

CULTURA E DIRITTI

2

2013

CULTURA E DIRITTI

PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista trimestrale • anno II • numero 2 • aprile-giugno 2013

P  S A
UNIVERSITY
PRESS

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

340.05 (22.)

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

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

Scuola Superiore dell'Avvocatura

Fondazione del Consiglio Nazionale Forense

Piazza dell'Orologio, 7 - 00186 Roma

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

Sito web: www.scuolasuperioreavvocatura.it

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

Numero chiuso in redazione il 15/6/2013

Hanno collaborato a questo numero: Carmen Andreuccioli, Gian Luca Ballabio, Nicola Bianchi, Elena Borsacchi, Alessandra Bozza, Roberto Conti, David Cerri, Matteo D'Angelo, Emanuele Guerrieri Ciaceri, Paola Anna Lacorte, Fabrizio Macagno, Titta Madia, Alarico Mariani Marini, Federico Puppo, Izaura Puka, Stefano Racheli, Eva Vittoria Rigamonti, Roberta Sorrentino, Giovanni Vaglio, Maria Adele Venneri, Maria Giovanna Ziccardi

Abbonamento Annuo: € 90,00

Numeri singoli: € 25,00

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

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

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

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

ISSN 2280-6334

ISBN

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

Indice

Fuoricampo

- 9 Professione e valori
La nuova legge e un futuro da costruire
Alarico Mariani Marini

Formazione giuridica, formazione forense

- 15 Come diventare avvocato negli Stati Uniti
Eva Vittoria Rigamonti
- 23 La formazione permanente tra vecchie esigenze e nuove opportunità
Nicola Bianchi
- 37 Il metodo casistico nella didattica forense alla luce della legge di riforma professionale n. 247 del 2012
Paolo Doria

Argomentazione e linguaggio

- 47 Argomentare in processo
Il “ragionamento per dicotomie” nella strategia difensiva
Fabrizio Macagno e Federico Puppo
- 61 La cultura del giudizio nelle parole di Simone Weil
Maria Giovanna Ziccardi

Diritti umani e fondamentali

- 71 Donne e diritti umani
La Convenzione di Istanbul tra azioni passate e proposte future
Parte seconda
Carmen Andreuccioli e Paola Anna Lacorte
- 81 L'ineguale dignità
Gian Luca Ballabio

Etica professionale e deontologia

- 91 La riforma dell'ordinamento professionale: la pubblicità degli avvocati
David Cerri
- 99 Giustizia "ideologica" e diritti dei deboli
Il fantasma del giudice politico
Titta Madia

Approfondimenti

- 109 Il caso Melloni: Corte Giust. Unione Europea 26 febbraio 2013
(Grande Sezione) C-399/11
Un'occasione da non perdere per alimentare il dialogo fra Giudici
Roberto Conti
- 121 Per una *governance* della responsabilità civile
Emanuele Guerrieri Ciaceri

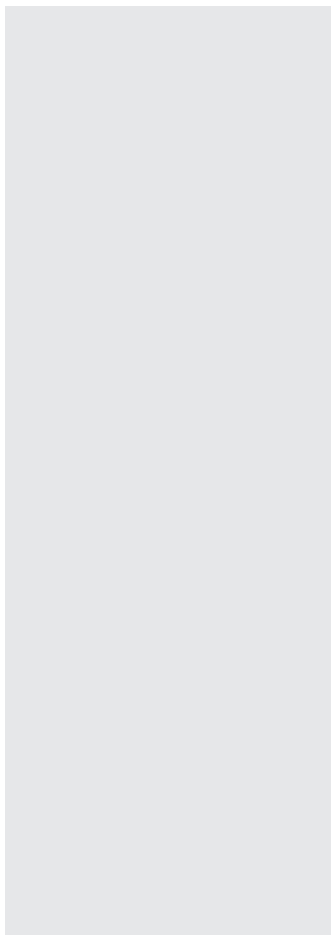
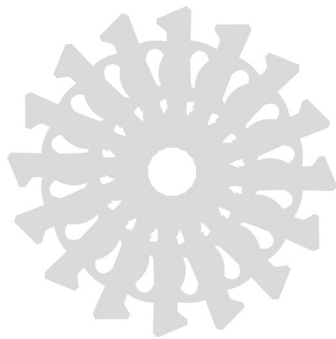
Cultura e professione

- 131 Recensione a *La libertà professionale tra Costituzione e mercato. Liberalizzazioni, crisi economica e dinamiche alla regolazione pubblica* di Giuseppe Colavitti
Alarico Mariani Marini
- 135 Recensione a *Il tempo che verrà. Avvocatura e società* di Alarico Mariani Marini
Stefano Racheli
- 137 Recensione a *Informatica giuridica e metodo retorico. Un approccio "classico" all'uso delle nuove tecnologie* di Federico Puppo
Giovanni Vaglio
- 139 Recensione a *Il giudizio di rinvio. Struttura e logiche probatorie*
di Marco Maria Monaco
Alessandra Bozza

L'avvocatura dei giovani

- 145 La formazione che vorrei
Elena Borsacchi, Matteo D'Angelo, Izaura Puka, Roberta Sorrentino e Maria Adele Venneri

FUORICAMPO



Professione e valori

La nuova legge e un futuro da costruire

Alarico Mariani Marini

Nell'esporre qualche riflessione critica sulla nuova legge professionale è doveroso premettere due considerazioni.

La prima è che il momento di ragionevolezza che ha colpito il disciolto Senato al limite del suo mandato ha salvato l'avvocatura dall'umiliazione che le aveva inflitto il governo "tecnico".

Come è noto il decreto 137 dell'agosto 2012 aveva negato alla professione di avvocato una sua specificità inserendola in una disciplina comune a tutti gli altri ordinamenti professionali e aveva impresso una tendenza autoritaria e dirigistica al processo di regolamentazione. Rifletteva inoltre una visione riduttiva del ruolo dell'avvocato, dequalificato al servizio della crescita economica, e oscurato della sua storica funzione di difensore dei diritti della persona in piena indipendenza nei confronti dello Stato e di ogni altro potere come sin dal 1988 è scolpito nel preambolo del Codice deontologico dell'avvocato europeo.

Avere ottenuto una regolamentazione specifica per la professione superando il decreto Monti ha rappresentato un risultato importante, e va condivisa la scelta che ha indotto l'avvocatura e le sue istituzioni a sollecitarne l'approvazione. Una scelta obbligata, poiché l'alternativa era quella di archiviare ancora una volta un disegno di legge di riforma con lo scioglimento del Parlamento, come molte volte è avvenuto negli ultimi decenni.

La soddisfazione per il risultato raggiunto è quindi comprensibile. Si tratta infatti di una svolta importante che tuttavia ha soltanto ripristinato condizioni accettabili per costruire una professione moderna fondata sui principi dello stato di diritto e sui valori della società democratica. E che offre agli avvocati e alle loro istituzioni e associazioni una nuova opportunità per riflettere che la presenza degli avvocati nell'ordinamento giurisdizionale e nell'Alta Corte stabilita dalla Costituzione non è una benevola concessione, ma una precisa investitura di pubbliche responsabilità delle quali sono chiamati a rispondere alla collettività. Molto resta infatti da fare.

La seconda premessa è che tutto ciò che manca nella nuova legge, e ci riferiamo soprattutto ad anacronistiche sopravvivenze, a mancati riferimenti a valori e principi dell'attuale ordinamento costituzionale, ad una visione ristretta a un tecnicismo senza respiro culturale, può in qualche misura essere recuperato nei regolamenti e nel nuovo Codice deontologico.

La circostanza che la legge sia stata approvata così come risultava dopo un incompleto, travagliato e scoordinato percorso parlamentare per evitarne

l'archiviazione, è ragionevole motivo per riconoscere ai regolamenti anche la finalità di integrarne e precisarne alcuni punti essenziali.

E decisivo sarà in questa prospettiva il compito del Consiglio Nazionale Forense e degli ordini.

I regolamenti di attuazione, forse troppo numerosi tra competenze del Consiglio Nazionale Forense e del Ministero della Giustizia, dovranno completare, e se possibile armonizzare, il nuovo quadro normativo e comporlo in un sistema che ne riveli più apertamente i fondamenti. Un quadro che dalla prima percezione, salvo alcune novità certamente di non trascurabile portata in materia di formazione, di specializzazioni e di disciplina, rivela come poco o nulla sia cambiato nei principi e nelle linee generali rispetto alla legislazione del 1933.

Un risultato può anche essere ottenuto nella prassi di interpretazione e applicazione delle nuove norme, sempreché non sopravviva il vizio del formalismo radicato nella cultura giuridica nostrana.

Si pensi, ad esempio, alla funzione interpretativa della giurisprudenza disciplinare ancora in gran parte ispirata all'ottocentesca tutela del decoro della corporazione anziché alla osservanza dei doveri e delle responsabilità verso la società e verso gli altri, oggi posti alla base delle moderne concezioni dell'etica professionale, e di cui si è discusso nella Conferenza europea promossa dal CNF e dalla Scuola Superiore nello scorso novembre sul tema della responsabilità sociale dell'avvocato europeo.

Si consideri, inoltre, il ruolo della formazione dei giovani e dell'aggiornamento, ancora stretti nelle letture codicistiche, mentre può costituire strumento di nuove conoscenze tecniche e culturali e di formazione di una coscienza europea.

Come è stato osservato la nuova legge ha arginato «la deriva *mercatista* impressa dal precedente disegno riformatore delle professioni iniziato col d.l. n. 138/2011» e culminato nel d.p.r. n. 137/2012 che aveva piegato la professione forense sul modello dell'impresa (Perfetti).

Ma ad essa non ha sostituito nulla di nuovo rispetto al tradizionale assetto dell'ordinamento approvato nel 1933, che manteneva l'impostazione, anche ideologica, della prima legge professionale del 1874.

Eppure da allora si può dire che sia cambiato il mondo, e, per quello che più da vicino ci riguarda, sono cambiati in Europa i rapporti tra Stati, società, persone, è cambiato il diritto, è stato fondato un nuovo sistema di valori e principi, e, in Italia, abbiamo approvato una Costituzione democratica.

Tali limiti sono evidenti nei primi articoli della legge che disegnano l'ordinamento forense, la professione e i doveri dell'avvocato.

Salvo un ovvio e generico riferimento al rispetto dei principi costituzionali e alla normativa comunitaria (ma non alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE) ed ai trattati internazionali, le norme generali circoscrivono la specificità della professione alla sola funzione difensiva, ed i requisiti di libertà, autonomia e indipendenza sono riferiti esclusivamente alla rappresentanza e difesa in giudizio ed alla consulenza connessa alla attività giurisdizionale.

I doveri professionali e la deontologia sono inoltre riprodotti secondo nozioni già iscritte nell'attuale Codice deontologico, enunciati in un elenco di per sé assai poco significativo e con il solo richiamo al «rilievo sociale della difesa» (ma non si tratta di un diritto costituzionale?) e al rispetto dei «principi della corretta e leale concorrenza» (riemerge qui il modello della professione-impresa).

Tali generiche espressioni sono applicabili ad ogni altra professione intellettuale e dimostrano che la specificità e il «rilievo sociale» della professione (requisito non esclusivo della professione legale) sono affermati limitatamente alla funzione tecnica svolta nel processo, il che rappresenta tutto sommato una ovvietà.

Altra cosa è la specificità del ruolo della professione forense nella società e nella Costituzione, che l'avvocatura ha sempre rivendicato come fondamento di una regolazione normativa riservata alla funzione svolta esclusivamente dall'avvocato nel sistema giurisdizionale e delle garanzie costituzionali.

Gli stessi caratteri di indipendenza e di autonomia, circoscritti alla funzione processuale e di consulenza, eludono ogni relazione dell'avvocato e dell'avvocatura con la collettività nella tutela dei valori e dei principi fondanti dello stato di diritto e della società democratica.

Queste assenze e queste cautele appaiono ancor più ingiustificate se si considera quanto è avvenuto negli ultimi decenni nel mondo del diritto e della giustizia in Europa.

La responsabilità sociale dell'avvocato, già enunciata nel Codice deontologico europeo del 1988 e nelle Linee Guida del CCBE del 2002, costituisce ormai una acquisizione al patrimonio etico e culturale dell'avvocatura europea.

Inoltre l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE con il Trattato di Lisbona del 2009 ha radicalmente innovato il mondo della giustizia, traducendo in principi e diritti il processo di identificazione dei valori fondativi dell'Unione, come enuncia con grande efficacia il Preambolo della Carta di Nizza in sintonia con la nostra Costituzione.

Si è affermato anche nei nostri congressi, ad es. con la dichiarazione approvata al Congresso nazionale di Genova, che l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati, e quindi nella effettività della prestazione professionale, che rappresenta un grande strumento di civiltà non soltanto giuridica, è legata alla responsabilità istituzionale e politica dei giuristi e in particolare degli avvocati, come anche emerge dalla giurisprudenza delle Corti europee.

