato (tra ordinamento giudiziario e diritto forense)*, nota alla sentenza del Tribunale Supremo di Spagna del 20 gennaio 1992, in *Foro Italiano*, IV/1992, p. 448.

## La difesa del “colpevole”

Ettore Randazzo

---

Colpevole tra virgolette, ch  nessuno pu  ritenerlo tale legalmente e logicamente prima di una sentenza definitiva emessa in un giusto processo. E invece continuiamo a considerare autore del reato persino la persona sottoposta ad indagine. Dipende dal fatto che la gran parte della gente non   mai stata imputata, n  mai lo sar . E chi – per sua fortuna (ch  non basta avere la coscienza pulita) – non ha vissuto questo tipo di esperienza ben difficilmente si pone dalla parte dell’imputato: quando gli capita di fare qualche riflessione “salottiera”, avventurandosi a tentoni – magari stimolato da una notizia di cronaca particolarmente intrigante – in una breve incursione nel mondo del sistema giudiziario, si lascia prendere per mano dai giornalisti nostrani, di solito approssimativi, se non stoltamente critici proprio della funzione difensiva. Di conseguenza, chi ha la fortuna di non essersi imbattuto nel sistema giudiziario si esibisce stoltamente in invettive integraliste nei confronti dell’avvocatura, condite accuratamente da adulazioni dedicate alla magistratura specie inquirente, alla quale attribuisce persino il potere di regalarci una palingenesi sociale, una virtuosa purificazione.

Automaticamente, il nostro esemplare e fortunato cittadino si preoccupa di quel che il processo pu  dare alla sua meritata tranquillit  civica; e si aspetta, da bravo contribuente che assolve agli obblighi fiscali, una tutela dell’ordine pubblico, e dunque la punizione, dura, tempestiva ed efficace, dei “delinquenti”. Che vorrebbero beneficiare delle prerogative difensive per sgusciare via, sottraendosi alla meritata e sacrosanta condanna.

Chi ostacola quella trafila indispensabile che dovrebbe garantire il regolare funzionamento del sistema, chi rallenta il corso del processo, difendendo i criminali per ottenerne l’impunit , o almeno per allontanare e comunque limitarne la condanna, costituisce un serio pericolo per la societ . La figura dell’avvocato, almeno nell’immaginazione di chi non abbia mai avuto a che fare con questo inquietante professionista, risponde pienamente alla detta preoccupazione, assai diffusa persino per merito di certi operatori della giustizia, seppure affidata a presunzioni superficiali e a balordi pregiudizi.

Un’opinione grave quanto allarmante.

L’avvocatura, di solito, la respinge indignata. Tuttavia, ci sono avvocati che – con le loro ambizioni sgangherate e con la loro arrogante disinvoltura – non fanno altro che rafforzare le posizioni ora ricordate. Non credo che possano serenamente liquidarsi le critiche, sostenendo che si tratti di una sparuta minoranza, ossia semplicemente di una patologia presente in ogni mestiere. Il fenomeno va, invece, tenuto seriamente in conto.

Ebbene, se si vogliono valutare appieno la funzione dell'avvocato e il senso stesso del *giudizio* offerto dal sistema, bisogna – per quel modestissimo arco temporale dedicato alla lettura di queste riflessioni – sforzarsi di sentirsi imputati, e magari innocenti. Anche se, con quest'ultima precisazione, non ci sarebbe una sostanziale differenza di trattamento: nel processo, invero, la presunzione di non colpevolezza non dovrebbe consentire diversità alcuna; mentre al di fuori del processo l'imputato è un presunto colpevole per tutti. Tanto più colpevole, quanto più sia grave, o peggio eclatante, il crimine a lui addebitato.

Rendendomi conto della difficoltà di calarsi nella sofferente turbolenza dello stato d'animo dell'imputato, solo apparentemente alleviato – e anzi spesso comprensibilmente aggravato – dall'innocenza, suggerisco alternativamente di rievocare la sensazione (di rabbia, di impotenza, di mortificazione, di risentimento) che ci assale tutte le volte in cui siamo ingiustamente accusati, o anche solamente sospettati (da un collega, da un familiare, da un avversario) di qualcosa di infamante o anche soltanto di sgradevole, comunque di ingiusto. Si pensi a una nostra assenza dal lavoro per una malattia a cui i colleghi non credano, bollandoci già – in base a una pura congettura – da assenteisti.

Sarebbe utile a tutti farsi un'idea più completa o almeno cogliere le ragioni dell'avvocato e il suo tormentato rapporto con il processo. E quindi con gli utenti, con i colleghi e con i magistrati; non ultima, con la verità. Anzi, gli addetti ai lavori che abbiano mantenuto una vivace e vitale attenzione per il mondo esterno (e che certo, per farsi un'opinione sulla funzione difensiva, non attendono il punto di vista altrui) sono attratti esclusivamente da quest'ultimo profilo: il rapporto con la verità è un punto nodale per gli avvocati. Che, insieme ai magistrati, sono i principali interessati a dibattere questo tema, in realtà di grande rilievo per tutti. E forse si è appena iniziato a farlo con franchezza.

La verità è una meta ideale e irraggiungibile, come la perfezione, come la normalità. Anche per questo essa gode, come un feticcio, di un carisma primitivo e insuperabile. Ché istintivamente, quasi atavicamente ma non meno fermamente, riteniamo deviante e capziosa ogni argomentazione volta a privilegiare altri obiettivi. Ciò vale (soprattutto) in ambito giudiziario, laddove nel sentire comune la verità è legata alla giustizia da una sorta di gemellaggio, decisamente eterozigote.

Ne discendono inevitabilmente, da un canto, l'ammirazione per quanti siano votati alla tutela della collettività e alla ricerca della verità, ossia per le forze di polizia e per i magistrati; dall'altro, il disprezzo, o almeno la diffidenza, nei confronti degli avvocati, esercito equivoco e destabilizzante di soggetti disposti a tutto pur di ricavarci il loro tornaconto. Con buona pace dell'ordine pubblico, del corretto funzionamento dello stato di diritto, della lotta alla criminalità e in fondo della giustizia. Secondo i più, gli avvocati sono spregiudicati arruffoni, intrufolati di riffa o di raffa in tutti i centri di potere, e comunque – servili od arroganti – sempre inaffidabili, ma sventuratamente insostituibili nel sistema giudiziario. Un'attività odiosa insomma, come quella dei beccamorti (i magistrati, in questa

ardita metafora, sarebbero forse i sacerdoti celebranti le funzioni funebri). E tuttavia il loro intervento è necessario: sono loro il veicolo tradizionale del diritto di difesa, una puttanata retorica e una iattura perenne, un intralcio spropositato alla giustizia imposto persino dall'ipocrisia endemica nelle convenzioni internazionali. Un malanno consapevole dunque, e apparentemente inevitabile.

Prescindendo però dalle deformazioni della funzione difensiva dovute ad ignoranza od overdose di autostima, oltre che dalle devianze di ogni tipo e provenienza, è innegabilmente incombente il problema della "postura" che deve assumere l'avvocato nei confronti del dovere di verità. Al quale – a certe condizioni – è certamente tenuto. Si tratta di delinearne le caratteristiche, di individuarne i contenuti, accantonando preconcezioni banali e irragionevoli.

Senza integralismi e, piuttosto, rafforzati da certe indimenticate batoste ricevute sul campo, gli avvocati cercano risposte alle tante domande della loro professione. Cominciando col precisare che la maggior parte delle accuse rivolte a loro sono fondate. Per essere più precisi, fanno parte della patologia, che tuttavia ha assunto dimensioni così impressionanti che la fisiologia rischia di rimanere ritirata in un cantuccio. Alias, non possiamo uscirne invocando la fisiologia, quando essa sia riservata a percentuali insignificanti. Il bubbone c'è, è enorme, difficilmente curabile. Ci vuole molta forza di volontà, non ci si può permettere nessuna tregua.

Quanti mortificano la funzione difensiva, siano essi avvocati o magistrati, devono essere avversati con ogni mezzo, dalla denuncia disciplinare alla protesta sul campo. In quel momento la dignità della toga dipende da quanti la rispettano, sarebbero loro a perderla.

I principi qui esposti, seppure scritti da un penalista, sono validi per l'avvocato in genere, anche civilista o amministrativista. L'art. 50 del nuovo Codice Deontologico Forense, peraltro, nel vietare giustamente l'introduzione nel processo di atti di cui il difensore conosca la falsità, non a caso si rivolge all'avvocato in genere, non solo al penalista. I principi deontologici vengono scovati ed estratti dalla concreta attività del difensore, quindi discussi, confezionati e varati; sì da poter essere restituiti all'avvocatura, della quale sono divenuti poderosi guardiani. Nella speranza, un po' velleitaria, di sciogliere definitivamente dilemmi che affliggono sin dai banchi di scuola gli innamorati della difesa, ci si propone insomma di render conto – anche agli scettici e ai detrattori – delle ragioni normative e deontologiche che esigono *un difensore autentico prima di un giudice indipendente, non meno che un processo equilibrato prima di una sentenza giusta, ma al fine di ottenerla.*

Non è la sede per citare le regole principali del vigente codice deontologico forense, entrato in vigore il 16 dicembre 2014. Ci si può limitare a richiamarne una, perché è quella che disciplina quel tormentone inesauribile del rapporto dell'avvocato con la verità.

Come può difendersi un colpevole (o meglio e più in generale, un assistito che dichiaratamente o comunque pacificamente, perché colto in flagrante,

abbia torto)? Per verificare se si tratti di un problema falso, o per lo meno mal posto, potremmo consultare le regole. Sia quelle deontologiche (dal dovere di difesa al dovere di verità), approvate dal Consiglio Nazionale Forense al termine di una elaborazione estesa a tutti gli iscritti, sia quelle processuali. Utilizzando sempre la logica e le pulsioni culturali (prima tra tutte l'esigenza di una difesa effettiva). Il tutto insieme alla più autentica e raffinata legalità, canovaccio principale e indefettibile di ogni avvocato che intenda svolgere con dignità la sua funzione.