Certo, come dimostrano le Carte storiche di recente pubblicate dalla Scuola Superiore del Consiglio Nazionale Forense, la lotta per l'affermazione dei diritti ha sofferto nei secoli recenti repressioni, e poi resistenze ed elusioni mascherate da astratte condivisioni.

La politica, infatti, ha sempre visto con diffidenza, se non con sofferenza, i diritti fondamentali delle persone e delle collettività, perché essi rappresentano un limite alla stessa discrezionalità del legislatore, e questo limite è presente anche nella nuova legge professionale.

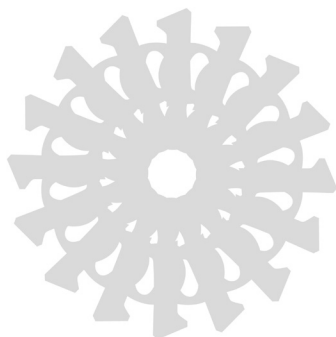
Non si tratta dunque di voli teorici, ma di principi ai quali deve uniformarsi concretamente il nostro ordinamento in ogni settore.

Di recente la Presidente della Camera Laura Boldrini all'inaugurazione della Biennale della Democrazia di Torino ha richiamato allo «spirito profondo della nostra Repubblica», scolpito nell'art. 3 della Costituzione, e all'Europa dei diritti.

Negli stessi giorni il Presidente della Corte Costituzionale Franco Gallo, nella relazione sull'attività svolta nell'anno precedente, ha affermato la necessità che la Costituzione sia "interiorizzata" da parte di tutti perché operi con pienezza uscendo dalle aule giudiziarie «e divenendo cultura, senso comune, massima etica».

È questo l'orizzonte identitario culturale ed etico di una avvocatura consapevole delle proprie responsabilità, un orizzonte che a partire dalla nuova legge rappresenti il nostro vero progetto per il futuro.

**FORMAZIONE GIURIDICA,
FORMAZIONE FORENSE**



Come diventare avvocato negli Stati Uniti

Eva Vittoria Rigamonti

Introduzione

Agli occhi di un europeo il mondo giuridico statunitense appare un'entità poco chiara e poco definita. Non è solamente il sistema giuridico, basato sulla *common law*¹, ad essere diverso, ma è anche strutturato diversamente il *cursus studiorum* da percorrere per poter diventare avvocati: sono infatti differenti sia la formazione universitaria accademica che la formazione pratica.

Questo articolo è indirizzato agli avvocati italiani e si prefigge di spiegare l'iter che uno studente americano deve seguire per poter qualificarsi come avvocato negli Stati Uniti, ponendo una particolare attenzione alle differenze tra il sistema italiano e quello statunitense. L'articolo è strutturato in due parti principali: la prima si sofferma sul processo per diventare avvocato, mentre la seconda prende in considerazione lo svolgimento della professione forense in America.

L'iter per diventare avvocato negli Stati Uniti

Per poter apprendere appieno l'iter necessario per diventare avvocato negli Stati Uniti è necessario comprendere la struttura del sistema universitario americano, dal momento che esso si differenzia completamente da quello italiano. In Italia l'università può essere descritta come un *one stop shop*. Terminato il liceo, infatti, uno studente sceglie la facoltà cui iscriversi e, per tre, quattro, cinque, o sei anni, continua lo studio nel settore disciplinare da lui scelto. Nel caso in cui uno studente decida di diventare avvocato in Italia, questi potrà accedere alla pratica forense dopo cinque anni di università, due anni di pratica (ora uno e mezzo), e superare poi l'esame di Stato. Il sistema americano è strutturato molto diversamente come spiegato di seguito.

¹ Con *Common Law* generalmente ci si riferisce ad un sistema giuridico basato sul precedente giurisprudenziale, in cui i giudici non sono meri applicatori della norma di diritto al caso concreto, bensì un sistema in cui il ruolo del giudice è di interprete-creatore del diritto. I sistemi di *Common Law* sono diffusi principalmente nei paesi anglo-sassoni e nei territori che un tempo costituivano l'Impero Britannico. I sistemi di *Civil Law*, invece, sono i sistemi di tradizione codicistica, che trovano radici nel sistema del diritto romano e nelle codificazioni francese (*Code Napoléon*) e tedesca (*Bürgerliches Gesetzbuch*) – entrambe risalenti al XIX secolo, e che vedono nel giudice l'interprete del diritto al caso concreto. Si veda in merito, *The Common Law and Civil Law Traditions*, disponibile su <http://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>.

Gli studi *undergraduate*: il *college*

Negli USA quella che in Italia viene chiamata dagli studenti “università” prende il nome di “*college*” e costituisce un ciclo di quattro anni di formazione accademica, immediatamente successiva alla scuola superiore, la *high school*. Questi quattro anni di *college* sono chiamati *undergraduate level*, dal momento che costituiscono la formazione universitaria di base dello studente statunitense. Dopodiché chi intende avere accesso alle professioni giuridiche e all’avvocatura deve continuare con tre anni di *graduate school*. Diversamente dall’Italia, l’accesso all’università è basato sul merito e, per potersi iscrivere ad un *college* è obbligatorio superare una molto rigida e selettiva procedura di ammissione: un esame di ammissione (*Scholastic Assessment Test* [SAT]) e completare una complessa ed articolata domanda, che in parte richiede la stesura di alcuni saggi brevi su vari temi scelti dall’università². Come già menzionato la procedura di ammissione è estremamente competitiva e per nulla facile³; generalmente gli studenti, infatti, inviano le proprie domande di ammissione a più università – generalmente da sei a dieci – per poter aumentare le possibilità di essere ammessi.

Un altro aspetto peculiare del sistema americano è l’esistenza di una gerarchia tra i vari *college*: i più selettivi – a cui sono ammessi solo gli studenti migliori – e quelli meno selettivi. Per esempio: le migliori università a livello nazionale – le c.d. *top Universities* – hanno una percentuale di studenti ammessi in rapporto al numero totale di domande ricevute che varia tra il 7% e il 15%⁴.

Una volta scelto il *college* a cui iscriversi e ammesso, uno studente ha molta libertà nel costruire il programma di studi che meglio si adatti ai propri interessi, ferma restando l’obbligo di seguire e superare alcuni corsi obbligatori⁵. Generalmente, uno studente non deve decidere la facoltà (“*declare a major*”) fino al secondo semestre del secondo anno. Nelle università americane non esi-

² Un classico esempio di un testo d’ammissione è il cosiddetto *personal statement*, in cui lo studente deve scrivere in cinquecento parole un tema su se stesso, dove racconta un evento significativo della propria vita che possa far capire alla commissione di ammissione che tipo di persona sia.

³ Le università infatti ammettono solo un numero limitato di studenti ogni anno.

⁴ Tra le *top Universities* figurano le Università facenti parte della c.d. *Ivy League*: Brown University, Columbia University, Cornell University, Dartmouth College, Harvard University, Princeton University, University of Pennsylvania e Yale University, e altre università come la University of Chicago, il Massachusetts Institute of Technology (MIT), New York University, Swarthmore College, Stanford University, ecc.

⁵ Alla Cornell University – presso cui ha studiato chi scrive – per esempio, i corsi obbligatori erano: un corso di scienze, uno di matematica/statistica, una lingua straniera a livello intermedio, un corso di storia moderna, uno di educazione fisica e un esame obbligatorio di nuoto. Dopo la seconda guerra mondiale, il Senato Accademico decise infatti che sapere nuotare fosse una abilità necessaria per vivere e sopravvivere e obbligò tutti gli studenti a superare un esame di nuoto per potersi laureare; in caso di “boccatura” all’esame di nuoto lo studente è tenuto a frequentare un corso intensivo di nuoto.

ste tuttavia una facoltà di giurisprudenza a livello *undergraduate*. Per questo motivo chi vuole diventare avvocato è libero di studiare nel *college* le materie che ritiene più interessanti per la propria formazione e, una volta laureato e terminati gli studi dell'*undergraduate college*, decidere di iscriversi ad una *Law School* (il termine americano corrispondente alla Facoltà di Giurisprudenza), che è considerato un *graduate degree*.

Un'ulteriore differenza tra il sistema universitario italiano e quello statunitense è la struttura del corso di studi. Mentre, infatti, gli studenti italiani possono generalmente permettersi di ritirarsi da un esame quando ritengono di non aver ricevuto una votazione soddisfacente, e non hanno limiti massimi di tempo entro cui laurearsi, negli USA è rarissimo che uno studente non riesca a terminare i propri studi in quattro anni. Primo, perché è obbligatorio sostenere gli esami e accettare i voti ottenuti – senza possibilità alcuna di rifiutare il voto; secondo, il costo per anno dell'università è così alto che non è concepibile perdere tempo e dilatare gli anni di studio (il costo medio è di \$ 41.000 all'anno)⁶; e terzo, perché, nel caso in cui uno studente venga bocciato ad un esame, l'università attiva la cosiddetta procedura di "*academic probation*", ovvero allo studente viene concesso un semestre per recuperare i voti negativi, e, in caso di insuccesso, lo studente viene espulso dal college.

Percorso Semplificato:

Livello Scolastico	Durata e tipo di diploma	Commenti
(1) Highschool (Liceo)	• 4 anni • Highschool Diploma	Durante l'ultimo anno di studi: (1) si sostiene l'esame d'ammissione al College e (2) si completano le domande di ammissione
(2) Undergraduate College (Università/College)	• 4 anni • Undergraduate Diploma: 1. Bachelor of Arts (B.A.) o 2. Bachelor of Science (B.S.)	Durante l'ultimo anno di studi: (1) si sostiene l'esame d'ammissione per le Graduate School of Law e (2) si completano le domande di ammissione
(3) Graduate School for Law (Facoltà di Giurisprudenza)	• 3 anni • Graduate Diploma: Juris Doctor (J.D.)	Immediatamente terminato l'ultimo anno di corso – nel mese di maggio – il laureato J.D. studia per l'esame di avvocato che è a fine luglio.

⁶ Questo prezzo comprende varie voci: per un'università privata le tassi di iscrizione si aggirano in media ai \$ 30.000 l'anno, il vitto e l'alloggio in media ammontano a \$ 10.000 l'anno, ed i testi scolastici ammontano a più di \$ 1.000. Per un'università pubblica in generale il prezzo può essere la metà di quello di una privata. https://www.collegedata.com/cs/content/content_payarticle_tmpl.jhtml?articleId=10064.

La Graduate School: la Law School

Come sopra menzionato, le *Law Schools* sono *graduate schools*. Generalmente uno studente che voglia diventare avvocato o professore di diritto inizia a preparare la domanda di ammissione durante l'ultimo anno di *college*, oppure, come spesso accade, dopo alcuni anni di lavoro – necessari per ripagare i debiti contratti per sostenere i costi del *college*.

Come per i corsi *undergraduate*, anche l'ammissione alla *Law School* è molto dura e selettiva: oltre alla domanda di ammissione ed alcuni saggi brevi, il candidato deve superare un esame d'ammissione (*Law School Admission Test* [LSAT])⁷. Sebbene possa sembrare strano ad un lettore italiano, le *law schools* generalmente preferiscono scegliere ed avere un gruppo di studenti con interessi e retroterra culturali differenti. Le commissioni d'ammissione sono infatti interessate a giovani che abbiano studiato materie diverse nell'*undergraduate college*, dall'economia alla biologia, dalla storia all'ingegneria, dalle lettere antiche alla psicologia⁸.

Il corso di studio

La *Law School* ha una durata di tre anni; nel primo anno vi sono alcuni corsi obbligatori, che variano in media tra cinque e sette, a seconda della *Law School*⁹. Oltre a ciò, lo studente deve ottenere un numero minimo di crediti ("*course credits*") per completare l'anno¹⁰ e, in alcune scuole, viene richiesta la stesura di una tesi su una problematica giuridica e di partecipare ad una "*clinic*". La *clinic* è un corso pratico dove uno studente lavora come "avvocato" sotto la supervisione di un professore avvocato che esercita regolarmente.

Ogni *Law School* offre ai propri studenti un'ampia scelta di *clinics*, alcuni esempi della *Yale Law School* sono: *Advocacy for Children and Youth* (difesa dei bambini e minorenni) dove generalmente lo studente rappresenta un cliente minorenne in un processo civile di abuso o abbandono; *Immigration Clinic*, in cui si assistono clienti immigrati a cercare asilo negli USA; *Capital Punishment*, in cui ci si occupa di rappresentare clienti che rischiano o sono

⁷ Anche per le *law schools* esiste una classifica ufficiale delle scuole migliore, si veda <http://grad-schools.usnews.rankingsandreviews.com/best-graduate-schools/top-law-schools>.

⁸ Negli ultimi anni le commissioni di ammissione hanno avuto un sempre maggiore interesse per studenti con lauree in biologia, fisica, informatica: il mercato degli studi legali infatti richiede sempre nuovi giovani avvocati con le capacità di operare in settori in cui il diritto si sovrappone alle scienze (si veda la materia per esempio della *intellectual property* e dei brevetti).

⁹ Alla *Yale Law School*, i cinque corsi obbligatori sono: 1. diritto costituzionale, 2. procedura civile, 3. diritto dei contratti, 4. diritto della responsabilità civile, 5. diritto penale.

¹⁰ Alla *Yale Law School* uno studente, al termine dei tre anni di studio deve avere ottenuto in totale di 67 crediti, una media di 20 crediti l'anno, e approssimativamente sei corsi l'anno.

stati condannati alla pena capitale¹¹. La peculiarità della *clinic* è la commistione tra studio teorico e pratica del diritto. All'interno della *clinic*, infatti, viene organizzato un corso sulla pratica forense durante il quale lo studente:

1. apprende l'etica professionale di un avvocato – come rappresentare un cliente, come interagire con un cliente, con la controparte e con il giudice,
2. approfondisce le tematiche giuridiche sottostanti al caso concreto, e
3. impara i metodi di ricerca giuridica e di scrittura di atti giuridici.

Oltre alle lezioni tradizionali, le *Law Schools* sono un luogo ricco di iniziative culturali. Alle attività di volontariato e a gruppi di dibattito organizzati dagli studenti, quasi ogni giorno vengono offerti seminari, presentazioni e discussioni con personaggi di rilievo, professori di altre Università e operatori del diritto – giudici, avvocati e membri di ministeri federali. Tutte queste attività danno allo studente la possibilità di vivere un'esperienza formativa a 360 gradi.

Formazione

Negli Stati Uniti la *Law School* è considerata un percorso accademico non solo teorico, ma anche e soprattutto pratico, per la formazione di un giurista¹². Per questo motivo la *Law School* è strutturata ed organizzata in modo tale da lasciare agli studenti importanti opportunità di apprendimento pratico. Oltre alla possibilità di far parte di una *clinic*, ogni estate, agli studenti è offerta l'occasione di lavorare in un ambito legale per imparare e comprendere sul campo le dinamiche delle professioni giuridiche. Per esempio, è possibile lavorare:

- in un ufficio federale come assistente di un *prosecutor* (“procuratore”);
- in uno studio legale, come un *associate*;
- lavorare come *clerk* – assistente – per un giudice;
- lavorare per una associazione *no-profit*.

Nel caso in cui uno studente non venga retribuito è generalmente la scuola ad offrire un piccolo stipendio per coprire le spese di mantenimento. Questa cultura di pagare fin da subito gli studenti di giurisprudenza ed i nuovi laureati può sembrare scioccante per un italiano, ma è proprio necessario come vedremo nel prossimo paragrafo.

Costi dell'istruzione universitaria superiore

Come le Università *undergraduate*, anche le *Law Schools* sono molto costose. Secondo i dati relativi al 2011-2012, le *tuition* – costo di iscrizione – in media per un anno di una *Law School* ammontano a \$ 49.551. Questo significa che

¹¹ Per più esempi di *clinics*, si veda: <http://www.law.yale.edu/academics/clinicalopportunities.htm>.

¹² Stanno discutendo anche adesso come migliorare la *Law School* per essere sempre più pratica e centrale per lo studio e meno costosa. Si veda <http://www.economist.com/news/business/21571213-could-law-schools-be-ready-change-their-ways-two-year-itch>.

uno studente in giurisprudenza negli USA si laurea con \$ 150.000-200.000 di debiti¹³, contratti con il governo, con l'università stessa o con istituti finanziari¹⁴. È quindi raro che uno studente impieghi più dei tre anni per finire la scuola di giurisprudenza, proprio perché sarebbe una scelta troppo costosa¹⁵.

Esame di accesso alla professione forense: *the Bar exam*

Una volta laureati, la maggioranza degli studenti americani si prepara per l'esame di avvocato, detto *bar exam*. Il *bar exam* si tiene due volte all'anno, a febbraio e a luglio. Vista la struttura federale del sistema statunitense, l'esame è suddiviso in due parti: una parte federale, comune a tutti gli studenti, ed una parte statale, diversa per i vari Stati. Lo studente, una volta deciso dove esercitare la propria professione, andrà a sostenere l'esame nella giurisdizione e nello Stato di riferimento.

Per quanto riguarda la struttura dell'esame questo è articolato su due giorni con prove sia la mattina che il pomeriggio di entrambi i giorni. Il primo giorno è il cosiddetto "*multistate exam*", ovvero l'esame sul diritto federale applicabile in tutti gli Stati Uniti d'America. L'esame è costituito da duecento domande a risposta multipla su sette materie: diritto costituzionale, diritto dei contratti, diritto della responsabilità civile, diritto penale, procedura penale, procedura civile, e diritto della proprietà, e la redazione di un atto giudiziario o stragiudiziale, il c.d. *Multistate Performance Test* (MPT). Il secondo giorno, invece, varia da Stato in Stato e variano anche le materie che sono oggetto di verifica. Una volta superato l'esame, e prima di poter praticare, l'avvocato *in pectore* deve superare un esame di etica professionale¹⁶, una cerimonia di giuramento e solo dopo questo passaggio necessario, gli si apriranno le porte della professione forense (chi non riesce a superare queste prove, ha la possibilità di ripetere l'esame senza alcuna limitazione).

¹³ La somma totale di debito comprende sia le *tuition* che le spese di vitto ed alloggio. Si veda <http://www.forbes.com/sites/shawnoconnor/2012/04/05/grad-school-still-worth-the-money>.

¹⁴ La crisi economica e la conseguente stagnazione del mercato del lavoro hanno reso più difficile per molti laureati in legge trovare lavoro, specialmente se uno non si laurea da una delle *Law Schools* migliori. Proprio per questo motivo, tantissime *Law Schools* hanno iniziato programmi per il supporto ai loro studenti per ripagare i debiti accumulati, nell'ipotesi che questi non riescano a trovare un lavoro sufficientemente remunerato o nel riescano del tutto a trovare un lavoro nei primi due anni dopo la laurea.

¹⁵ Perché sono così costosi il *College* e la *Law School*? Sicuramente c'è una differenza tra i costi della università pubbliche e quelle private, ma il costo esiste perché la qualità non solo dei corsi, ma anche delle risorse è molto elevata. Per esempio, le biblioteche sono ricche e molto ben rifornite; ci sono i dormitori (per vivere), le mense sono organizzate ed efficienti; sono organizzati corsi e club di ogni pratica sportiva, di danza, canto, musica, teatro, politica, e tutto ciò "giustifica" l'alto costo.

¹⁶ Il c.d. *Multistate Professional Responsibility Examination* (MPRE).

Lavorare come avvocato negli Stati Uniti

Dopo essere ammesso alla professione forense, l'avvocato ha la possibilità di iniziare subito a lavorare. Il giovane avvocato inizia fin subito ad essere retribuito per il lavoro da lui svolto (si ricordi che è gravato da ingenti debiti da estinguere). Normalmente, già nel terzo anno di studi, uno studente riceve un'offerta di lavoro dallo studio per cui ha lavorato per un'estate. In caso contrario, le *Law School* forniscono ai propri studenti attività di supporto e consulenza nella ricerca di un posto di lavoro. Il *Career Development Office* aiuta gli studenti a redigere i propri *curricula*, a prepararsi per i colloqui di lavoro, a scrivere le lettere di presentazione per gli studi legali, e soprattutto a cercare posizioni lavorative.

Una volta iniziata la sua attività, il nuovo avvocato non necessariamente rimarrà legato per sempre allo stesso studio legale. Come nelle altre professioni, la cultura lavorativa negli USA consente ampia mobilità nell'ambito professionale; in questo modo un avvocato può decidere anche solo dopo pochi anni di lavoro in uno studio privato civile, di dedicarsi al diritto penale, lavorando come procuratore o difensore in un ufficio statale.

Conclusione

Senza dubbio, il sistema statunitense è molto diverso da quello italiano. La finalità di questo breve articolo è stata quella di spiegare in modo chiaro e conciso come funziona la formazione accademica e pratica del giurista e come un avvocato entra nella vita professionale.

La formazione permanente tra vecchie esigenze e nuove opportunità

Nicola Bianchi*

La formazione professionale continua degli avvocati, oggi

La legge sulla riforma dell'ordinamento forense (l. 247/2012), pubblicata il 31 dicembre 2012, costituisce senza dubbio un grande (ed auspicabilmente solo primo) traguardo raggiunto dall'avvocatura moderna. Essa impone un ripensamento e una rilettura in chiave evolutiva dell'attuale sistema di formazione continua degli avvocati nel nostro Paese.

Come nel titolo che si propone: tra le esigenze da continuare a soddisfare e le nuove opportunità da cogliere.

Il Regolamento approvato il 13 luglio 2007 dal Consiglio Nazionale Forense ha definito la formazione continua: «ogni attività di accrescimento ed approfondimento delle conoscenze e delle competenze professionali, nonché il loro aggiornamento mediante la partecipazione ad iniziative culturali in campo giuridico e forense» (art. 1, comma 4, Reg.).

Si è dato rilievo, pertanto, ai due importanti aspetti coesenziali della formazione continua:

1. da un lato, la conservazione, il perfezionamento, l'accrescimento e l'approfondimento delle conoscenze teoriche e delle abilità professionali;
2. dall'altro, il necessario aggiornamento delle stesse.

(Anche se la nuova legge – riduttivamente – sembra porre l'accento solo sul secondo aspetto).

L'attività formativa, infatti, non è solo quella che garantisce la manutenzione di ciò che si sa, ma si indirizza soprattutto ad ampliare i confini delle conoscenze e delle capacità pratiche, a dichiarato vantaggio della qualità e del pregio dell'attività professionale nell'interesse degli assistiti.

In vista del perseguimento di un "bene" esterno alla categoria professionale, è stato opportunamente valorizzato il risvolto etico della formazione continua, per una «prestazione professionale confacente alle aspettative e ai bisogni dei singoli e dell'intera comunità»¹.

* Con il determinante contributo di Sabrina Conti e Francesca Orlandi, nucleo storico dell'«Unità operativa» attiva presso il CNF per l'attribuzione dei crediti e l'accreditamento di eventi ed attività formative.

¹ P. Diso, *La formazione continua dell'avvocato: annotazioni sullo stato attuale e prospettive future*, in www.Judicium.it, 2013.

Nella fase iniziale di applicazione del Regolamento si è dovuto necessariamente ancorare la formazione continua a un obbligo deontologico degli avvocati, ciò al fine di consentire loro di adattarsi ad un sistema controllato di formazione, rielaborare le modalità del proprio perfezionamento professionale ed assimilare il concetto di formazione continua.

Quindi si è fatto riferimento, come condiviso dalla giustizia amministrativa:

- all'art. 12 del Codice deontologico Forense, canone II, che, sotto la rubrica *Dovere di competenza* ed in collegamento col principio generale per cui «l'avvocato non deve accettare incarichi che sappia di non poter svolgere con adeguata competenza», ricorda come «l'accettazione di un determinato incarico professionale fa presumere la competenza a svolgere quell'incarico»;
- all'art. 13 del Codice deontologico per il quale «è dovere dell'avvocato curare costantemente la propria preparazione professionale, conservando e accrescendo le conoscenze con particolare riferimento ai settori nei quali l'attività è svolta». Con le precisazioni contenute nei due canoni complementari:

I - L'avvocato realizza la propria formazione permanente con lo studio individuale e la partecipazione a iniziative culturali in campo giuridico e forense.

II - È dovere deontologico dell'avvocato quello di rispettare i regolamenti del Consiglio Nazionale Forense e del Consiglio dell'Ordine di appartenenza concernenti gli obblighi e i programmi formativi.

Dovere di competenza, dunque, e dovere di aggiornamento che oggi, con l'introduzione della recente legge professionale, hanno ottenuto maggiore rango giuridico laddove l'art. 3 della legge, rubricato *Doveri e deontologia*:

- al comma 2, ribadisce il dovere di esercitare le professioni forensi con competenza, attribuendo così al dovere di competenza (richiamato anche nel successivo art. 11 in tema di formazione continua) un'obbligatorietà imperativa da fonte primaria;
- al comma 3, sancisce l'esclusiva potestà normativa deontologica del CNF, riconoscendo e rafforzando quindi, a livello legislativo, tale fonte.

La nuova legge, inoltre, interviene a disciplinare direttamente la formazione continua (art. 11), conferendole il giusto rilievo nel nostro ordinamento.