Non sarà inutile fare un cenno alla disciplina della difesa d'ufficio, limitata-mente alla riflessione sull'esclusione di qualsiasi facoltà dell'avvocato incaricato dall'autorità giudiziaria di rifiutare l'incarico, a meno che non possa obiettare – e svelare – concrete ragioni di incompatibilità o di conflitto di interesse. Per dimostrare che nemmeno il legislatore, nell'esigere la prestazione professionale dal difensore d'ufficio, consente una (eventuale e grottesca) distinzione tra colpevole e innocente, categorie concettualmente illusorie, prima ancora che errate, almeno fino alla sentenza definitiva.

La nostra civiltà non può permettere che si applichi una pena, senza che si sia celebrato un processo giusto. Lo stesso vale per la sentenza in una controversia civile o amministrativa, anch'essa di condanna di una parte a favore di un'altra. D'altronde, di *giusto processo*, indipendentemente dall'inserimento nella carta costituzionale (art. 111), può parlarsi solo se il diritto di difendersi abbia avuto effettiva esplicazione. Ora, è mai possibile ipotizzare che in certi casi non sia necessario il giudizio, in quanto il colpevole è stato individuato? E chi dovrebbe essere il responsabile di una simile scoperta, se non un giudice all'esito di un processo? Sicuramente non un pubblico ministero né tanto meno un poliziotto.

Nella malevola e superficiale presunzione che colloca l'avvocatura, e non la patologia del singolo avvocato, nell'ambito della connivenza, si vorrebbe che fosse il professionista a doversi deformare spaventosamente fino a giudicare – e “condannare” – il suo assistito. Una mostruosa stortura, un'abnormità evidente. Ma, intanto, quale sarebbe la linea di demarcazione della colpevolezza? Non può immaginarsi chi dovrebbe sancirla. L'esperienza dell'avvocato, e dunque paradossalmente il suo fiuto, non possono sostituirsi affatto ai criteri legali di valutazione della prova.

Un minimale buon senso induce a escludere subito che un organo diverso da quello giudiziale possa arrogarsi il grave e angoscioso “privilegio” di giudicare. Ma ciò non basta: occorre che il giudizio sia espresso al termine di un procedimento rispettoso dei diritti difensivi. Nell'interesse dell'imputato, che deve poter esporre le sue ragioni; ma anche della collettività, che ha bisogno di punire i colpevoli e non certo gli innocenti, e comunque di farlo all'esito di un giudizio equo, celebrato nel rispetto delle regole, e non di giustiziarli a furor di popolo. Il prezioso distillato di millenni di infamie lo esige. Non si tornerà indietro, nessuno può dubitarne.

Tuttavia, si obietta: *se pure da ciò derivasse il diritto del colpevole di essere difeso, e del brigante di esser assistito, come si spiegherebbe la loro pretesa di essere aiutati a far valere ragioni inesistenti, manipolate a volte, e quindi ad ostacolare la giustizia sostenendo la loro innocenza?*

Qui bisogna intendersi. Non è seriamente sostenibile che nonostante non possa farsi a meno di processare chiunque, anche chi sia colto in flagranza, nonostante il corrispondente diritto di difendersi debba essere pieno e libero, debba teorizzarsi il divieto di mentire a propria discolpa. Sarebbe un limite gesuita e contraddittorio, tale da annullare i canoni della nostra civiltà giuridica. Non possiamo addirittura sancire l'obbligo del colpevole di dire la verità, di ammettere la sua colpa, magari con il conseguente potere dello Stato di sanzionarlo ulteriormente se non lo facesse. Vorremmo "democraticamente" persino negargli il diritto di beneficiare dell'assistenza di un avvocato libero di difenderlo a tutto campo? Oppure dovrebbe condizionarsi questo diritto all'obbligo di confessare le sue scelleratezze? Qualora la società si macchiasse (in un regime decisamente autoritario) di una così vistosa ingiustizia, non possono, proprio coloro che hanno il compito di difenderlo, condizionare il suo diritto di difesa al loro *nulla-osta*, da rilasciare all'esito di un loro singolare *pre-giudizio*.

Piuttosto, dobbiamo chiederci perché mai continuiamo a chiamare "colpevole" colui che è soltanto, per diritto costituzionalmente sancito nel nostro come in ogni altro paese democratico, un imputato beneficiario della presunzione di non colpevolezza. La quale deriva dalla lucida esigenza di attendere, prima di maturare una convinzione (in sede giudiziaria, una decisione), che chi affermi l'altrui colpevolezza sia onerato dalla relativa dimostrazione. L'alternativa a questa condotta, logicamente e giuridicamente ineccepibile prima che deontologica, è il trionfo del pettegolezzo e della prepotenza autoritaria. Entrambi ben attrezzati dalle nostre parti, persino nelle aule giudiziarie.

Sarebbe relativamente facile elencare e commentare i limiti, normativi, giurisprudenziali, sociali, di categoria, della funzione difensiva. Queste considerazioni, però, se fossero compilate ordinatamente e approfonditamente, quindi comprendendo quei limiti, diventerebbero pesanti e illeggibili. Oltre che una lamentosa esposizione di decisioni per lo più (ma non interamente) ingiuste. Si è preferito farne solo qualche cenno, con la certezza peraltro di non rivelare nulla agli addetti ai lavori. Mi interessa di più segnalare le ragioni per cui, per un verso, la funzione della Difesa rimane il perno insostituibile del sistema, di qualunque sistema giudiziario; per altro verso, la fermezza e l'autorevolezza della Difesa dipendono quasi esclusivamente da chi indossa la toga, dalla sua determinazione, dalla sua tempra, dal suo stile. In fondo per motivazioni analoghe si dice correttamente che la giustizia è il giudice.

Non importa se attorno a noi il processo si sgretola, si allontana dalla Costituzione. Anzi, proprio quando la Costituzione vale di meno, la Difesa vale di più. Perché è l'ultima spiaggia. Le difficoltà devono esaltare i difensori, non deprimerli. E non ci sono alibi che tengano. Le cattive norme o le loro cattive

ve interpretazioni rendono sì più difficile la posizione dell'imputato, ma non possono intimorire l'avvocato senza aggettivi, come forse un giorno benedetto saranno tutti i difensori. I quali, se del caso, si opporranno, impugneranno, denunceranno. Eccepiranno, solleveranno questioni di legittimità costituzionale, si rivolgeranno alla Corte Europea. Saranno insomma la speranza terminale di ripristinare la legalità. Insieme al giudice ovviamente, che ha la parola definitiva. Qui però si sta ipotizzando qualcosa di inverosimile, peggio di spaventoso: che i vari giudici, ordinari e di ogni grado del giudizio, costituzionali ed "europei", calpestino i capisaldi della nostra civiltà. In questa ipotesi, quasi soltanto astratta, solo un avvocato può ergersi a reclamare le garanzie fondamentali.

Ci imbattiamo non proprio raramente con i soprusi di certi magistrati – come, per noi ancora più dolorosi, con i soprusi di certi avvocati – e gli imputati ne subiscono le conseguenze. Al proposito non sempre l'avvocato si sente la coscienza a posto. Spesso non è soddisfatto delle sue reazioni. L'alibi della sua "prudenza" è la preoccupazione di provocare ripicche anche gravi ai danni dei suoi assistiti. Ciò purtroppo è verosimile quando ci si trovi dinanzi ai mediocri, ma non convince. È vero fino a un certo punto. La verità è che, nonostante l'esperienza, non ci si aspetta una canagliata da un magistrato o da un avvocato, e quando si subisce non si è preparati a neutralizzarla o almeno formalizzare a tutti i livelli la protesta più opportuna. Della quale, comunque, si deve informare preventivamente l'assistito, che potrebbe subire appunto le rappresaglie.

Questo – senza nascondere le pecche – vorrebbe essere un inno all'Avvocatura e alla Giustizia. Anche se si soffrono e si soffriranno sempre, nemmeno le canagliate scoraggeranno il difensore. Sono esternazioni da abusivi, non abitano qui.

Ormai è principalmente un'arma difensiva. Di cui abbiamo tutti bisogno. E ne avremo bisogno almeno fino a quando coloro che ne hanno il potere non potranno adeguati argini alla rovinosa inondazione stagionale dei giovani che a migliaia ingrossano a dismisura gli albi illudendosi di aver risolto la loro disoccupazione. Quanto più severe saranno le regole deontologiche, tanto più consistente sarà la resistenza all'annientamento dell'avvocatura mascherato da moderna liberalità. Anche perché inevitabilmente la qualità è inversamente proporzionale alla quantità. Ma evidentemente la libertà e l'autorevolezza dell'avvocatura non piacciono a certi parolai.

Ben vengano i codici deontologici, che specificando divieti e sanzioni rigorosamente esigono ma anche orgogliosamente celebrano la dignità della funzione difensiva, rafforzando l'opposizione dell'avvocato alle aggressioni interne ed esterne che lo insidiano ormai da troppo tempo. Le regole deontologiche scritte, del resto, sono un monito anche drastico, in vista di interventi disciplinari meno dipendenti dalla discrezionalità dell'interprete e ora analiticamente previsti per ogni violazione. L'effetto deterrente sarà certamente utile, una diga di contenimento verso l'inondazione scriteriata di iscritti che invadono le aule, già di per sé agonizzanti per le carenze di organico e di locali, col piglio di chi è disposto a tutto pur di lavorare. Comprensibilmente, si tratta di esigenze primarie.

Ma la codificazione è anche una protezione autentica e concreta, una rassicurante trincea in difesa del difensore, nella quale abbiamo il dovere di credere. Quando l'educazione civica non nasce spontanea, ovvero esclusivamente grazie all'esempio, i controlli e le sanzioni diventano indispensabili.

Negare il cancro che affligge l'avvocatura minando la salute della sua funzione è comprensibile perché istintivo. Ma nocivo: non può curarsi quel che non si vuol nemmeno vedere. Quella demenziale quantità di avvocati ha devastato l'avvocatura moltiplicandone i fenomeni patologici, come era prevedibile anche per il legislatore e per la sua pretestuosa e stolta liberalizzazione, in realtà nemica della stessa sopravvivenza della difesa.