L'art. 11, infatti, al comma 1, afferma:

L'avvocato ha l'obbligo di curare il continuo e costante aggiornamento della propria competenza professionale al fine di assicurare la qualità delle prestazioni professionali e di contribuire al migliore esercizio della professione nell'interesse dei clienti e dell'amministrazione della giustizia.

Accanto alla fonte deontologica, quindi, si è aggiunta una fonte legislativa che rende ancora più cogente l'obbligo di formazione continua professionale, nelle due accezioni sopra illustrate, e costringe, di conseguenza, sulla base

anche dell'esperienza pratica acquisita sinora, a riflettere sull'efficienza e sulla perfettibilità del sistema di formazione attualmente esistente per gli avvocati.

Il tutto nell'ottica di raggiungere una seconda fase della formazione continua in cui dal dovere di formarsi si passi al diritto ad essere formati, in una evoluzione naturale della consapevolezza nel professionista delle proprie reali competenze e di una sempre maggiore offerta formativa, così che accanto al diritto alla formazione continua possa profilarsi anche un'effettiva facoltà di scelta del singolo iscritto, in un'offerta concorrenziale equilibrata ed economicamente onesta.

La riflessione non può prescindere da una disamina, seppure sommaria, delle politiche europee in materia di formazione e dei sistemi di formazione presenti negli altri Paesi europei.

Il Quadro europeo delle Qualifiche per l'Apprendimento Permanente (*European Qualifications Framework*, EQF), introdotto con Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008, è un quadro comune europeo di riferimento, che collega fra loro i sistemi di qualificazione di Paesi diversi.

I suoi obiettivi principali sono: promuovere la mobilità transfrontaliera dei cittadini (avvocati compresi) e agevolarne l'apprendimento permanente.

Il quadro è articolato in otto livelli di qualifiche, descritti in termini di risultati dell'apprendimento; i risultati dell'apprendimento, a loro volta, sono rappresentati secondo tre categorie: conoscenze, abilità e competenze.

I sistemi d'istruzione e formazione in Europa, infatti, sono talmente differenti tra loro che un raffronto fra i diversi Paesi e le diverse istituzioni è possibile soltanto con riferimento ai risultati dell'apprendimento, ovvero a ciò che un individuo conosce, comprende e sa fare al termine di un processo formativo, piuttosto che facendo riferimento agli "input" (quale, ad es., la durata del percorso di studi).

Secondo l'agenzia europea CEDEFOP (*European Centre for the Development of Vocational Training* [Centro Europeo per lo sviluppo della formazione professionale]), la formazione continua ad ogni livello, professionale e non, è il cuore della risposta dell'Europa alla crisi economica. In tempi di *spending review* investire nelle competenze e nella formazione è, sicuramente, una sfida. Tuttavia, nell'agenda europea, così come in altri Paesi come gli Stati Uniti, la formazione continua è al centro delle strategie di lungo periodo per la competitività.

Come abbiamo visto, l'Unione da tempo ormai raccomanda la promozione e lo sviluppo dei sistemi di formazione professionale nazionali. Con il c.d. "*Copenhagen process*", sin dal 2002 i Paesi europei hanno stabilito delle priorità comuni sulla formazione professionale, assumendo un impegno a realizzare delle azioni di politica formativa che mirino a migliorare la mobilità e il riconoscimento delle competenze in Europa, grazie anche l'uso di tecnologie innovative. Tale processo la cui fase di realizzazione è iniziata nel 2010, fa oggi parte dell'agenda Europa 2020. A livello europeo, la formazione, per la sua funzione di miglioramento e acquisizione di nuove competenze, spesso più aderenti alle moderne esigenze professionali è, quindi, considerata strumento di competi-

tività. Tale strumento però, come le linee guida europee per lo sviluppo della formazione professionale indicano, deve essere attrattivo, flessibile e moderno.

Il CCBE, già nella risoluzione del 25 novembre 2000, affermava la necessità di garantire che ogni avvocato dell'Unione Europea ricevesse, presso l'ordine di appartenenza, un tipo d'istruzione ampio e approfondito che gli consentisse anche di comprendere la dimensione europea della propria professione.

In quella stessa risoluzione il CCBE, al fine di consentire l'auspicata armonizzazione della qualità della formazione forense, ha elencato alcuni principi essenziali tra cui l'introduzione di un sistema di formazione continua e obbligatoria, con un numero minimo di eventi corrispondente alle ore che tutti gli avvocati sono chiamati a dedicare annualmente alla formazione.

Il CCBE, quindi, nella raccomandazione del 28 novembre 2003, in materia di formazione dell'avvocato europeo, ha indicato le attività da tenere in considerazione per la formazione continua² e, in ordine alle modalità operative, ha suggerito di ricorrere ad un sistema di crediti o di punti, da calcolare in base alle ore dedicate alla formazione e alla rilevanza della materia trattata.

In conclusione, il CCBE, in ogni sua emanazione, si è espresso segnalando tre priorità del processo di formazione:

1. un numero minimo di ore di aggiornamento;
2. un numero minimo di ore da dedicare a materie di base;
3. l'obbligatorietà dell'aggiornamento.

Secondo uno studio del dicembre 2011 del CCBE, svolto con riferimento ai Paesi europei che sono membri a pieno titolo del CCBE (31 in tutto: i 27 Paesi dell'Unione Europea, più Norvegia, Liechtenstein, Islanda e Svizzera), quelli che hanno adottato un sistema obbligatorio di formazione continua sono la maggioranza (18), mentre tra coloro che ancora non hanno un regime di obbligatorietà, cinque stanno valutando di introdurlo.

Gli aspetti critici della nuova legge professionale

La lettura dell'art. 11 della nuova legge professionale, rubricato "Formazione continua", rivela alcune evidenti criticità.

Le esenzioni

La prima ad emergere è relativa alle esenzioni dall'obbligo formativo.

Il regolamento nazionale del CNF del 2007, all'art. 5, aveva previsto alcune tipologie di esenzione per cui:

- erano esonerati dagli obblighi formativi (relativamente alle materie di insegnamento, ma fermo l'obbligo di aggiornamento in materia deontologica,

² Si tratta di: partecipare a lezioni, seminari, incontri, conferenze e congressi; formarsi a distanza, tramite *e-learning*; scrivere articoli, saggi e libri; dedicarsi all'insegnamento; svolgere qualunque altra attività riconosciuta come facente parte della professione forense.

previdenziale e di ordinamento professionale) i docenti universitari di prima e seconda fascia, nonché i ricercatori con incarico di insegnamento;

- veniva rimessa ai Consigli dell'Ordine, su domanda dell'interessato, la possibilità di esonerare l'iscritto dall'obbligo formativo, anche parzialmente, nei casi di:
 - gravidanza, parto, adempimento da parte dell'uomo o della donna di doveri collegati alla paternità o alla maternità in presenza di figli minori;
 - grave malattia o infortunio od altre condizioni personali;
 - interruzione per un periodo non inferiore a sei mesi dell'attività professionale o trasferimento di questa all'estero;
 - altre ipotesi indicate dal Consiglio nazionale forense.
- veniva rimessa ai Consigli dell'ordine, per l'iscritto con più di 40 anni di iscrizione all'albo che ne facesse domanda, la dispensa dall'obbligo formativo, in tutto o in parte, tenendo conto, con decisione motivata, del settore di attività, della quantità e qualità della sua attività professionale e di ogni altro elemento utile alla valutazione della domanda.

Si precisava, inoltre che:

- «l'esonero dovuto ad impedimento può essere accordato limitatamente al periodo di durata dell'impedimento»;
- «all'esonero consegue la riduzione dei crediti formativi da acquisire nel corso del triennio, proporzionalmente alla durata dell'esonero, al suo contenuto ed alle sue modalità, se parziale».

La recente normativa, più genericamente, concede l'esenzione:

- agli avvocati sospesi dall'esercizio professionale per incarico istituzionale (cfr. art. 20, comma 1 L.P.), per il periodo del loro mandato;
- agli avvocati che abbiano compiuto 25 anni di iscrizione all'albo o abbiano compiuto 60 anni di età;
- ai componenti di organi con funzioni legislative e ai componenti del Parlamento europeo;
- ai docenti e ai ricercatori confermati delle università in materie giuridiche.

Nel nuovo regime dell'esonero (in vigore dal 2 febbraio scorso) è sparito, dunque, ogni limite e qualsiasi filtro ad un esonero automatico dall'obbligo formativo per alcune (ampie) categorie di avvocati.

I docenti e i ricercatori non hanno più l'obbligo di formarsi ed aggiornarsi nelle materie "obbligatorie" (lo stesso dicasi per gli avvocati con incarichi istituzionali e quelli con funzioni legislative o che fanno parte del Parlamento europeo), mentre il semplice raggiungimento di 25 anni di iscrizione all'albo o di 60 anni di età determina il venir meno dell'obbligo formativo a prescindere sia dalla "storia" del singolo avvocato sia dalla qualità e quantità dall'attività professionale dallo stesso svolta.

Se una scelta di questo tipo può servire a garantire la certezza delle regole e favorire, forse, un'opportuna omogeneità di trattamento sul territorio italiano, estromettendo dalla valutazione degli esoneri i Consigli dell'Ordine locali, è altresì vero

ed evidente che accettando una tale semplificazione del sistema delle esenzioni si entra in contraddizione con l'obbligo di formazione e il dovere di competenza enunciati in apertura, con conseguente riduzione di efficacia degli stessi.

Eppure le esigenze di formazione, soprattutto sul versante dell'aggiornamento, sembrano maggiori per il professionista d'esperienza, tendenzialmente meno disponibile, proprio per età, alla sempre più convulsa e disorganica evoluzione normativa e giurisprudenziale. Manca, nella legge, soprattutto la necessaria valutazione del tipo d'attività svolta dal professionista e della sua intensità, elementi più facilmente conoscibili dal Consiglio locale dell'ordine ed in funzione dei quali l'esonero potrebbe essere graduato e l'obbligo residuo meglio indirizzato.

La limitazione dell'area dell'esenzione legale per anzianità, almeno in collegamento con la conservazione del titolo di "specialista" e dell'iscrizione all'albo dei "cassazionisti" appare un recupero imprescindibile.

Non sarà un caso se l'Unione Europea parla di *lifelong learning*, definizione oltremodo suggestiva che pone l'accento su tutta la durata attiva della vita della persona.

In Europa, quanto all'esonero dall'obbligo formativo, si rilevano le seguenti posizioni:

- a) riduzione dell'obbligo formativo (presente nella maggior parte dei Paesi europei con formazione continua obbligatoria); è prevista in caso di particolari condizioni personali o giustificati motivi (ad esempio: maternità, gravidanza, malattia); in alcuni Paesi è lasciato alla discrezione dell'organo di controllo, in altri invece, è disciplinato secondo regole prestabilite;
- b) esenzione dall'obbligo formativo per alcune categorie di avvocati; tale esenzione può essere totale, nel caso, ad esempio, di coloro che hanno raggiunto una certa età oppure hanno esercitato per un consistente numero di anni, o parziale, nel caso, ad esempio, di coloro che svolgono attività accademica oppure appartengono agli organismi dell'avvocatura.

Al di fuori del contesto europeo, nella variegata realtà federale degli Stati Uniti d'America, il sistema di formazione continua riguarda tutti gli avvocati "attivi" ovvero gli avvocati che esercitano effettivamente la professione legale, mentre non si applica agli avvocati "non attivi". Anche qui, in alcuni Stati sono esonerati dalla formazione continua gli avvocati che abbiano compiuto una certa età e talora sono previste esenzioni per i membri del Congresso o delle Forze Armate degli Stati Uniti e per i giudici. Ma, a tale riguardo, va precisato che nella maggior parte dei casi questi soggetti sono considerati avvocati "non attivi" e sono sottratti quindi già per questo dall'obbligo formativo.

«Superando l'attuale sistema dei crediti formativi»

La seconda, evidente, criticità che emerge dalla lettura dell'art. 11 è contenuta nel comma 3, laddove si prevede che: «Il CNF stabilisce le modalità e le condizioni per l'assolvimento dell'obbligo di aggiornamento da parte degli iscritti

e per la gestione e l'organizzazione dell'attività di aggiornamento a cura degli ordini territoriali, delle associazioni forensi e di terzi, superando l'attuale sistema dei crediti formativi».

L'ultimo inciso del comma sopra riportato³ ha fatto subito esclamare (talora con gioia) i primi commentatori che la legge impone il superamento dei crediti formativi e, dunque, la loro eliminazione dal sistema formazione.

Ma una lettura più attenta e, soprattutto, più responsabile della norma sembra condurre ad una conclusione diversa che si proverà qui a raggiungere partendo dal confronto, seppur sommario, del nostro impianto formativo con quello degli altri Paesi che hanno adottato un sistema di formazione continua obbligatoria e ragionando sulla necessità, per l'efficacia dell'obbligo formativo, di un sistema che consenta un controllo il più possibile certo e rigoroso.

In Europa

Tra i Paesi europei che hanno un sistema obbligatorio di formazione professionale continua, si rileva quanto segue:

- nella maggior parte dei Paesi la misura dell'obbligo formativo è espressa in “ore”; altri Paesi fanno riferimento a “punti” ed altri ancora (tra cui l'Italia) a “crediti”. In Danimarca l'obbligo è misurato in “lezioni” mentre in Romania si prende in considerazione il numero di eventi (seminari, conferenze ecc.);
- il periodo formativo per valutare il raggiungimento dell'obiettivo formativo è solitamente l'anno, il che significa che è stabilito un numero minimo di ore (o crediti o punti o eventi) da conseguire nell'arco di ogni anno; in alcuni Paesi il periodo formativo è pluriennale, mentre in altri, come in Italia, il periodo di valutazione complessivo è pluriennale, con un minimo di ore/crediti da raggiungere ogni anno (es. triennio, con un minimo di crediti ogni anno);
- i fornitori degli eventi validi per l'adempimento dell'obbligo formativo, possono essere divisi in 3 categorie:
 1. i Consigli dell'Ordine (o *Law Society*) nazionali o locali, i cui corsi sono automaticamente idonei a consentire l'adempimento del percorso formativo obbligatorio;
 2. gli enti accreditati; in alcuni Paesi in cui è previsto un accreditamento preventivo, con inserimento in apposito elenco, di enti abilitati a fornire formazione valida ai fini dell'obbligo formativo, per cui gli eventi offerti da tali enti consentiranno automaticamente l'idoneo conseguimento dell'obiettivo formativo (questa categoria non è presente nel sistema

³ Il relativo emendamento (10.25) risulta presentato una prima volta alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati, ma poi ritirato in seguito all'approvazione di emendamento interamente sostitutivo dell'articolo sulle specializzazioni. Riproposto (quale emendamento 11.25 a firma Cavallaro, Ferranti, Andrea Orlando e Cilluffo) è stato approvato dall'Aula il 9 ottobre 2012 Negli atti parlamentari non si è trovata traccia di particolare motivazione, solo un generico invito alla “modernità” nell'analisi del relatore.

italiano, in cui si è preferito accreditare il singolo evento formativo e non l'ente formatore, al fine di garantire un maggiore controllo sulla qualità della formazione offerta);

3. altri enti; nella maggior parte dei Paesi europei, non ci sono limitazioni al mercato libero della formazione professionale. In alcuni Paesi, tra cui l'Italia, la Francia, il Belgio e il Regno Unito, è prevista la necessità che gli eventi offerti dagli enti esterni al sistema Avvocatura siano preventivamente accreditati, perché possano essere ritenuti "formativi" a tutti gli effetti;
- quanto alle modalità di valutazione degli eventi/attività formative, ferma restando l'automatica validità delle iniziative formative offerte da enti istituzionali o organismi previamente accreditati i vari Paesi europei hanno previsto, per le iniziative offerte da enti terzi, tipologie idonee al conseguimento dell'obiettivo formativo e, con riferimento a queste, hanno stabilito dei parametri generali di valutazione. Solo pochi Paesi, però, fanno riferimento ad un elenco specifico di criteri dettagliatamente predeterminati;
- il controllo dell'adempimento dell'obbligo formativo avviene secondo:
 - a) un sistema di "controllo regolare" per cui ogni avvocato effettua entro il termine stabilito un'autocertificazione eventualmente corredata di documentazione a sostegno;
 - b) un sistema di "controllo a campione".

Alcuni Paesi europei hanno adottato il primo sistema; altri il secondo. Alcuni, infine, li contemplan entrambi.

Le sanzioni previste per il mancato assolvimento dell'obbligo formativo nei vari Paesi europei sono di 2 tipi:

1. sanzioni disciplinari, che variano dall'avvertimento o richiamo al professionista alla ben più grave radiazione dall'albo;
2. sanzioni non disciplinari: alcuni Paesi prevedono l'applicazione di multe pecuniarie da versare all'ordine (Norvegia, con possibilità di radiazione dall'albo in caso di mancato pagamento, rimessa alla valutazione dell'Ordine); altri prevedono dei rigorosi colloqui di valutazione (quasi degli esami), effettuati da un'apposita Commissione, per verificare la competenza professionale dell'inadempiente (Estonia).

Altri Paesi, infine, concedono all'avvocato in difetto un ulteriore periodo di tempo per completare il proprio percorso formativo.

Negli Stati Uniti d'America

Rivolgendo lo sguardo all'esperienza statunitense di formazione continua, pur tenendo in considerazione che ogni Stato detta le regole valide per i propri avvocati, è possibile identificare alcuni elementi comuni:

- la misura dell'obbligo formativo è il credito, calcolato sulla base di ore di formazione;

- il periodo formativo è stabilito su base annuale o pluriennale;
- il conseguimento dei crediti è possibile sia attraverso la partecipazione a corsi, eventi e seminari sia attraverso l'insegnamento, la pubblicazione di testi giuridici, la partecipazione come relatori ad eventi;
- molti Stati ammettono la formazione a distanza (*on line*);
- alcuni prevedono che una parte dei crediti formativi possano essere conseguiti tramite l'auto-formazione (studi e letture personali; ma in questo caso vengono fissati dei requisiti minimi, per cui, ad esempio, l'auto-formazione deve avvenire nell'ambito di un corso di studi strutturato);
- per il controllo dell'adempimento, è solitamente previsto il sistema delle autocertificazioni degli iscritti, mentre in alcuni Stati è prevista una sorta di registro dei crediti dell'iscritto, compilato dagli enti formatori con riferimento ai partecipanti ai propri corsi e poi trasmesso all'ente di controllo della formazione continua;
- in alcuni casi sono previste sanzioni pecuniarie, ma nella maggior parte delle ipotesi si tende a concedere dei periodi di grazia o altri strumenti per consentire all'inadempiente di mettersi in regola.

Altri ordini professionali italiani

Ulteriori spunti, anche evolutivi, possono ricavarsi dal confronto del nostro Regolamento con i sistemi di formazione continua adottati dagli altri ordini professionali italiani.

In via generale, tutti i regolamenti prevedono un sistema obbligatorio di formazione basato sui crediti, con obiettivi formativi espressi in quantità pre-determinate di crediti da conseguire annualmente.

Il regolamento adottato dal Consiglio Nazionale del Notariato, nella versione attualmente in vigore, prevede:

- un'elencazione piuttosto dettagliata delle attività e degli eventi considerati "formativi", con relativa quantificazione dei crediti attribuibili ad ognuno, anche in riferimento alle modalità di svolgimento;
- una serie di criteri oggettivi e predeterminati per valutare la meritevolezza dell'evento ai fini del riconoscimento dei crediti formativi (tipologia dell'evento, durata, materie trattate, modalità di trattazione con preferenza per il taglio pratico e operativo, numero e qualifica dei relatori, materiale distribuito).

L'ordine dei medici, che per primo ha adottato un sistema di formazione continua obbligatoria (ECM) e vanta dunque una maggiore esperienza in materia, è di recente passato da una prima fase in cui venivano accreditati i singoli eventi alla situazione attuale, che prevede l'accREDITamento degli enti che fanno formazione, i c.d. "*provider*" (accordo della Conferenza Stato-Regioni del 19 aprile 2012, suppl. ord. G.U. n. 98 del 14 maggio 2012, contenente le Linee Guida sul nuovo sistema di formazione continua).

Le Linee Guida definiscono i requisiti minimi richiesti per accreditare un soggetto organizzatore di eventi formativi: sono indicate minuziosamente le caratteristiche societarie dell'aspirante *provider*, le risorse finanziarie e organizzative che deve dimostrare di avere, le procedure per il controllo della qualità dell'offerta formativa.

Soddisfatti questi requisiti i *providers* avranno un accreditamento provvisorio valido al massimo per due anni. L'accreditamento definitivo potrà essere richiesto dopo 12 mesi, per i soggetti che hanno almeno tre anni di esperienza nel campo, o dopo 18 mesi, per i nuovi provider.

Inoltre ogni anno il 10% dei *providers* dovrà essere ispezionato dall'Ente che lo ha accreditato (commissione nazionale, regionale o provinciale) per verificare requisiti e qualità.

È prevista quindi la formazione di un albo nazionale dei *providers*, che includerà sia i *providers* accreditati a livello nazionale che quelli accreditati a livello regionale o provinciale. Nell'albo saranno raccolte anche le segnalazioni di criticità rilevate dal sistema di controllo della qualità.

Anche questo può essere uno spunto interessante da tenere in considerazione in sede di revisione dell'attuale sistema di formazione professionale forense.

È altrettanto interessante poi rilevare come il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti contabili (il cui Regolamento sulla formazione continua non si discosta molto da quello forense), nelle linee guida del 17 dicembre 2009 indirizzate agli ordini territoriali, abbia sottolineato «l'opportunità di istituire un sistema premiante che incentivi l'adempimento da parte dei colleghi, attraverso, ad esempio, l'esclusione degli iscritti inadempienti dalle segnalazioni per l'assunzione di incarichi effettuate dall'Ordine su richiesta di enti pubblici e privati, ovvero la pubblicazione degli elenchi degli iscritti in regola con l'obbligo formativo».

In conclusione, con riferimento all'adempimento dell'obbligo formativo, è possibile pensare ad un sistema di controllo alternativo a quello dei crediti?

In realtà è teoricamente possibile.

Anzi, la letteratura di settore caldeggia un altro sistema: si tratta di un approccio *a posteriori* (il c.d. *output approach*), l'esatto inverso di quello *a priori* (l'*input approach*) basato sui crediti formativi o sul numero di ore di formazione conseguite che al momento caratterizza il nostro come tutti i sistemi analizzati.

L'*output approach* è un criterio basato sulla verifica delle competenze acquisite e richiede agli iscritti di dimostrare lo sviluppo ed il mantenimento delle competenze necessarie allo svolgimento dell'attività professionale attraverso il risultato dell'apprendimento. Tale opzione appare sostanzialmente impraticabile.

Non solo perché imporrebbe agli Ordini territoriali un carico di controllo (pure se campionario) non sostenibile nella realtà dei numeri dell'avvocatura italiana, ma soprattutto perché si risolverebbe in una verifica contenutistica (un esame, in sostanza) poco compatibile con la disciplina legale (anche costituzionale) dell'abilitazione alla professione.

Pure sostanzialmente utopistica, in termini di effettività degli adempimenti e di possibilità di serio controllo, e critica per il riscontro di capacità che imporrebbe, appare la variante (anch'essa basata sull'approccio *a posteriori*) che propone di trasferire nell'avvocatura la verifica di professionalità prevista per i magistrati attraverso una documentata relazione triennale autocertificata sull'attività professionale in concreto svolta⁴.

Dunque, alla luce anche del confronto con il panorama interno ed internazionale della formazione continua, si può ritenere che l'inciso «superando l'attuale sistema dei crediti formativi» vada inteso nel senso che debba essere superato non il sistema dei crediti in sé che, come visto, è uno standard mondiale, ma il sistema com'è strutturato nel concreto «attualmente», attraverso una sua revisione anche profonda, finalizzata a garantire un controllo certo, equo e in alcune ipotesi anche premiante dell'adempimento dell'obbligo a formarsi.

Come evolvere verso il diritto alla formazione

Direzione e finalità del cambiamento

La legge professionale indica chiaramente a quali finalità tende la formazione professionale continua degli avvocati.

Considerate le specificità della professione forense, la nuova legge conferma il fondamento etico e chiarisce, infatti, che l'aggiornamento costante e continuo delle competenze deve:

- assicurare la qualità delle prestazioni professionali;
- contribuire al migliore esercizio della professione nell'interesse degli assistiti e dell'amministrazione della giustizia.

La formazione si presenta così come uno strumento necessario, volto ad accrescere conoscenze, abilità e competenze degli avvocati per assicurare la qualità delle prestazioni e quindi una maggiore tutela dei diritti dell'assistito, nonché degli interessi della società in generale, attraverso una buona amministrazione della giustizia.

L'occasione di rinnovamento che la nuova legge professionale impone potrà rappresentare non solo un'opportunità per migliorare l'esercizio della professione, ma anche per renderla più moderna.

Tuttavia, la formazione potrà svolgere correttamente il suo ruolo se non sarà più percepita come un obbligo imposto ed ulteriore peso in una già impegnativa vita professionale, ma come un momento naturale di sviluppo dell'attività, un adempimento dovuto agli assistiti ed in sostanza un diritto dell'avvocato, originario perché connaturato all'essenza della professione.

In questa prospettiva la domanda principale è come evolvere dall'obbligo di formazione al diritto alla formazione?