Quel che danneggia sia l'avvocatura che gli avvocati indecisi è la disoccupazione intellettuale, malamente mascherata dall'appartenenza all'albo di questo libero professionista antico e un tempo rispettato. L'abilitazione è solo una condizione necessaria quanto sicuramente insufficiente, un punto di partenza non certo di arrivo.

In aiuto alla funzione e alla professione legale ben vengano gli approfondimenti deontologici, dunque.

Siamo tutti consapevoli come (e quanto) la Difesa nel processo penale sia il vessillo, il parametro, l'emblema più eloquente della libertà di un popolo. Saremo cittadini di un paese libero solo se gli avvocati saranno liberi, la giustizia autentica, il processo giusto. Perché nessuno, nemmeno il peggiore dei delinquenti conclamati e abituali, va giustiziato anziché giudicato democraticamente. Ciò avveniva nel Far West, magari mediante impiccagione ad un albero, pochi minuti dopo un "processo" sommario e dominato dalla folla in tumulto. I diritti dell'uomo sono garanzia per tutti noi, non solo per gli imputati. Che sono presunti innocenti, secondo l'art. 27 della Costituzione e le stesse convenzioni internazionali. Può sembrare superfluo ricordarlo, ma purtroppo l'esperienza nelle aule di giustizia lo rende tristemente necessario, seppure spesso inutile.

In concreto, chi tutela e reclama comunque i diritti degli imputati? Non il giudice, né il pubblico ministero. Pur non sottovalutando affatto il rilievo civile e le innegabili difficoltà dell'accusa e del giudizio, noi (e pochi altri) sappiamo che li garantisce l'avvocato, tutore concreto e incondizionato delle libertà costituzionali secondo cui è consentito a chiunque di dire la sua, nonché di essere difeso e giudicato in un processo giusto. Il difensore esige i diritti e ne protesta la violazione con tutti i mezzi consentiti dal sistema. Così si afferma la sacralità del rito che fa del nostro uno stato di diritto.

A dirla tutta su questa professione, gli avvocati svolgono una funzione che ha effetti monopolistici nel loro io. Alias, non riescono ad occuparsi di altro e spesso non ci sono domeniche né feste comandate. Anzi sono quelli i giorni in cui si lavora meglio perché non hanno attorno la segretaria, il collega di studio, il cliente. Hanno il computer, il telefonino con il collegamento con la posta elettronica, e facebook e whatsapp... E chissà quante altre preziose trappole

avranno nel prossimo futuro. Ma nessuno li obbliga ad utilizzarle (o a lasciarsi utilizzare), se non il loro stesso autolesionismo.

Un grande avvocato aveva l'abitudine di salutare le nuove leve con espressioni del tipo: *Vuoi davvero diventare avvocato? E allora ti auguro di vivere male! Se vivrai male sarai un avvocato autentico.*

Non possiamo esser d'accordo. In ogni epoca l'avvocatura ha dovuto fare i conti con difficoltà anche più serie delle attuali: si pensi ai regimi dittatoriali o a quelli in cui la difesa veniva (e ancora viene) gestita dallo Stato. Si pensi alle rivolte degli avvocati in difesa dei diritti umani, da ultimo in Turchia. Nonostante le amarezze di vario genere che inevitabilmente subiscono, i difensori devono vivere molto positivamente la loro professione, quasi totalitaria nella loro vita. Dedicano alla cultura della difesa una parte rilevante di quel che possono e sanno fare. E sono fieri di essere avvocati. Anche quando difendono quello che a volte, specie mediaticamente, diventa – ribaltando ogni principio, anche logico – un presunto colpevole. Anche se fosse davvero colpevole (e – fatto rarissimo – il suo difensore ne avesse la certezza oltre ogni ragionevole dubbio) si dovrebbe difendere da innocente se gli atti processuali lo consentissero. Valorizzando correttamente, nel rispetto e quindi nei limiti della legge e delle regole deontologiche, quello che le assunzioni probatorie contengano di favorevole all'imputato. Purché non si tratti di prove false introdotte da un difensore consapevole della falsità.

In ogni tempo, in ogni luogo in cui sia prevalso un senso autentico di giustizia, la Difesa è stata piena. Il professionista legale ha sempre sostenuto gli argomenti volti ad ottenere il miglior risultato giudiziario per il suo assistito. Persino in regimi illiberali, nei processi non rilevanti politicamente, l'avvocato mira liberamente (se del caso, coraggiosamente) all'assoluzione dell'imputato, in base a quel che il caso giudiziario legittimamente consente, non certo in base all'effettiva innocenza del suo assistito. Ciò non va inteso affatto come una sorta di solidarietà con gli eventuali delitti commessi e comunque con quelli ascritti all'imputato. Non si difendono le azioni in ipotesi illecite dell'assistito ma “soltanto” il suo diritto al giusto processo.

La funzione difensiva non è mutata. Dall'entrata in vigore dell'attuale codice di procedura penale, ispirato anche ai principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e integrato dai successivi interventi costituzionali, essa beneficia (in parte, solo nominalmente) di un Giusto Processo; quindi, di opzioni processuali che consentono all'avvocato di svolgere indagini difensive, di partecipare all'assunzione probatoria nel contraddittorio, avvalendosi dei diritti e delle garanzie difensive correlati.

Sappiamo bene che non tutti i principi costituzionali sono stati attuati dal legislatore e dalla lettura giurisprudenziale. E che, al contrario, vi sono violazioni clamorose delle nostre leggi primarie: dal doppio binario (sconfortante differenza in danno degli imputati di un certo tipo persino nell'assunzione probatoria, come in uno Stato autoritario) all'effettività di una difesa per tutti, dal

famigerato e disumano 41-bis al sistema carcerario in generale, che mortifica la dignità e la decenza, anche dell'indagato e dell'imputato, in troppi momenti processuali trattati da presunti colpevoli.

Con le riserve ora accennate, non c'è dubbio che il difensore fruisca di un ruolo dinamico, attivo e determinante in un processo che, a differenza di quello inquisitorio, dove si faceva capolino all'ultimo minuto davanti ad un giudice che ordinariamente aveva già maturato il suo convincimento, l'avvocato oggi partecipa attivamente all'assunzione della prova.

Difensori eravamo ieri, difensori siamo oggi. I canoni fondamentali, i cardini della funzione difensiva non sono cambiati... Oggi, svolgendo le indagini difensive, l'avvocato apprende dalla persona che interroga, in grado di riferire circostanze utili alle indagini, quello che ieri più precariamente apprendeva esclusivamente dall'assistito, dalla documentazione da lui fornita e dallo studio degli atti.

Che cosa è cambiato nel modo di confrontarsi con la cosiddetta verità che emerge dalle indagini, anziché da altro: che differenza c'è? Si sostiene, anche con – formale – autorevolezza (il riferimento è a una sentenza della Corte di legittimità isolata, ma sorprendentemente a Sezioni Unite, del 27 giugno/28 settembre 2006, n. 32009): il difensore che verbalizza l'interrogatorio da lui svolto in indagini difensive è pubblico ufficiale. Questa è la tesi stravagante di quanti, credo inconsapevolmente, finirebbero col relegare l'avvocato in un cantuccio, imbrigliato da doveri innaturali e tali da annullarne i diritti.

Guai a pensare che l'avvocato, solamente perché svolga le indagini difensive, senza nessun obbligo al riguardo, nonché senza potere coercitivo nei confronti di chi può essere interrogato, divenga addirittura un pubblico ufficiale, ponendosi conseguentemente in modo improprio nei confronti del suo assistito. Non può certo essere il suo difensore a negare la difesa all'imputato che gli chiede di essere difeso per quello che la legge, gli atti, gli elementi del processo gli consentono. Non può esser lui a giudicarlo, ad obiettarli: *No, un momento, vediamo. Devo prima accertarmi che lei sia davvero innocente!*

Gli avvocati che sono i primi difensori della Costituzione, della presunzione di non colpevolezza, dell'onere probatorio e della certezza oltre ogni ragionevole dubbio, cosa dovrebbero fare? Intraprendere avventurosamente nel loro studio una sottospecie di processo raffazzonato e inquisitorio per stabilire se il tizio è colpevole? E come potrebbero riuscirci? Le stramberie si moltiplicherebbero con risultati grotteschi. Sarebbero loro a diventare giudice, chissà chi farebbe il difensore, chi e come svolgerebbe le indagini preliminari: magari un loro collaboratore farebbe da pubblico ministero...

Ipotizziamo che nel processo per omicidio contro l'assistito la polizia giudiziaria, acquisendo false dichiarazioni, abbia accertato la presenza dell'imputato a Siracusa il giorno in cui è stata uccisa sua moglie a Roma; e che l'avvocato sappia che in realtà la moglie l'ha uccisa proprio il suo assistito, il quale glielo ha lasciato intendere chiaramente. Ebbene, possono gli avvocati difensori non valorizzare questo elemento fondamentale per la difesa?

Non può seriamente dubitarsi che in indagini difensive davanti a un teste evidentemente contrario alla sua tesi l'avvocato possa omettere di documentare il colloquio informativo, di redigere il verbale. Se nel colloquio preliminare con la persona in grado di riferire circostanze utili, svolto proprio per saggiarne l'utilità, si apprendessero circostanze assolutamente dannose all'assistito, si potrebbe interrompere legittimamente il colloquio. Qualora se ne accorgessero durante la verbalizzazione, anche essa si potrebbe interrompere e cestinare.

Se invece la persona interrogata dicesse qualche cosa di intermedio (quasi mai ci si incontra col bianco o col nero, nella vita è il grigio nelle sue varie sfaccettature a farla da padrone), intanto converrebbe verbalizzare tutto. Dopodiché l'avvocato ne conserverà la documentazione fino al momento in cui deciderà se utilizzarla o no. E potrà decidere fino all'ultimo minuto. Grazie alla libertà di difendere, che va custodita e preservata, perché essa è la migliore garanzia di libertà per tutti i cittadini.