⁴ G. SCARSELLI, *Note sulla nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*, in *Il Corriere giuridico*, 2013, pp. 301 ss.

Cosa salvare dell'attuale sistema

Prima di proseguire nell'analisi delle possibili evoluzioni della formazione professionale continua, occorre prestare maggiore attenzione ad alcune norme dell'attuale Regolamento.

Esso presenta, infatti, alcuni principi ispiratori, ben collaudati nell'esperienza ormai quinquennale, che, se non fossero mantenuti e preservati, potrebbero inficiare il futuro sistema formativo. Questi sono:

- la tendenziale gratuità dell'offerta del sistema forense;
- la libertà di scelta, anche geografica;
- l'uniformità territoriale;
- la libera concorrenza.

Quanto al primo punto, dev'essere sottolineato ed esaltato, infatti, l'impegno del CNF e della maggioranza dei Consigli territoriali a promuovere un'offerta formativa adeguata pur nella varietà delle esperienze sul territorio, pratica e pragmatica. La sua gratuità tendenziale ha svolto un'importante azione di stimolo per l'elevazione della qualità dell'offerta complessiva del mercato ed ha svolto, in chiave pro-concorrenziale, una fondamentale azione calmieratrice rispetto alle proposte provenienti da enti formatori terzi.

Essenziale, in tal senso, la formazione di elevata qualità, in contenuti avanzati e in metodologie didattiche, diffusa dalla Scuola Superiore dell'Avvocatura, articolata su continui incontri sul territorio che hanno privilegiato temi basilari, quali i diritti umani, e discipline strumentali, a partire dalla teoria dell'argomentazione, della persuasione e del linguaggio, argomenti sempre più diffusi grazie al reticolo organizzato e coordinato delle Scuole forensi.

Altro principio fondante del regolamento è, appunto, il principio della libertà di scelta da parte dell'iscritto delle iniziative formative, all'unica condizione che quest'ultime rientrino tra quelle accreditate dall'ordine forense, locale o nazionale secondo competenza.

Tale libertà non è solo relativa al tipo e contenuto dell'iniziativa formativa ma è e dev'essere anche geografica

Inoltre al fine di evitare l'inutile perdita di occasioni formative, qualora l'avvocato abbia partecipato o intenda partecipare ad iniziative formative, per le quali l'Ente promotore non abbia richiesto il preventivo accreditamento, l'interessato potrà mettere a frutto la sua partecipazione grazie alla previsione dell'art. 3, 1° comma, lett. c) del Regolamento.

In questa prospettiva, l'applicazione uniforme ed omogenea dell'unico regolamento nazionale appare una necessità da recuperare.

Negli oltre quattro anni di sua applicazione, il Regolamento ha assistito non solo a giustificati adeguamenti alle diverse esigenze locali, ma anche a stravolgimenti (per esempio, quanto al numero di crediti da conseguire, alla "tassazione" dei richiedenti accredito, alla diversa valutazione della formazione *on line*) incoerenti con la finalità qualitativa e incompatibili con l'unicità dell'abilitazione professionale.

La centralità delle regole sulla formazione continua, già riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa su base deontologica, è ora fondata, in modo chiaro e diretto, sulla norma primaria, così da rendere certamente inammissibili significativi scostamenti locali.

Le norme ricordate andrebbero preservate anche al fine di garantire l'ultimo dei principi fondanti il Regolamento, ovvero la libera concorrenza.

Il Regolamento e la prassi ormai stabilizzata dell'azione del Consiglio nazionale forense dedicano, infatti, grande attenzione alla libera concorrenza: il Regolamento attualmente prevede la possibilità di adempiere l'obbligo formativo anche attraverso la partecipazione ad iniziative formative organizzate e promosse da Enti formatori privati, purché preventivamente accreditate dal CNF o dai Consigli territoriali secondo rispettiva competenza.

Sono immediatamente evidenti i conflitti e le potenziali restrizioni concorrenziali che potrebbero derivare dall'essere, il sistema ordinistico, unico competente per l'accredito ed al contempo produttore di eventi formativi.

D'altra parte anche la Corte di Giustizia Europea con la recentissima sentenza OTOC (sentenza 28 febbraio 2013 nella causa C-1/12) ha portato all'attenzione di tutti gli ordini professionali dell'Unione la necessità di garantire la libera concorrenza nel mercato della Formazione professionale continua.

Questa sentenza, con una tempistica quasi perfetta, costituisce una base essenziale per lo studio del futuro Regolamento, perché pone una serie di criteri direttivi e punti fermi su come gli Ordini possono e devono regolamentare questo settore, e meriterà forse maggior attenzione in un prossimo intervento.

Il metodo casistico nella didattica forense alla luce della legge di riforma professionale n. 247 del 2012

Paolo Doria

Dalla scuola della legge alla scuola dei casi: il metodo casistico per lo stimolo dell'autoformazione del giurista

Il punto di partenza di questo breve intervento è il richiamo all'importanza della didattica forense nella formazione del giurista pratico¹: prima di affrontare una causa è necessario acquisire un patrimonio di conoscenze culturali e umane che non può essere appreso soltanto con il proficuo compimento degli studi universitari².

Occorre saper affrontare il passaggio dalla scuola della legge alla scuola dei casi³.

È in questo ambito che si inserisce lo strumento didattico del metodo casistico che si incentra proprio sullo stimolo della capacità del discente di saper affrontare e risolvere casi giuridici⁴.

¹ Sul problema della formazione degli avvocati: A. MARIANI MARINI, *Il futuro di una professione antica. Prospettive per le scuole forensi*, in G. ALPA (a cura di), *Conferenza Nazionale delle scuole forensi. Atti*, Scuola Superiore dell'Avvocatura, Roma 2009, pp. 11 ss.; Id., *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, Jovene, Napoli 2009, pp. 57 ss.; Id., *Come formare il giurista*, in *Diritto & formazione*, 10/2005, p. 1388; Id., *La formazione dell'avvocato. Il ruolo della scuola forense*, in *La previdenza forense*, 2005, pp. 311 ss.; Id., in CENSIS - CENTRO PER LA FORMAZIONE E L'AGGIORNAMENTO PROFESSIONALE DEGLI AVVOCATI (a cura di), *Introduzione a Un modello formativo per l'avvocatura*, Giuffrè, Milano 2000, p. 23; P. MORO, *Educazione retorica e formazione forense*, in Id. (a cura di), *Sul metodo della didattica giuridica*, EUT, Trieste 2011, pp. 25 ss.

² P. DORIA, *Il metodo giuridico e la tecnica difensiva. La strategia processuale dell'avvocato civilista*, in P. MORO (cura di), *Il Diritto come processo*, Franco Angeli, Milano 2012, pp. 125 ss.; A. GENTILI, *La formazione dell'avvocato civilista*, in *Cultura e diritti*, 2/2012, pp. 9 ss.; A. MARIANI MARINI, *Tu leggi? Io, perché? Un progetto per dare risposte ai giovani*, in *Diritto e formazione*, 1/2011, pp. 1 ss.; D. CERRI, *Il ruolo della letteratura nella formazione e nell'educazione del giurista. Il progetto libro per gli avvocati italiani*, in *Diritto e Formazione*, 2011, pp. 312 ss.; Id., *Diritto e letteratura*, in *Cultura e diritti*, 2/2012, pp. 131 ss.

³ N. IRTI, *La formazione del giurista*, in *La previdenza forense*, 3/2004, p. 201; U. VINCENTI, *Dalla legge al caso: l'attività inventiva dell'avvocato attraverso il caso concreto*, in A. MARIANI MARINI - M. PAGANELLI (a cura di), *L'avvocato e il processo. Tecniche di difesa*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 349 ss.; Id., *Dalla legge al caso: la tecnica della decisione nei sistemi legali*, in A. MARIANI MARINI (a cura di), *Le strategie della difesa*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 165 ss.

⁴ Sul metodo casistico: P. MORO, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, Libreria Al Segno Editore, Pordenone 2009, pp. 44 ss.; P. DORIA, *Il metodo casistico, la retorica forense e la redazione dei testi giuridici nella scuola di formazione degli avvocati*, in P.

In realtà, quando si tratta del metodo casistico, ci si trova ai confini tra il contenuto e il metodo della didattica forense: infatti, quando si approfondiscono materie come la tecnica dell'argomentazione, la retorica forense e le tecniche di redazione di atti giudiziari e pareri, si finisce sempre per affrontare problematiche di tipo metodologico. Del resto, è proprio questo il tratto distintivo tra il percorso di studi universitario e quello della formazione forense: il primo deve privilegiare la trattazione degli istituti e dei principi, il secondo la capacità di risolvere singoli casi attraverso l'acquisizione di un adeguato metodo di ragionamento argomentativo.

In questo senso il movimento formativo forense, già agli albori della propria costituzione, si interrogava sui contenuti e sulla metodologia didattica da proporre nelle scuole di formazione per praticanti avvocati. Era assolutamente condiviso il principio secondo il quale non era possibile riproporre le lezioni frontali di apprendimento tipiche del corso universitario, che rischiavano di tradursi in inutili ripetizioni prive di reale efficacia formativa⁵.

Ora, a distanza di tre lustri, questa impostazione appare ulteriormente consolidata ed è sostenuta da tutti gli studiosi della didattica forense⁶.

La funzione didattica della lezione frontale deve avere una funzione del tutto residuale⁷, anche se rimane indispensabile in talune circostanze, soprattutto di fronte ai grandi numeri di iscritti alle Scuole forensi, pur nell'ambito di un generale calo a livello nazionale dei praticanti avvocati.

Tuttavia, l'introduzione obbligatoria dei corsi di formazione per l'accesso alla professione forense, visto l'art. 43 della legge n. 247 del 2012, ripropone il problema dei numeri degli iscritti, soprattutto in quelle realtà ordinarie che non si sono adeguatamente attrezzate in questi anni trascurando la costituzione delle Scuole forensi, che pure avevano avuto una matrice normativa ancora con il d.p.r. n. 101 del 1990⁸.

MORO (a cura di), *Il Diritto come processo*, cit., pp. 59 ss.; ID., *L'esperienza metodologica dei gruppi di studio per l'apprendimento delle tecniche di comunicazione scritta nella scuola di formazione degli avvocati*, in *Diritto e formazione*, 4/2010, pp. 660 ss.

⁵ A. MARIANI MARINI, *Introduzione a un modello formativo per l'avvocatura*, cit., p. 25.

⁶ A. BERNARDO - A. MARIANI MARINI - M. PAGANELLI, *Linee guida per le Scuole Forensi*, Scuola Superiore dell'Avvocatura, Roma 2008, pp. 9 ss.; D. CERRI, *Nuova formazione: riflessioni teoriche ed applicazioni pratiche*, in *Diritto e formazione*, 4/2008, p. 617.

⁷ G. PASCUZZI, *Per una metodologia didattica*, in *Diritto e formazione*, 5/2009, p. 767.

⁸ P. DORIA, *L'esperienza metodologica dei gruppi di studio per l'apprendimento delle tecniche di comunicazione scritta nella scuola di formazione degli avvocati*, in *Diritto e formazione*, 4/2010, p. 660; ancora solo un paio di anni fa, solo 96 ordini sugli oltre 160 avevano costituito delle realtà formative proprie o consorziate. La Scuola Superiore dell'Avvocatura monitora costantemente lo sviluppo delle scuole nel territorio nazionale, anche se credo che, allo stato attuale, si possa parlare di formazione distribuita a macchia di leopardo, dove a realtà di assoluta eccellenza si alternano zone prive di qualsiasi supporto formativo istituzionale.

La didattica fondata su un programma addestrativo-pratico basato su simulazioni, sperimentazioni, ricerche e lavori di gruppo, privilegia il metodo casistico.

Questo tipo di strumento didattico richiede un numero contenuto di frequentanti, normalmente dalle 15 alle 40 persone al massimo, anche se personalmente ho visto alcuni docenti di straordinaria capacità saper trattare e discutere un caso con una platea di 200 discenti.

L'adozione del metodo casistico in questi termini non deve scoraggiare le grandi realtà che si scontrano con numeri di iscritti ancora superiori. Infatti, è sempre possibile suddividere gli iscritti in gruppi adeguatamente dimensionati, condotti o quanto meno affiancati da giovani *tutors* che possono sfruttare questa esperienza come insostituibile bagaglio di esperienza per il futuro incarico di docenti.

L'approccio metodologico casistico è essenzialmente pratico: il diritto nasce come prassi (*ex facto oritur ius*)⁹.