Pertanto, come si concilierebbe la tesi avversaria (quella secondo cui il colpevole non potrebbe difendersi da innocente) con la funzione del difensore di ufficio? Il quale non può rifiutare se non in casi di incompatibilità, ad esempio perché assiste chi accusa l'imputato. Questo avvocato, dinanzi a un assistito che gli dichiarasse di essere colpevole, non potrebbe subordinare la disponibilità a difenderlo alla confessione. Né potrebbe rifiutarsi di difenderlo da innocente anche se gli atti processuali lo consentissero. Si imporrebbero in questo caso al diritto di difesa enormi limitazioni che nessuna norma ha mai introdotto in uno Stato di diritto.

Non è necessario qui citare le regole del codice deontologico che sanciscono i nostri obblighi di diligenza, di difesa, di fedele adempimento del mandato. Francamente però un difensore che rifiutasse così clamorosamente una difesa vera al suo assistito meriterebbe le sanzioni più severe.

La giurisprudenza costante attribuisce al Codice Deontologico degli avvocati pieno valore all'interno della categoria. L'inosservanza delle sue regole può comportare le sanzioni disciplinari previste dalla legge professionale. L'esigenza di una codificazione deontologica, finalmente soddisfatta dal C.N.F. il 17 aprile 1997 e ora modificata con una nuova formulazione pubblicata in gazzetta ufficiale il 15 ottobre 2014, deriva direttamente dal bisogno di legalità, a volte insito nell'attività dell'avvocato, il quale dalle norme trae ispirazione e tutela. D'altra parte, «le norme deontologiche forensi costituiscono fonti normative di precetto legislativo» (Sezioni Unite civili, 20-12-2007, n. 26810).

Tra gli altri, non secondari e sempiterni problemi della funzione difensiva, precedentemente alla codificazione del 1997 si sentiva la necessità di un canovaccio professionale ben definito. Fatto sì di precetti, ma in definitiva, e non solo tra le righe, fatto di indicazioni, suggerimenti, istruzioni, avvertimenti, a volte minimali, sempre preziosi: quello che un penalista alle prime armi vorrebbe sapere per evitare di smarrirsi tra i tormenti del neofita; quello che un praticante, che non abbia avuto modo di frequentare adeguatamente le aule penali, ma che voglia sostenere

gli esami di avvocato, dovrebbe acquisire per rispondere alle domande, giustamente pratiche, degli esaminatori; quello che uno studente di procedura penale vorrebbe tanto vedere con maggiore concretezza, a completamento dei suoi studi teorici. Primo tra tutti i problemi, una sensazione assai comune, che si pone diversamente, tra il disagio e l'angoscia, a seconda della sensibilità del singolo: quella di non sapere come ci si regola nei confronti dell'*assistito* (e, quando è persona diversa, del *cliente*, cioè di chi assuma l'onere economico dell'incarico), dell'avvocato (avversario o condifensore), del magistrato, del personale di cancelleria, della stampa; tutti maledettamente sicuri del fatto loro e generalmente poco disponibili a contribuire allo svezamento del difensore in tirocinio. I tempi dell'apprendimento dipendono in massima parte dall'ineccepibile modo di porsi, una sorta di *pass* prezioso che consente l'accesso alle ulteriori fasi ideali della crescita professionale.

Va qui subito chiarito che la responsabilità di una pratica disorganica, quella che si fa quasi sempre, non è in concreto addebitabile a nessuno dei cosiddetti maestri. Per quanto essi vogliano essere disponibili e comprensivi con il praticante, non possono avere il tempo e il modo di informarlo compiutamente e organicamente, come a volte vorrebbero – e in un mondo ideale sempre dovrebbero – fare. Così, il giovane spigliato e disinvolto, estroverso e intraprendente, riesce a rubare il mestiere prima degli altri. Anche lui, però, impiega ben più del necessario.

Si coglie davvero l'essenza di questo lavoro con il passare degli anni, di molti anni. Sarebbe un'ingenuità pensare di aver trovato la formula magica che renda d'un tratto avvocati. Niente può surrogare un'esperienza vera, fatta della paura di sbagliare, del terror panico di non esser adeguati e di danneggiare involontariamente il nostro assistito, specie nei casi umani delicati o particolarmente rilevanti; un'esperienza fatta dell'angoscia di battersi, apparentemente invano, contro (il pericolo di) un torto giudiziario. Tuttavia, è innegabile l'utilità di ogni iniziativa in cui si parli in concreto di deontologia e strategia della difesa. Credo che essa aiuti a indossare la toga senza sentirla estranea, o peggio ingombrante e insignificante. Una toga che col tempo penetrerà nella pelle del difensore, fino a non poterne fare a meno in aula, fino a sentirne il bisogno anche nelle udienze non pubbliche, in cui non è prevista.

Troppo spesso si diventa avvocato senza una vera determinazione; dopo la laurea, in attesa di una sistemazione migliore, si frequenta lo studio del parente, dell'amico, del parente dell'amico o dell'amico del parente. Poi, assai spesso i concorsi vanno male, scemano il tempo e la voglia di prepararsi a sostenerne altri, perché le esigenze di vita bussano alla porta imperiosamente. Così – in mancanza di qualcosa di meglio, comunque di più adatto – si finisce col "fare" l'avvocato senza "esserlo" nell'anima. Magari perché si crede che bastino un minimo di spigliatezza e una buona parlantina.

In realtà, il difensore deve saper comunicare, esprimere al meglio i suoi argomenti senza perciò riesumare un'eloquenza in senso classico, molto difficile e ormai fuori moda. Del resto ha ragione Pascal nel sostenere che *la*

*vera eloquenza se ne infischia dell'eloquenza.* Ché poi basterebbe evitare quel linguaggio spesso astruso e gergale, comune alle tre funzioni professionali del processo. Un linguaggio non fluido, né limpido. E riproporsi di convincere della validità della nostra tesi l'interlocutore, nel nostro caso principalmente il giudice, ma – specie nella fase delle indagini – anche il pm. Oggi, pragmaticamente e in limiti temporali sempre più stringenti, direi che l'eloquenza è “soltanto” la capacità di esporre efficacemente e sinteticamente le proprie ragioni, tanto da persuadere il destinatario. Non è affatto necessaria dunque una particolare arte oratoria, anche se la piacevolezza e l'eleganza del dire rende più facile l'attenzione. Credo che sia stato Sant'Agostino a insegnarci che *non bisogna piacere agli orecchi, bisogna dir cose*. Reclamando il rispetto delle regole, primi noi ad ossequiarle.

In difesa di chiunque. È un nostro privilegio.

## Essere avvocato oggi: una testimonianza

Carla Guidi

---

*Essere avvocato oggi, mi affascina, mi coinvolge, mi condiziona, mi realizza, mi fa sentire utile, vicino alla gente, e mi fa sentire a disagio, mi spaventa, mi disorienta.*

Faccio l'avvocato da tutta la vita, da piccola sognavo di farlo accanto a mio padre, da studente mi sono ispirata al suo modello, che fatalmente ho poi dovuto attuare da sola.

Veramente da sola, perché negli anni '60/70 le avvocate, anzi i procuratori legali (delle questioni lessicali della Crusca ancora non si parlava) erano davvero poche se non addirittura eccezioni, soprattutto in città di provincia, quale Lucca dove da sempre vivo e lavoro.

Con l'entusiasmo che ancora sento nello svolgimento della professione, vivo la trasformazione della società, delle regole di vita, della stessa attività professionale in una dimensione che non è di supina accettazione ma che mi porta a guardare avanti senza rassegnarmi al "pessimismo" ed al "ripiegamento".

Sì, non mi rassegnò al c.d. "ripiegamento" definito anni addietro da De Rita in una visione della società, ed in essa dell'avvocatura, ripiegata su sé stessa.

Già, quindi, nei primi decenni di questo XX secolo, in una serie di convegni sul ruolo dell'avvocatura, si rilevava come questa si sia trasformata attraverso un fenomeno di "femminilizzazione" e "giovanilizzazione" (dato dall'accesso fuori controllo) che caratterizza solo la nostra professione. Prendendo come base il Rapporto Censis, commissionato dal CNF e dalla Commissione P.O. del CNF, già allora si evidenziava la trasformazione della nostra professione, non più scelta dai giovani per passione e per valori ed ideali, ma come lavoro.

I giovani (meno le donne, come confermato dal Rapporto Censis 2010) scelgono, in maggioranza, la professione di avvocato non per passione ma quale unico sbocco lavorativo. Lo studente italiano si laurea in ritardo rispetto alla media europea così come in ritardo si immette nel mondo del lavoro. Tale identità giovanile, ed in parte femminile, all'interno dell'Avvocatura, rispecchia quella dei giovani nella società e nel mondo del lavoro di oggi. L'analisi dell'ultimo rapporto sociale del Censis descrive, infatti, la società italiana come una società "replicante", "ripiegata su sé stessa": modello in cui si riflette il ripiegamento in ruoli, di fatto, impiegatizi/subordinati ed il conseguente depotenziamento di un necessario spirito imprenditoriale al fine della ricerca di un proprio autonomo ruolo.

In particolare, nelle donne e nei giovani avvocati si rileva un livello di soddisfazione mediamente scarso relativamente al risultato economico della pro-

pria attività professionale, rapportato anche all'impegno di lavoro ed al tempo dedicato alla professione e conseguentemente sottratto alla vita privata: ciò ha determinato l'accettazione, da parte degli stessi, di una situazione che li vede all'interno degli studi legali senza una clientela propria, di fatto, in ruoli subordinati: tale situazione di grave disagio ed insicurezza necessita di un intervento normativo che accolga la richiesta di una maggiore, necessaria, chiarezza e trasparenza in ordine ai rapporti di lavoro di fatto esistenti negli Studi legali. Intervento richiesto con forza dall'Avvocatura riunita a Genova con l'approvazione della mozione elaborata dal gruppo P.O. - Giovani.

Tale trasformazione del modello tradizionale è ormai evidente: significativo di una mancanza di fiducia nella professione nonché di un degrado dell'Avvocatura nella credibilità sociale è anche il fatto che vi siano sempre meno figli di avvocati che decidono di proseguire l'attività dei padri<sup>1</sup>.

Per capire dove deve collocarsi oggi la giovane avvocatura occorre un impegno comune capace di raccogliere la trasformazione dell'Avvocatura tutta nel suo processo di femminilizzazione e "ringiovanimento". Occorre proseguire nel percorso di conoscenza e di analisi scientifica dell'Avvocatura con l'istituzione di un osservatorio stabile che individui le esigenze di mercato in relazione alla professione forense. La mutevolezza dell'attuale assetto socio-economico richiede alla categoria forense un continuo adeguamento a questo divenire per l'affermazione dell'indispensabile ruolo dei giovani e delle donne in una Avvocatura che sia effettivamente attenta al presente e rivolta al futuro<sup>2</sup>.

Più volte si è parlato del ruolo politico dell'Avvocatura evidenziando con chiarezza la necessità di una Avvocatura propositiva, dinamica che guarda al futuro senza paura. In ciò il ruolo dell'avvocatura femminile.

Sul punto possiamo ricordare quanto affermato dalla Prof.ssa Mirella Gianini nella relazione "La rappresentanza ed il ruolo politico della professione forense: il punto di vista delle Avvocate: "Gli avvocati possono svolgere un ruolo di agenti paradigmatici dei progetti politici. Questo non perché appartengono ad una categoria che accede o non accede al potere o che partecipa o non partecipa ad una cultura critica ma perché essendo la rappresentanza legale il nocciolo politico della professione, gli avvocati possono costruire progetti politici".

Già da alcuni anni comincia a percepirsi il disallineamento della nostra professione dai bisogni della gente che ci addebita i ritardi e le insufficienze della giustizia, l'onerosità delle prestazioni, l'incapacità a rapportarsi alle nuove tecnologie, a dare risposta ai nuovi bisogni.

Si è passati da un ruolo considerato referenziale nell'assetto sociale ad una vago e serpeggiante discredito della categoria. Ciò malgrado la conquistata

<sup>1</sup> La riflessione è estrapolata dalla relazione C. GUIDI, "Avvocatura come lavoro e non come scelta ideale".

<sup>2</sup> C. GUIDI, "I Giovani nell'Avvocatura", VI Congresso Giuridico Forense per l'aggiornamento professionale.

affermazione del ruolo sociale degli avvocati finalmente sancita nella nuova legge professionale.

Nel momento in cui la legge 247/2012 riconosce tale ruolo, perdiamo contatto con una società trasformata che chiede da noi altro rispetto a quanto eravamo fino ad oggi abituati.

Il disallineamento c'è ed io non mi rassegnò a questo "lutto" che deve, e può, essere superato con l'impegno personale e collettivo di ognuno di noi ed in ogni sede di rappresentanza, politica ed istituzionale.

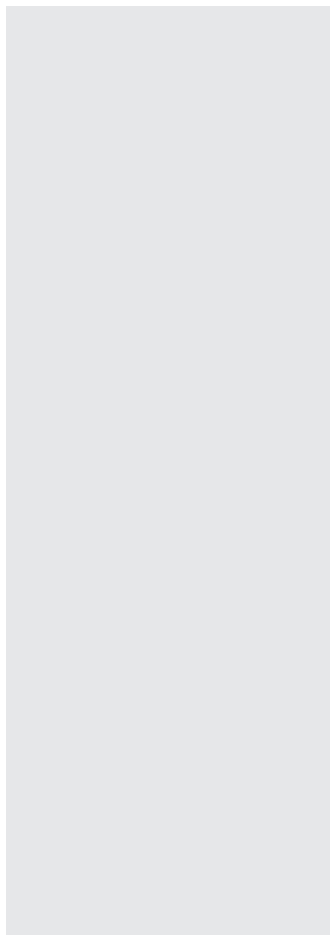
Un richiamo forte, e costante, all'etica, al rispetto delle regole deontologiche, dall'accesso alle specializzazioni, dalla accettazione delle tecnologie alle nuove frontiere dello spazio, non solo giuridico.

Mi piace concludere riportando ancora oggi l'attenzione su quanto emerse a Genova tanti anni orsono e che costituisce l'incipit di una mozione elaborata da un gruppo di avvocate ed avvocati, all'epoca giovani e meno giovani, ma pieni di entusiasmo: «L'Avvocatura italiana, oggi gravemente mortificata da politiche inadeguate alle effettive esigenze della collettività e da una congiuntura economica che colpisce tutte le categorie professionali, ritiene necessario rivendicare l'autorevolezza ed il rango costituzionale che le competono, e a tal fine ritiene indispensabile, per la propria dignità e per il proprio prestigio, approntare soluzioni volte ad eliminare ogni disuguaglianza presente nell'attuale sistema, regolamentando con norme positive e prassi virtuose tali fenomeni che ne ledono il decoro, onde realizzare una vera crescita culturale ed etica dell'Avvocatura tutta».

Mozione ancora valida oggi a distanza di tanti anni e che segna l'impegno di tutti noi per l'Avvocatura.



# BIBLIOTECA





## Una pagina di memoria di Emilio Betti

Natalino Irti

---

*In occasione della ristampa del volumetto autobiografico che Emilio Betti pubblicò nel 1953 – ristampa promossa dall'Istituto Betti (E. Betti, Notazioni autobiografiche, a cura di Eloisa Mura, CEDAM, Padova 2014) – abbiamo chiesto al professor Natalino Irti, che di Betti fu allievo negli anni in cui questi insegnava alla Sapienza di Roma, di offrire ai nostri lettori un Suo personale ricordo del magistero e della personalità dello stesso Betti.*

L'invito della redazione di "Cultura e diritti" spinge la memoria indietro nel tempo, e rischia di conferire a queste paginette il tono, nell'autore assai desueto, dell'intimismo autobiografico. Si dà comunque che, studente a metà degli anni Cinquanta nella Facoltà giuridica "La Sapienza", ho seguito due corsi dettati da Emilio Betti: di diritto romano e di diritto agrario. Il primo, sui problemi di rischio e pericolo nelle obbligazioni; il secondo, sui contratti agrari, ricondotti entro le severe categorie del diritto civile, ed anzi resi semplice capitolo di questa disciplina. Con Betti si discusse la tesi di laurea intorno a un argomento di teoria generale del processo civile (il consenso fu dato, con garbata liberalità, dal titolare della disciplina, Antonio Segni).

Betti era già intorno ai sessantacinque: abito sobrio, e piuttosto incline (al modo di Heidegger) alla ruvidezza contadina di colori e di taglio; tratto cortese, ma come sostenuto da alta dignità ed interiore distanza; senso del dialogo scientifico, sicché lo studente e il giovane giurista si sentivano "presi sul serio", cioè sollevati al terreno stesso del maestro. Le lezioni, mai improvvisate, mai affidate all'estro del tema o all'abilità didattica; sempre preparate con cura, messe per iscritto, o raccogliibili dagli ascoltatori con l'agevolezza d'un testo già composto. Gli esami avevano talvolta un andamento singolare e inatteso, poiché l'erronea risposta richiama Betti a teorie italiane o tedesche, e stimolava dispute con immaginari contraddittori, evocati dall'ignaro e smarrito studente.

Queste sono linee e tratti di memoria, che poco o nulla dicono del fascino svolto sul nostro animo, dell'aura (non saprei usare altra parola) di serietà e rigore morale, respirata nelle ore di lezione e nei conversari di corridoio. Ma il più grande Betti conoscemmo dopo la laurea, nel "circolo ermeneutico" che attorno a lui si strinse, quando erano ormai apparsi i due volumi della *Teoria generale dell'interpretazione*, e costituito l'omonimo istituto.

Nobile e triste storia. Da un lato, Betti assorto nel generoso impeto di educare al dialogo ermeneutico, di espandere ad altre università, italiane e straniere, l'umano messaggio dell'intendere (che è poi un intendersi); e dunque

qualche momento di ingenuità o di candida fiducia, di attese troppo superiori alla “normalità” di speranze e disegni giovanili. Dall’altro lato, la settaria incomprendimento e il livido rifiuto dei colleghi, che esiliarono Betti in una stanzuccia dell’“Istituto di diritto romano”, la cella dove ci raccoglievamo come trepidi novizi di una scuola o piuttosto di una “setta” intellettuale.

Ed ecco scorrere immagini e nomi di quel tempo remoto: Michele Strina, Salvatore Tondo, Giuliano Crifò, Antonio Cervati, Franco Modugno, e poi Antonio Baldassarre, Angelo Ormanni, Federico Spantigati, Sergio Ventura. E ascoltammo, nella liberale apertura del Maestro, la parola di Mortati, Ascarelli, Pagliaro, Paratore, ed altri studiosi eminenti.

Di questa intensità di rapporti, e degli eventi culturali che in qualche modo la collocavano in più largo orizzonte (la traduzione in tedesco della *Teoria generale dell’interpretazione*, l’operosa attenzione delle Università sud-americane), poco o nulla toccava la sensibilità della Facoltà, sicché Betti, in una dolente relazione del 16 gennaio 1961, poteva ben scrivere: «Di tali fatti non hanno avuto il menomo sentore i colleghi della facoltà di giurisprudenza di Roma, allorché nell’adunanza del 7 dicembre u.s. deliberavano di togliere (in linea di diritto) al prof. Betti la direzione dell’Istituto da lui creato, senza neppure darsi pensiero di accogliere una proposta da lui rinnovata da quattro anni a questa parte: di riconoscere, cioè, quale materia facoltativa da inserire nell’ordinamento degli studi di giurisprudenza, un insegnamento di teoria dell’interpretazione: insegnamento, del quale il *Seminario d’Ermeneutica*, tenuto con successo nell’anno testé decorso, ha pienamente dimostrato la legittimità e l’utilità».