L'insegnamento del diritto tradizionale si basa su una concezione normo-centrica della didattica di origine giuspositivistica ormai del tutto superata¹⁰. Il trionfo della legge nel novero delle fonti del diritto, scaturito dall'illuminismo settecentesco, rappresenta un sistema in crisi¹¹: si è da tempo registrata una evoluzione dalla *legislatio* alla *iurisdictio*, perché oggi nella pratica giudiziaria la regola applicabile al caso concreto trae la sua fonte dall'interpretazione giurisprudenziale¹² piuttosto che dalla legge. Per non parlare poi della necessità di saper ricorrere al diritto europeo o sovranazionale.

L'approccio didattico di tipo casistico, tra l'altro, è prescritto sia dall'art. 3 del d.p.r. n. 101/1990 che disciplinava le scuole di formazione forense prima dell'art. 43 della legge n. 247/2012, sia dall'art. 7 del decreto 21 dicembre 1999 n. 537 che regola le scuole di specializzazione per le professioni legali.

⁹ M. MANZIN, in P. MORO (a cura di), *Metodologia della scrittura forense*, UTET, Trento 2006, p. 7; P. MORO, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, cit., pp. 22 ss.

¹⁰ A. MARIANI MARINI, *Scienza giuridica e argomentazione forense*, in *Diritto e formazione*, 1/2010, p. 141; P. MORO, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, cit., pp. 22 ss.

¹¹ U. VINCENTI, *Argomenti e decisioni argomentate correttamente*, in A. MARIANI MARINI - F. PROCCHI (a cura di) *L'argomentazione e il metodo nella difesa*, PLUS, Pisa 2004, p. 41.

¹² A. MARIANI MARINI, *Il ragionamento dell'avvocato. Le tecniche dell'argomentazione nel discorso giudiziale*, in *Diritto e formazione*, 2/2008, pp. 285 ss.; ID., *Avvocatura, diritto vivente e diritti fondamentali*, in A. MARIANI MARINI - D. CERRI (a cura di), *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*, PLUS, Pisa 2007, pp. 7 ss.; U. VINCENTI, in U. VINCENTI - A. MARIANI MARINI - F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, PLUS, Pisa 2005, p. 22; G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto vivente. Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*, cit., pp. 11 ss.; A. GENTILI, *La tecnica dell'argomentazione*, in *Diritto e formazione*, 1/2009, p. 114; M. PAGANELLI, *Il diritto giurisprudenziale e l'uso consapevole del precedente*, in *Diritto e formazione*, 4/2008, pp. 625 ss.

Il metodo casistico consiste normalmente nella trattazione congiunta di un caso tra il docente e i discenti per stimolare il processo di autoapprendimento maieutico¹³. I docenti, in sostanza, ricercano un caso controverso oggetto di recenti dispute giurisprudenziali¹⁴ e lo sottopongono ai praticanti; normalmente il quesito viene proposto in anticipo rispetto allo svolgimento della discussione, in modo tale che l'allievo possa adeguatamente documentarsi e prepararsi con opportune ricerche.

Sono note, però, anche applicazioni del metodo casistico “a sorpresa”, per sviluppare l'attitudine dei giuristi a dover affrontare situazioni anche processuali impreviste, dovendo comunque orientarsi sulla base per lo meno di principi generali. In questa ipotesi il docente sottopone il caso ai praticanti senza anticipare il tema. La mia esperienza di docente, però, mi vede decisamente più favorevole all'utilizzo “ragionato” del metodo casistico, perché la trattazione di casi su argomenti non adeguatamente conosciuti da parte degli allievi rischia di far venire meno quel meccanismo di interazione tra docente e discente che costituisce il vero fine didattico di questo strumento formativo. In altre parole, in queste circostanze si rischia concretamente che la trattazione del caso ritorni ad essere un monologo del docente che parla ad una platea distratta e spaesata.

Questo orientamento, peraltro, discende anche dalla mia formazione civilistica: infatti, l'attività difensiva civile normalmente si traduce nella redazione di pareri e atti difensivi in studio, con possibilità di approfondire le tematiche trattate consultando testi, banche dati giurisprudenziali e manuali.

Del tutto diverso è il discorso per i penalisti, che indubbiamente nell'ambito del confronto processuale prevalentemente orale dell'arringa penale devono saper sviluppare la capacità di fronteggiare e padroneggiare le situazioni impreviste anche sotto il profilo delle questioni giuridiche, oltre che emotive.

L'utilizzo del metodo casistico, che per il diritto civile si risolve nella trattazione scritta di casi controversi, è opportuno che sia preceduto da un'introduzione alla tecnica di redazione dei pareri legali stragiudiziali e degli atti difensivi.

Non è possibile nell'ambito di questa breve intervento trattare gli schemi della retorica forense applicata all'elaborazione dei pareri e degli atti giudiziari¹⁵.

¹³ G. PASCUZZI, *Didattica a base di problemi*, in *Diritto e formazione*, 5/2008, p. 788.

¹⁴ P. MORO, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, cit., p. 58.

¹⁵ Per maggiori approfondimenti: A. MARIANI MARINI, *Strategie concettuali nella redazione dell'atto difensivo*, in *Rassegna forense*, 2001, pp. 821 ss.; Id., *Appunti per un parere. La consulenza difficile del giovane avvocato*, in *Diritto e formazione*, 3/2007, pp. 449 ss.; Id., *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, cit.; Id., *Se l'avvocato scrive al giudice: l'atto difensivo nella tipologia dei testi*, in A. MARIANI MARINI - M. PAGANELLI (a cura di), *L'avvocato e il processo. Tecniche di difesa*, cit., pp. 131 ss.; D. POTO, *Note sparse sul parere legale*, in *Diritto e formazione*, 8/2008, pp. 899 ss.; U. VINCENTI - A. MARIANI MARINI - F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, cit.; U. VINCENTI, *La metodologia giuridica nella formazione dell'avvocato*, in *Diritto e formazione*, 6/2008, pp. 918 ss.; Id.,

In estrema sintesi, lo scopo dello strumento didattico del metodo casistico consiste nell'apprendere le tre tappe del ragionamento giuridico dell'avvocato: il discente, in sostanza, deve imparare a saper individuare il problema, trovare la regola applicabile e dare una soluzione¹⁶. Si inizia dall'analisi della fattispecie, ovvero la *status causae*; poi si deve passare alla ricerca degli argomenti giuridici, ovvero la *inventio* della tradizione classica; infine, si deve saper proporre una conclusione coerente e persuasiva in rapporto alla tesi difensiva sostenuta¹⁷.

Il metodo casistico sconfina con applicazioni ancora più evolute, come la didattica a base di problemi (*problem based learning*), che puntano a far acquisire all'allievo conoscenze che rimangano stabilmente nel suo patrimonio intellettuale e professionale al fine di analizzare e risolvere problemi giuridici¹⁸.

Si tratta ovviamente dello scopo ultimo della didattica forense, perché porta a sviluppare una generazione di avvocati colti, preparati e diligenti.

Il metodo casistico e la legge n. 247/2012

La sintesi di questo contributo non può che operare un confronto tra il metodo casistico e le prospettive di utilizzo di questo strumento didattico alla luce delle novità introdotte con la legge di riforma professionale n. 247 del 31 dicembre 2012.

Non si intende certamente entrare nel merito dell'analisi normativa della legge n. 247 sotto il profilo della sua interpretazione ai fini formativi e didattici, affidata a studiosi ben più autorevoli del sottoscritto, come il prof. Perfetti e il prof. Pascuzzi. Tuttavia, sembra opportuno cogliere almeno qualche spunto di riflessione.

Innanzitutto, si deve evidenziare che i primi contributi dottrinali seguiti all'approvazione della legge non affrontano il problema dei contenuti e dei me-

Suggerimenti per scrivere un ragionamento giuridico, in *Diritto e formazione*, 2/2007, pp. 283 ss.; P. MORO (a cura di), *Metodologia della scrittura forense*, cit.; Id., *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, cit.; F. MACARIO, *Metodologia e tecniche argomentative nell'elaborazione di scritti difensivi*, in A. MARIANI MARINI - F. PROCCHI (a cura di), *L'argomentazione e il metodo nella difesa*, cit., pp. 51 ss.; Id., *Appunti sulla redazione di elaborati scritti in materia giuridica*, in A. MARIANI MARINI - M. PAGANELLI (a cura di), *L'avvocato e il processo. Tecniche di difesa*, cit., pp. 111 ss.; P. RUGGERI (a cura di), *Le tecniche difensive dell'avvocato*, *Dossier mensile di Guida al diritto*, 9/ 2000; A. GENTILI, *La tecnica dell'argomentazione*, in *Diritto e formazione*, 1/2009, pp. 111 ss.

¹⁶ G. PASCUZZI, *Riconoscere e usare gli argomenti interpretativi*, in *Diritto e formazione*, 2/2007, pp. 289 ss.

¹⁷ P. DORIA, *L'esperienza metodologica dei gruppi di studio per l'apprendimento delle tecniche di comunicazione scritta nella scuola di formazione degli avvocati*, in *Diritto e formazione*, 4/2010, pp. 667-669.

¹⁸ G. PASCUZZI, *Didattica a base di problemi*, in *Diritto e formazione*, cit., pp. 788 ss.; Id., *Per una metodologia didattica*, in *Diritto e formazione*, 5/2009, pp. 761 ss., con particolare riguardo a pp. 768-769.

todi didattici nel percorso di formazione divenuto definitivamente obbligatorio ai sensi dell'art. 43¹⁹.

Come spesso succede, il tema centrale della formazione culturale dei giovani avvocati è ritenuto secondario, quasi che su questo fronte non ci si giocasse tutto il futuro della professione forense, chiamata ad affrontare sfide sociali sempre più decisive nei complessi rapporti di una società moderna in continua evoluzione²⁰.

Non ci si rende conto che un adeguato percorso formativo dei giovani non solo consentirà alla nostra plurimillenaria professione di stare al passo con i tempi²¹, ma anche assicurerà una migliore qualità della vita professionale a tutta l'avvocatura, che potrà confrontarsi sui temi professionali con interpreti adeguatamente preparati, riacquistando quella credibilità sociale da troppo tempo perduta.

Ancora una volta, invece, i temi ritenuti più interessanti, per quel che ci riguarda, sono la durata del tirocinio (un mese in più o un mese in meno), la validità di eventuali diplomi sostitutivi e il problema del compenso dei praticanti.

La formazione culturale, invece, non è giudicata motivo di interesse generale, ma tutt'al più di qualche addetto ai lavori.

Ma a prescindere da queste questioni, rimane il tema della prima analisi del metodo casistico alla luce della riforma professionale.

Naturalmente sappiamo bene che i corsi di formazione stabiliti dall'art. 43 della legge n. 247/12 dovranno essere disciplinati con un regolamento ministeriale, sentito il CNF, per cui sarà necessario attendere il decreto attuativo prima di esprimere delle riflessioni più approfondite.

Tuttavia, già ora possiamo proporre alcune brevi considerazioni.

In primo luogo, il metodo casistico potrebbe trovare difficoltà di applicazione nelle realtà ordinistiche condizionate da enormi numeri di iscritti, visto il principio di obbligatorietà sicuramente già vigente ai sensi del 1° comma dell'art. 43.

Ho già esaminato questo aspetto nella prima parte del contributo, evidenziando la possibilità di suddividere i corsi per gruppi, nell'ambito comunque del principio di pluralità dell'offerta formativa che vedrà coinvolte tutte le realtà associative forensi.

¹⁹ Ad esempio, vedasi M. CAVALLARO, *Il nuovo avvocato. Guida alla riforma forense*, ItaliaOggi, Matelica, Milano 2013. L'Autore dedica poche righe al problema dei corsi di formazione, riportando in sintesi i dettami della norma. Anche il primo elaborato dell'Ufficio studi del CNF dedica un paio di righe di commento all'art. 43.

²⁰ Su questo tema, molto diffusamente e approfonditamente, vedasi A. MARIANI MARINI, *Il tempo che verrà. Avvocatura e società*, Pisa University Press, Pisa 2012.

²¹ U. VINCENTI, *La struttura argomentativa del diritto occidentale*, in U. VINCENTI - A. MARIANI MARINI - F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, PLUS, Pisa 2004: «un giurista che non vivesse immerso nella società avvertendone le tendenze resterebbe una caricatura (lo diceva Carnelutti nella sua Metodologia), inutile, se non pericolosa».

In secondo luogo, credo che si possa già affermare che il metodo casistico sia imposto dalla lettera b del 2° comma dell'art. 43: infatti, il richiamo all'insegnamento, ritenuto essenziale, della redazione degli atti giudiziari e della tecnica di redazione del parere stragiudiziale, impone ineluttabilmente l'adozione del metodo casistico.