C’è il Betti delle opere giuridiche fondamentali, in cui (con qualche discorde venatura) il rigore dogmatico si accompagna a novità di impostazione e apertura di temi: dalle clausole generali all’idea di “cooperazione” nei rapporti obbligatori, dalla teoria del ‘contatto sociale’ alla funzione economica del negozio, e così seguendo. C’è il Betti della teoria generale dell’interpretazione, ormai un testo classico della disciplina, da cui proviene una severa lezione metodologica, avversa all’esistenzialismo della moda gadameriana.

E c’è – vivo nella devota memoria degli allievi – il Betti di quel seminario o circolo ermeneutico, lì nell’esilio decretato dall’astiosa Facoltà, lì dove vecchi maestri dicevano lezioni essenziali e giovani studiosi ascoltavano con stupita avidità: c’è il Betti, che ci accoglieva, insieme con la signora Gemma, nell’ombrosa abitazione di via Orazio 3, e offriva il “buon vino” delle terre di Camoriano, e leggeva e commentava i versi del fratello Ugo.

È il Betti più semplice e schivo, caro al nostro cuore, alto nella timida discrezione, grande in ciò che donava con respiro di pensiero e generosità d’animo.

## Recensione a *Una costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, di Emanuele Rossi\*

Giuseppe Spoto

---

Dispiace non poco che il dibattito sulla riforma costituzionale sia stato ridotto solo al pretesto per esprimere un giudizio politico nei confronti del Governo. Si tratta di un equivoco che improvvidamente gli stessi esponenti dell'Esecutivo hanno contribuito a ingenerare, per cui votare “*sì*” al referendum significherebbe dichiarare la propria intenzione ad approvare l'intero lavoro del Governo, mentre votare “*no*” significherebbe legittimare un capovolgimento della compagine politica attuale.

Nulla di più sbagliato. È invece opportuno separare il giudizio politico relativo all'operato del Governo rispetto ai risultati del referendum costituzionale, in modo da esaminare la proposta di riforma con discernimento e serenità. La questione è stata sicuramente impostata erroneamente da tutte le parti interessate e questo pericoloso modo di procedere è purtroppo diventato prevalente rispetto alle esigenze di un esame schietto e completo delle norme di revisione costituzionale che presentano come ogni altro nuovo testo normativo luci ed ombre non facilmente comprensibili, ma che di certo avrebbe bisogno di una valutazione oggettiva priva di pregiudiziali di carattere politico. In caso contrario, il rischio è di inquinare la valutazione ultima delle proposte, formulando un giudizio affrettato e non di carattere giuridico. È necessario sgombrare il campo da questo pericolo, patrocinando una reale comprensione senza preconcetti, in direzione di un voto referendario consapevole e libero da condizionamenti.

A questa considerazione preliminare deve aggiungersi un altro elemento: salvo gli esperti di diritto costituzionale, chiamati ovviamente *ratione materiae* ad occuparsi di tali temi, la gran parte dei giuristi ha reagito tiepidamente o addirittura è rimasta indifferente al dibattito.

Il libro di Emanuele Rossi nasce per chi intende colmare questa mancanza e recuperare il tempo perso, ma soprattutto nasce per chi vuole formarsi un'autonoma opinione in materia.

Non a caso l'autore sceglie di intitolare il libro ricorrendo ad un interrogativo: “Una costituzione migliore?”. Non si tratta solo di un efficace esercizio narrativo corredato da una certa enfasi, visto che la risposta è nota a chi pone la domanda, ma è prima di ogni altra considerazione, un mezzo per stimolare il lettore a comprendere se le nuove norme porteranno effettivi vantaggi e a cer-

---

\* E. Rossi, *Una costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Pisa University Press, Pisa 2016, 286 pp.

care di conseguenza una risposta. Fin dal titolo, l'autore invita a valutare tutti gli aspetti in gioco (contenuti e limiti della riforma costituzionale), in modo da capire se siano destinati a prevalere i vantaggi o se invece siano più numerosi i fattori negativi connessi all'eventuale approvazione del nuovo testo.

La soluzione non è imposta e il lettore può raccogliere gli elementi descritti nel volume in modo da costruirsi una personale opinione in merito.

Il pregio principale del volume consiste nel fornire tutti gli strumenti per rispondere in modo adeguato. Mi sembra che ciò sia già di per sé un buon motivo (e di certo non è l'unico) per consigliarne la lettura.

Con la riforma, il sistema parlamentare in Italia rimarrebbe bicamerale, ma non si potrebbe più definirlo "paritario" o perfetto, perché diventerebbe un bicameralismo che la dottrina definisce di tipo differenziato (p. 34). Il nuovo Senato sarà (nell'ipotesi in cui la riforma vada definitivamente in porto) composto da novantacinque senatori eletti dalle istituzioni territoriali e da altri cinque senatori nominati dal Presidente della Repubblica. I primi verrebbero eletti dai Consigli regionali e delle Province autonome di Trento e Bolzano, con metodo proporzionale, anche se nessuna Regione potrà avere un numero di senatori inferiore a due, mentre ciascuna delle Province autonome eleggerà due senatori. Potranno essere nominati senatori coloro che ricoprono la carica di consiglieri regionali o sindaci, senza limiti di età, essendo sufficiente il compimento dei diciotto anni di età per essere eletti.

Dalla lettura del testo però si evince che non è stato realizzato l'obiettivo iniziale di costituire una rappresentanza regionale idonea a riflettere la composizione del Consiglio regionale di provenienza, perché ciò potrà in effetti avvenire solo per le Regioni con più di due rappresentanti. Su questo punto in verità vi è spazio per replicare all'obiezione ricordata, visto che potrà essere assicurato un equilibrio tra le forze politiche, anche nelle Regioni più piccole, ripartendo i rappresentanti in modo che uno sia espressione della maggioranza e l'altro dell'opposizione.

Se è possibile replicare su questo specifico aspetto, non è invece facile rispondere ad altre critiche che sono state mosse. Vi sono infatti numerosi altri punti oscuri che secondo l'Autore devono essere chiariti. A titolo esemplificativo possiamo ricordare che qualora in base all'ultimo censimento risulti che una Regione abbia diritto ad aumentare il numero dei senatori rispetto al passato potrebbero insorgere anomalie rispetto al numero totale complessivo (p. 48), a meno di non considerare il numero dei Senatori di nomina presidenziale in qualche modo riducibile.

Una delle novità più importanti della riforma è il doppio incarico degli interessati, chiamati a svolgere il compito di consigliere regionale o sindaco contemporaneamente all'incarico di senatore, con l'inevitabile corollario di un sovraccarico di lavoro. Vi sarà quindi anche il problema di conciliare l'agenda del Senato rispetto alla programmazione dei lavori dei Consigli regionali e locali con il pericolo di una scomoda sovrapposizione.

Ai senatori della nuova compagine non verrà riconosciuta nessuna indennità aggiuntiva rispetto a quella dovuta in dipendenza del mandato di sindaci o di consiglieri regionali, pertanto potranno esserci sensibili differenze tra gli emolumenti degli interessati. Per altro verso, i nuovi senatori avranno le stesse garanzie del Senato attuale, compresa la necessaria autorizzazione per essere sottoposti a misure restrittive della libertà personale o ad intercettazioni e a sequestro di corrispondenza.

La riforma si occupa di questioni fondamentali per lo sviluppo del nostro ordinamento che non riguardano solamente la trasformazione del nostro sistema bicamerale, ma che riguardano anche i rapporti tra Stato e Regioni, con il tentativo di coprire alcune falle rimaste pericolosamente scoperte a seguito della maldestra riforma del titolo V della Costituzione, nonché il tentativo di incentivare maggiormente gli istituti di partecipazione popolare. Tra gli aspetti da segnalare come positivi vanno sicuramente annoverati la soppressione di ogni riferimento alle Province e l'abolizione del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro. Meriterebbe invece un maggior approfondimento il potenziamento dell'iter legislativo per i progetti governativi. Assai delicata è poi la combinazione con le modifiche delle regole elettorali (c.d. "Italicum"). Qui non sembra sufficiente la mera assicurazione che la riforma non diminuirà le garanzie<sup>1</sup> di bilanciamento democratico della compagine parlamentare, solo perché secondo un orientamento favorevole alle iniziative da ultimo sopra ricordate, neanche contando su una maggioranza assolutamente compatta, quest'ultima potrà decidere in modo assoluto in via esclusiva senza confrontarsi con le opposizioni. Al contrario, i punti oscuri e i problemi della riforma potrebbero diventare irreversibili, se amplificati dall'attuazione di una riforma elettorale confusa e inadatta al sistema politico italiano. Pertanto, non si può prescindere da un'analisi complessiva anche dei contenuti della riforma elettorale. Emerge con evidenza che soltanto confrontando questi ulteriori aspetti si potrà dare un giudizio complessivo realmente consapevole.

Tra i punti che suscitano maggiori dubbi vi è poi il problema della durata in carica dei senatori, perché seguendo le modalità di elezione il termine dovrebbe coincidere con il rinnovo delle istituzioni territoriali ed in particolare dei Consigli regionali, con il paradosso di poter di fatto eleggere come senatore un sindaco alla vigilia della sua scadenza, il quale potrebbe in concreto continuare a ricevere l'indennità da parte del Comune per la funzione di senatore, anche dopo essere decaduto dalla carica di primo cittadino, a meno che non si voglia applicare un'altra interpretazione che però non risulta espressamente dal testo normativo.

---

<sup>1</sup> Legge 6 maggio 2015, n. 52. Cfr. C. FUSARO, *Le ragioni del "sì" alla riforma costituzionale*, in *Aggiornamenti sociali*, 2016, p. 457; e G. COSTA, *Democrazia e maggioranza ai tempi dell'Italicum*, in *Aggiornamenti sociali*, 2015, pp. 453-459.

Per quanto riguarda le nuove funzioni, il Senato è destinato ad esercitare un compito di raccordo tra lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica; concorre all'esercizio della funzione legislativa nei casi e secondo le modalità stabilite dalla Costituzione e all'esercizio delle funzioni di raccordo tra lo Stato, gli altri enti costitutivi della Repubblica e l'Unione europea; partecipa alle decisioni dirette alla formazione e all'attuazione degli atti normativi e delle politiche dell'Unione europea; valuta le politiche pubbliche e l'attività delle pubbliche amministrazioni; verifica l'impatto delle politiche dell'Unione europea sui territori; concorre ad esprimere pareri sulle nomine di competenza del Governo nei casi previsti dalla legge e concorre a verificare l'attuazione delle leggi dello Stato. Le modifiche più rilevanti riguardano però (come accennato) il nuovo procedimento legislativo che diventa assai articolato e complesso.

Infatti, il procedimento bicamerale non scompare del tutto, ma viene limitato ad un ristretto elenco di materie che deve essere considerato tassativamente (p. 87). In questo elenco sono ricomprese: le leggi di revisione della costituzione e le altre leggi costituzionali, le leggi di attuazione delle disposizioni costituzionali in materia di minoranze linguistiche, le leggi di attuazione delle disposizioni costituzionali riguardanti i referendum popolari, le leggi che determinano l'ordinamento, la legislazione elettorale, gli organi di governo, le funzioni fondamentali dei Comuni e delle città metropolitane e le disposizioni di principio sulle forme associative dei Comuni, nonché le leggi relative alla partecipazione dell'Italia alle politiche dell'Unione europea.

Ulteriori previsioni di partecipazione bicamerale riguardano le leggi che determinano i casi di ineleggibilità e incompatibilità con l'ufficio di senatore, quelle che disciplinano l'ordinamento di Roma capitale e le particolari condizioni di autonomia delle Regioni, nonché le leggi che definiscono le sostituzioni e l'esclusione dei titolari di organi di governo regionali e locali dall'esercizio delle rispettive funzioni nell'ipotesi di dissesto finanziario.

Certamente, il metodo di lavoro seguito per elaborare il nuovo testo è stato molto distante rispetto a quello seguito in passato dall'Assemblea costituente, ma questa critica non può spingere a sostenere che non esiste nessuna legittimazione politica a proporre delle modifiche della nostra Carta fondamentale, magari soltanto perché a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 è stata dichiarata incostituzionale la legge elettorale con la quale sono stati eletti i componenti dell'attuale Parlamento. A questo rilievo che è stato sollevato da molte parti si deve infatti rispondere constatando che l'eventuale approvazione finale della riforma mediante il referendum sanerebbe tale obiezione. Per questa ragione partecipare al referendum con maggiore consapevolezza da parte di tutti i cittadini in luogo di un disinteressato astensionismo rimane un dovere fondamentale. Tuttavia per votare occorre prima comprendere le novità proposte. Tale compito potrà essere sicuramente favorito dalla lettura del libro in commento ed è quindi necessario ringraziare l'autore per questa opportunità.

## Notizie sugli autori

**Guido Alpa**

Professore ordinario di Diritto civile nell'Università 'La Sapienza'

**Michel Benichou**

Président du Conseil des Barreaux Européens - CCBE

**Giuseppe Colavitti**

Professore associato di Diritto pubblico nell'Università dell'Aquila

**Giulio De Carolis**

Avvocato componente della Giunta dell'Associazione Italiana Giovani Avvocati

**Roberta De Siati**

Avvocato in Bari

**Alberto Frascà**

Avvocato in Torino

**Giacomo Grillo**

Avvocato in Brescia

**Carla Guidi**

Avvocato in Lucca

**Natalino Irti**

Professore emerito nell'Università di Roma 'La Sapienza' e accademico dei Lincei

**Laura Jannotta**

Presidente dell'Unione nazionale delle camere civili

**Beniamino Migliucci**

Presidente dell'Unione delle Camere Penali Italiane

**Bruno Piaci**

Avvocato in Napoli

**Ettore Randazzo**

Avvocato in Siracusa

**Michele Salazar**

Avvocato in Reggio Calabria, componente CNF

**Stefano Savi**

Avvocato in Genova, componente CNF

**Vincenzo Scarano**

Avvocato in Nocera Superiore

**Giuseppe Spoto**

Professore associato di Diritto privato nell'Università "Roma Tre"

## Norme di Autodisciplina del Comitato dei revisori

1. I contributi inviati alla rivista per la pubblicazione sono soggetti necessariamente ad approvazione dei revisori.
2. La revisione è affidata, in conformità alle linee di politica editoriale della Rivista, a due membri del Comitato dei revisori all'interno di liste per area tematica formate in base alle indicazioni di settore.
3. È assicurato l'anonimato dei valutatori.
4. In caso di pareri contrastanti, la Direzione assume la responsabilità della decisione.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, la Direzione promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio, assumendosi la responsabilità della verifica.

### CRITERI REDAZIONALI

Si chiede agli autori di osservare i seguenti criteri redazionali.

I testi devono essere corredati da

- nome e cognome dell'autore
- qualifica (2 righe di presentazione, max 150 caratteri spazi inclusi)
- istituto universitario o ente di appartenenza
- recapiti (indirizzo completo, anche di posta elettronica, e numero di telefono)
- breve abstract in inglese (6/10 righe)

1. Sia il testo sia le note devono essere trasmessi via e-mail in formato Word all'indirizzo: redazione@scuolasuperioreavvocatura.it.
2. Si raccomanda che gli **articoli** siano contenuti in **25.000 battute note comprese**.  
È preferibile che il testo sia suddiviso in parti o paragrafi non numerati  
Per le **recensioni** il testo va contenuto in **7.500 battute note comprese** e, solo in casi eccezionali per l'importanza del libro recensito, in circa 10.000 battute note comprese.
3. Le **note a piè di pagina** devono essere possibilmente contenute in poche righe.

### INDICAZIONI TIPOGRAFICHE

#### FORMATO PAGINA

Si prega di impostare la pagina con i seguenti margini:

- margine inferiore 2,5
- margine superiore 2,5
- margine destro 2,5
- margine sinistro 2,5

I rientri sono da impostare a 1 cm.

#### CARATTERI ED INTERLINEA

Il testo dell'articolo e delle note eventuali va impostato con interlinea 1 e in carattere Garamond sia in tondo che in corsivo.

#### TITOLI

I titoli degli articoli devono essere stampati in carattere Garamond, grandezza 13.

I titoli dei paragrafi, o delle parti del testo, in carattere Garamond, corsivo, grassetto, grandezza 11.

#### PARAGRAFI

Le parti o i paragrafi in cui è suddiviso il testo non vanno numerati.

#### NOTE A PIÈ DI PAGINA

Le note a piè di pagina vanno numerate progressivamente nel testo.

L'interlinea deve avere valore 1 e non devono essere impostati rientri.

## CRITERI REDAZIONALI

I **nomi di enti, istituti, organizzazioni**, e simili, siano essi italiani o stranieri, vanno scritti in tondo senza virgolette e con l'iniziale maiuscola. Esempio: Camera di Commercio, Commissione Tributaria Centrale, Comunità Europea, Corte di Cassazione, Corte Costituzionale, Corte dei Conti, Ministero delle Finanze, Tribunale, Unione Europea, Università di Milano, Associazione Italiana Giovani Avvocati, Scuole forensi, Paesi, Facoltà di giurisprudenza.

Nei **nomi composti** da più parole e la maiuscola va usata di norma solo per la prima parola. Esempio: Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Corte di giustizia dell'U.E., ecc.

Negli acronimi l'uso delle maiuscole determinata dalla normalità della scrittura. Esempio: AIGA, UCPI, CNF, Coa.

Tale criterio vale anche per la punteggiatura. Esempio: CEDU, D.M., C.E.D. Cass.

Le **espressioni in lingua straniera** fatte proprie dall'autore nel contesto del discorso vanno scritte in corsivo: es. *iter, status, tout court, fair play*.

Non vanno scritte in corsivo le parole straniere entrate stabilmente nel lessico italiano (es., standard, leader, computer, common law).

Le parole latine vanno sempre in corsivo, salvo che si tratti di una citazione riportata tra virgolette (in tal caso andrà in tondo tra virgolette).

Per rispettare la **correttezza ortografica** nell'uso di ciascuna lingua, si segnala quanto segue:

- l'uso degli accenti, anche per quanto riguarda l'italiano («perché», non «perchè»; «poiché», non «poichè»; «cioè», non «cioé»; «è», non «é»);
- la è maiuscola non va scritta con apostrofo, ma: È (su Word: Inserisci - Simbolo);
- va rispettato l'uso degli spazi: per esempio, non inserire lo spazio prima dei segni di interpunzione, inserire lo spazio prima della parola che segue i segni. (... Assenza: allora...);
- per lo slash usare solo / e non \;

Si raccomanda infine di uniformare l'uso delle virgolette:

- virgolette basse o caporali («...»): per citazioni di testi e discorsi diretti.
- virgolette alte ("..."): per sottolineare parole alle quali si intende attribuire un particolare significato.

Termini quali avvocatura, consiglio dell'ordine ecc. vanno in minuscolo.

Le date devono essere scritte per esteso (Esempio: 9 febbraio 1995).

**Citazioni:** le citazioni in italiano o in lingua straniera vanno scritte **fra virgolette basse** («...») negli stessi caratteri del testo in cui sono inserite (tondo, se il testo è in tondo, corsivo, se il testo è in corsivo).

I **riferimenti** possono essere fatti fra parentesi nel testo (es., M. FUMAROLI, 2002, p. 402), se vi è bibliografia pubblicata in fondo all'articolo, oppure inserendo le note a piè di pagina.

Quando c'è un'omissione all'interno di una citazione, va segnalata non con i soli puntini, ma con puntini tra parentesi quadra [...]

Si prega di evitare le sottolineature e il neretto.

I **titoli** delle opere letterarie, cinematografiche, teatrali citati nel testo vanno indicati in corsivo (es. *Codice dei Diritti umani e fondamentali, Trattato dell'argomentazione, La lingua, la legge, la professione forense, Il verdetto*).

**Per le citazioni di volumi:** in maiuscoletto la iniziale del nome e, per esteso, il cognome dell'autore, titolo in corsivo, casa editrice, luogo di pubblicazione, anno di pubblicazione, volume o parte, pagina o pagine citate (p. / pp. – non pag. o pagg.): es. R. DANOVI, *Commentario del Codice deontologico forense*, Giuffrè, Milano 2001, p. 82.

La stessa regola vale per:

- i volumi collettivi, per i quali va aggiunta la segnalazione: (a cura di). Per esempio: A. MARIANI MARINI (a cura di), *La lingua, la legge, la professione forense*, Giuffrè, Milano 2003;
- i titoli di opere autonome pubblicate in raccolte generali o in volumi di *opera omnia*. Per esempio: S. CHIARLONI, *Giudice e parti nella fase introduttiva del processo civile di cognizione*, in N. PICARDI - B. SASSANI - F. TREGGIARI (a cura di), *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, E.S.I., Napoli 2001, p. 127.

**Per le citazioni di articoli contenuti in riviste o pubblicazioni periodiche:** iniziale del nome e, per esteso in maiuscoletto, cognome dell'autore, titolo in corsivo, titolo della rivista o del periodico abbreviato in corsivo, volume, anno, numero del fascicolo e delle pagine: es., M. ROSSI, *Ordinamento professionale e accesso alla professione*, in *Rass. forense*, I/1995, p. 139.

La stessa regola vale per le citazioni di articoli o saggi contenuti in volumi collettivi: es., A. MARIANI MARINI, *L'argomentazione dell'avvocato*, in U. VINCENTI - A. MARIANI MARINI - F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, PLUS, Pisa 2004.

Per la **ripresa di citazioni**, va usato il corsivo per le espressioni: *ibid.* e *op. cit.*, che non sono precedute dal titolo dell'opera; il tondo, per l'espressione: *cit.*, che è preceduta dal titolo dell'opera.

Per le citazioni di **opere su internet** l'indirizzo va scritto in tondo. Ad es. [www.un.org/News/dh/sudan/com\\_inq\\_darfur.pdf](http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf).

Le citazioni dei **testi normativi** vanno abbreviate e scritte in tondo o in corsivo minuscoli secondo il carattere del testo (es.: l., d.lgs., d.P.R., reg.).

**Recensioni:** in testa vanno indicati gli elementi bibliografici completi del testo che si recensisce, sia esso libro o articolo, cioè il nome per esteso dell'autore o degli autori, il titolo completo (compreso il sottotitolo, se esiste), il luogo e la data di pubblicazione e il numero delle pagine: es., HERBERT L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965, pp. 329.

**I titoli in lingua** che usano un alfabeto non latino o in lingua non alfabetica vanno citati nella traslitterazione scientifica in lettere latine, seguita dalla traduzione nella lingua in cui è scritto il saggio.

**Le tabelle e i grafici** vanno numerati progressivamente, con l'indicazione del titolo in corsivo: (es., Tabella 1. *Scuole forensi italiane*; Figura 1. *Scuole forensi italiane*). L'indicazione della fonte da cui i dati sono tratti va posta in calce alla tabella o al grafico.

Le abbreviazioni delle riviste e pubblicazioni periodiche e di dizionari ed enciclopedie vanno eseguite secondo la prassi editoriale comune.

Es.: OSTI, voce "Contratto", in *Noviss. Dig. It.* IV, Torino 1959, 462.

Cass. 29 settembre 1977, in *Riv. Pen.*, 1977, p. 952.

## Sigle

cap. e capp. = capitolo e capitoli

cfr. = confronta: rimanda genericamente a un testo, senza indicare un punto preciso

cit. = citato

ed. = edizione

*et al.* = e altri

fig. e figg. = figura e figure

*ibid.* = nello stesso testo che è stato citato nella nota precedente, ed esattamente nella stessa pagina; seguito dal numero di pagina se queste ultime sono diverse

*infra* = vedi più avanti

n. e nn. = nota e note

[N.d.A.] = nota dell'autore

[N.d.C.] = nota del curatore

[N.d.R.] = nota del redattore

[N.d.T.] = nota del traduttore

p. e pp. (e non: pag. o pagg.) per indicare la singola pagina o le pagine

par. e parr. = paragrafo e paragrafi

*passim* = in diversi punti (quando il concetto a cui si fa riferimento è espresso in una fonte non in una pagina precisa ma qua e là)

s. e ss. = seguente e seguenti

s.d. = senza data (nel caso in una fonte non sia riportata la data di edizione)

s.l. = senza luogo (nel caso in una fonte non sia riportato il luogo di edizione)

sez. = sezione

[sic] = proprio così. Si usa quando si riporta una citazione che contiene una parola strana o sbagliata, facendo così capire che non si tratta di errore proprio ma dell'autore della citazione.

tab. = tabella

tav. = tavola

tr. o trad. = traduzione

vol. e voll. = volume e volumi

## **Abbreviazioni**

### **FONTI E VOCI ATTINENTI**

Corte eur. dir. uomo = Corte europea dei diritti dell'uomo  
G.U.P = Giudice dell'udienza preliminare  
Atti parl. Cam. = Atti parlamentari della Camera dei deputati  
Atti parl. Sen. = Atti parlamentari del Senato  
circ. = circolare  
d. interm. = decreto interministeriale  
d.C.p.S. = decreto del Capo provvisorio dello Stato  
disp. prel. = disposizioni sulla legge in generale (preliminari al codice civile)  
disp.reg. = disposizioni regolamentari  
d.l. = decreto-legge  
d.lgs. = decreto legislativo  
d.m. = decreto ministeriale  
d.P.R. = decreto del Presidente della Repubblica  
d.p. giunta reg. = decreto del presidente della giunta regionale  
l. = legge  
l. cost. = legge costituzionale  
l. rg. = legge regionale  
l. prov. = legge provinciale  
r.d.l. = regio decreto-legge  
r.d.lgs. = regio decreto legislativo  
r.d. = regio decreto  
reg. = regolamento  
r.m. = risoluzione ministeriale  
t.u. = testo unico

### **ORGANI GIUDICANTI**

App. = corte di appello  
App. mil. = corte militare di appello  
Ass. = corte di assise  
Ass. app. = corte di assise di appello  
BGH = Bundesgerichtshof  
BverfG = Bunderverfassungsgericht  
Cass. = Corte di cassazione  
Cass., sez. un. = Corte di cassazione, sezioni unite  
Cass. civ. = Corte di cassazione civile  
Cass. pen. = Corte di cassazione penale  
C. conti = Corte dei conti  
C. cost. = Corte costituzionale  
C. giust. CEEA = Corte di giustizia della Comunità europea del carbone e dell'acciaio  
C. giust. CE = Corte di giustizia delle Comunità europee  
C.I.J. = Court internationale de justice  
Coll. Arb. = Collegio Arbitrale  
Comm. centr. imp. = commissione centrale delle imposte  
Comm. tribut. 1° = commissione tributaria di 1° grado  
Comm. tribut. 2° = commissione tributaria di 2° grado  
Com. tribut. centr. = Commissione tributaria centrale  
Cons. reg. sic. = Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana  
Cons. St. = Consiglio di Stato  
Cons. St., ad. gen. = Consiglio di Stato, adunanza generale  
Cons. St. ad. plen. = Consiglio di Stato, adunanza plenaria  
G.U.P. = Giudice dell'udienza preliminare  
Giud. Pace = Giudice di pace  
G.I. = Giudice istruttore  
G.I.P. = Giudice per le indagini preliminari

Giud. Tut. = Giudice tutelare  
Lodo arb. = Lodo Arbitrale  
Proc. Rep. = Procura della Repubblica  
Proc. Gen. App. = Procura generale presso la Corte d'appello  
P.M. = Pubblico ministero  
Pret. = pretura  
TAR = tribunale amministrativo regionale  
Trib. = tribunale  
Trib. acque = tribunale regionale delle acque pubbliche  
Trib. Ce = tribunale di I grado delle Comunità europee  
Trib. mil. = tribunale militare territoriale  
Trib. sup. acque = Tribunale superiore delle acque pubbliche  
Trib. sup. mil. = Tribunale supremo militare

#### DIZIONARI ED ENCICLOPEDIE

Digesto Pen. = Digesto IV ed. Disciplinare penalistiche  
Digesto Civ. = Digesto IV ed. Disciplinare privalistiche - Sezione Civile  
Digesto Comm. = Digesto IV ed. Disciplinare privalistiche - Sezione Commerciale  
Digesto Pubbl. = Digesto IV ed. Disciplinare pubblicistiche  
Enc. Dir. = Enciclopedia del Diritto  
Enc. forense = Enciclopedia forense  
Enc. giur. = Enciclopedia giuridica, Treccani  
Enc. giur. Lav. = Enciclopedia giuridica del lavoro  
N.D.I. = Nuovo digesto italiano  
Nss. D.I. = Novissimo digesto italiano

#### COSTITUZIONE, CODICI e ATTI INTERNAZIONALI

Accordo = Accordo  
c.c. 1865 = Codice civile del 1865  
c. cons. = Codice del consumo  
c. nav. = Codice della navigazione  
c. p.i. = Codice della proprietà industriale  
c.str. = Codice della strada  
c. comm. = Codice di commercio  
c.p.c. = Codice di procedura civile  
c.p.p. 1930 = Codice di procedura penale del 1930  
c.p.p. = Codice di procedura penale  
c.p.m.g. = Codice penale militare di guerra  
c.p.m.p. = Codice penale militare di pace  
c.p. = Codice penale  
Conv. = Convenzione  
Cedu = Convenzione europea dei diritti dell'uomo  
Cost. = Costituzione della Repubblica  
Dir. = Direttiva  
Disp. Att. = Disposizione di attuazione  
L. inv. = Legge invenzioni  
L. fall. = Legge fallimentari  
Trattato = Trattato

---

Finito di stampare nel mese di settembre 2016  
da Tipografia Monteserra S.n.c. - Vicopisano  
per conto di Pisa University Press