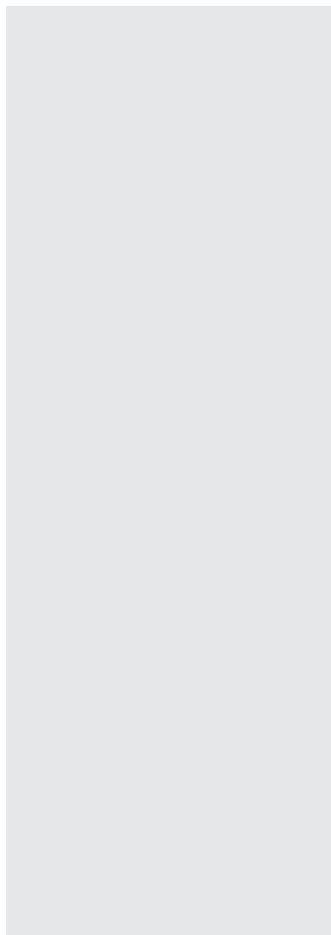
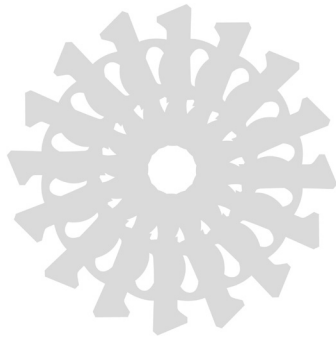
Ma vorrei porre l'attenzione anche sui criteri di valutazione delle prove scritte e orali dell'esame di stato stabilite dal 6° comma dell'art. 46.

Non si tratta di una novità assoluta, giacché l'impianto normativo recepisce quanto era già stabilito in precedenza dall'art. 1-*bis*, comma 9, della legge 18 luglio 2003 n. 180: si devono valutare la chiarezza, la logicità e il rigore metodologico dell'esposizione, la dimostrazione della capacità di soluzione di specifici problemi giuridici, la conoscenza dei fondamenti teorici degli istituti trattati, la capacità di cogliere profili di interdisciplinarietà e la padronanza delle tecniche di persuasione (nell'atto giudiziario). Come è stato opportunamente notato²², si tratta di valutazioni che riguardano non tanto il contenuto della soluzione data, quanto l'approccio metodologico nelle tecniche di scrittura forense che non può prescindere dall'adozione del metodo casistico.

In altre parole, credo che si possa concludere affermando che, anche in prospettiva, lo strumento didattico del metodo casistico non solo sia insostituibile in materie determinanti come la tecnica dell'argomentazione e la redazione di testi giuridici, ma sia addirittura imposto dalla legge di riforma professionale, anche senza la necessità delle ulteriori disposizioni attuative.

²² P. MORO, in P. MORO (a cura di), *Metodologia della scrittura forense*, Utet, Trento 2006, p. 14; ID., *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, cit., pp. 68-69.

ARGOMENTAZIONE E LINGUAGGIO



Argomentare in processo

Il “ragionamento per dicotomie” nella strategia difensiva

Fabrizio Macagno* e Federico Puppo

Introduzione

Il proposito di questo scritto¹ è quello di presentare alcune considerazioni sul ragionamento per dicotomie (o ragionamento per opposti) che, come vedremo, riveste particolare importanza nei contesti argomentativi del diritto: d'altra parte, sin dall'antichità, la tradizione dialettica greca, latina e medievale² ha spesso avuto modo di evidenziare la grande importanza della strategia dell'affermare negando, soprattutto nell'ambito delle discussioni giuridiche. Il modello classico si mostra a tutt'oggi profondamente attuale, poiché fornisce una chiave di lettura (o, piuttosto, un fondamento teorico) all'analisi dei fenomeni dialettici che si possono riscontrare nel contesto processuale: ne danno testimonianza le ricerche condotte con riferimento a tradizioni giuridiche profondamente studiate dal punto di vista argomentativo, quali sono, in generale, quelle appartenente alla tradizione di *common law* e, in particolare, quella statunitense. In effetti, la tradizione giuridica continentale ha nei secoli lasciato sempre meno spazio all'approfondimento dei ragionamenti di tipo pratico-argomentativo, rispetto ai quali, in sintonia con il predominante paradigma positivistico, da un certo punto in avanti si è definitivamente preferita un'opzione astratta di tipo deduttivistico, riversata nelle formule del sillogismo giudiziale di beccariana memoria. In effetti, «i teorici e i filosofi del diritto italiani (e, più in generale, continentali) non sempre si trovano a proprio agio con le opere di teoria del diritto di area anglosassone, caratterizzate da una spiccata attenzione nei confronti della pratica giuridica concreta, dei casi giurisprudenziali, dei problemi reali di giuristi, giudici ed avvocati»³.

* L'autore desidera ringraziare lo studio legale Martinez & Novebaci per la consulenza fornita e la *Fundação para a Ciência e a Tecnologia* per il fondo di ricerca *Argumentation, Communication and Context* (PTDC/FIL-FIL/110117/2009).

¹ Lo scritto, frutto della collaborazione tra i due co-autori, nasce da un lavoro sulle dicotomie di esclusiva spettanza di F. MACAGNO (pubblicato inizialmente in lingua inglese in *Ratio Juris*), cui F. PUPPO, d'accordo con F. MACAGNO, ha contribuito in veste di revisore per questa pubblicazione, modificando le parti più tecniche e aggiungendo alcune considerazioni giuridiche di carattere più generale.

² Cfr. I. ANGELELLI, *The techniques of disputation in the History of Logic*, in *The Journal of Philosophy*, 67/1970, p. 808.

³ A. SCHIAVELLO, *Neil Mac Cormick teorico del diritto e dell'argomentazione giuridica*, in P. COMANDUCCI - R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 1999, pp. 307-345 (ora disponibile anche in versione telematica).

Si tratta di questioni note, su cui non occorre quindi spendere altre parole; altrettanto note sono, peraltro, le ragioni della crisi che, almeno dalla seconda metà del secolo scorso, ha reso palesi i limiti di tale tipo di concezione, travolta da quella che è comunemente conosciuta come la «svolta argomentativa»⁴ del 1958, rappresentata dagli studi della *Nouvelle Rhétorique* di Perelman e Olbrechts-Tyteca e degli *Uses of Arguments* di Toulmin. Grazie ad essi si è tornati a parlare di retorica ed argomentazione anche nel contesto giuridico continentale; ciò nondimeno la tradizione classica aspetta ancora di essere riscoperta nella sua interezza, come dimostra la mancanza di approfondimenti su questioni altrove già da tempo studiate quali, ad esempio, proprio il ragionamento per dicotomie⁵. Si tratta, come si vedrà, di una forma di ragionamento che viene comunemente (ma magari inconsapevolmente) usata nei discorsi in ambito forense: capirne la struttura è però forse meno immediato di quanto possa sembrare ed appare così necessario spendere qualche parola sul punto.

Natura e caratteristiche del ragionamento per dicotomie

Il ragionamento per dicotomie (o per opposti) è quella forma di ragionamento che consente di stabilire fatti, classificare eventi e fondare valutazioni, e per sostenere possibili errori o eccezioni procedurali. In modo piuttosto approssimativo, si può dire che tale forma di ragionamento, in presenza di due o più alternative, conduce motivatamente a sceglierne una e ad escludere l'altra (o le altre): si tratta, in buona sostanza, di presentare un'incompatibilità fra alcune possibilità (ad esempio, nel momento in cui un crimine è stato commesso a Roma, l'imputato si può trovare o sul luogo del delitto oppure in un altro posto) e, provata una delle due alternative (in quel momento l'imputato si trovava ad Atene), trarre la dovuta conseguenza (quindi: l'imputato non era a Roma e non può essere il colpevole perché nessuno può essere in due posti contemporaneamente).

La "regola" o, più semplicemente, ciò che consente di risolvere il dilemma (per essere esatti dovremmo dire il paradigma causale o semantico) può essere condiviso dalle parti impegnate nella discussione o semplicemente essere da queste presupposto. Ad esempio, il fatto che nessuno possa essere in due

⁴ Mutuiamo l'espressione dal titolo di A. CATTANI - P. CANTÙ - I. TESTA - P. VIDALI, *La svolta argomentativa. 50 anni dopo Perelman e Toulmin: 1958-2008*, Loffredo, Napoli 2009. Per alcuni ulteriori approfondimenti sul modello del sillogismo giudiziale e sulle ragioni della sua insostenibilità v. almeno M. MANZIN, *L'ordine infranto. Ambiguità e limiti delle narrazioni formali nel diritto dell'età post-moderna*, in *Tigor: rivista di scienze della comunicazione*, 1/2009, pp. 31-41 (disponibile on-line al sito http://www.openstarts.units.it/dspace/bitstream/10077/3188/1/Tigor_01_manzin.pdf).

⁵ Ma si tratta solo di un esempio: in generale si può notare come tutto il tema dell'analisi e dell'impiego degli schemi argomentativi sia ancora di spettanza della letteratura in lingua inglese, spesso d'oltreoceano, come dimostra, su tutti, D. WALTON - C. REED - F. MACAGNO, *Argumentation Schemes*, Cambridge University Press, New York 2008.

posti contemporaneamente è assumibile come presupposto diremmo “universale” (è difficilmente confutabile) e, in quanto tale, non occorrerebbe neppure esplicitarlo (sarebbe cioè difficile trovare qualcuno disposto a negarlo); in altri casi – come, ad esempio, in ipotesi in cui si discute circa regole sociali o definizioni o significati di parole – si usa invece fare riferimento a quanto, in un certo contesto, è normalmente condiviso (in entrambi i casi si usa riferirsi a tale assunzione con il termine di *commitment*, ma non è difficile intravedere in tali caratteristiche quelle che sono proprie degli *endoxa* di aristotelica memoria)⁶. Ad esempio, potremmo dire che una certa parola o espressione verbale può rappresentare un’offesa al decoro ed onore personale, e quindi integrare gli estremi per il reato di ingiuria: ma si sa che si tratta di situazioni soggette a mutamento o anche relative a contesti sociali differenti; o, ancora, si pensi ai dibattiti relativi alla definizione di “atto osceno”, e così via: in tutti questi casi, ciò che consente di risolvere il dilemma (se cioè, ad esempio, un certo epiteto possa essere considerato ingiurioso o no) ha uno statuto diverso rispetto al principio per cui una persona non può essere in due posti contemporaneamente: se quest’ultimo è un fatto che appare “scontato”, nei casi precedenti il paradigma semantico va esplicitato e discusso. Possiamo così immaginare che, se normalmente non troveremmo nessuno disposto ad affermare il principio della bilocazione, normalmente troveremmo qualcuno (almeno in processo) disposto a contestare la qualificazione proposta da una delle parti per risolvere il dilemma in tema di definizione di “espressione ingiuriosa” o “atto osceno”.

Se questa è, assai approssimativamente, la forma del ragionamento per opposti, vale la pena di notare come le dicotomie possano essere usate per due finalità distinte: o costringere l’interlocutore ad ammettere una specifica proposizione oppure derivare da alcune premesse una particolare conclusione. Nel primo caso – tipico dell’esame e del controesame – il paradigma disgiuntivo viene usato nelle domande per limitare le possibili risposte dell’interlocutore: evidenziando l’irragionevolezza della possibile alternativa, questi viene costretto a fornire una specifica risposta, e quindi ad assumere un *commitment* che molto spesso viene usato contro di lui. Nel secondo caso, invece, una conclusione viene provata tramite l’esclusione delle possibili alternative. In entrambi i casi, tuttavia, la premessa disgiuntiva è considerata come parte della conoscenza condivisa e viene sfruttata per vincolare l’interlocutore ad una particolare proposizione, o esplicitamente (tramite domande) o dialogicamente (tramite il ragionamento dialettico e la soddisfazione dell’*onus probandi*).

⁶ Per alcune considerazioni sulla lezione aristotelica dei *Topici* v. *ex multis* E. BERTI, *L’uso “scientifico” della dialettica in Aristotele*, in *Giornale di metafisica*, XVII, pp. 169-190 (altresì disponibile on-line al sito <http://www.ilgiardinodeipensieri.eu/storiafil/berti1.htm> consultato il giorno 10 settembre 2012); Id. *Il valore epistemologico degli endoxa secondo Aristotele*, in *Dialéctica y Ontología. Coloquio Internacional sobre Aristóteles, Seminarios de Filosofía*, 14-15 (2001-2002), pp. 111-128.

Il ragionamento per dicotomie è così utilizzato in diversi modi e per differenti finalità: evidenziando o manipolando le possibili alternative è possibile mostrare la necessità o l'inevitabilità di una scelta, far ricadere un caso in una specifica fattispecie, giustificare un'azione criminosa o provare l'esigenza o l'inammissibilità di uno specifico gioco dialogico. All'interno di ogni fase il ragionamento per dicotomie può agire in combinazione con particolari strategie dialettiche, fino a spostare l'onere della prova sulla controparte. Per capire tutto ciò la cosa migliore è proporre qualche esempio che, come si vedrà, è possibile rinvenire tanto nella tradizione retorica classica quanto in qualche celebre *case law* contemporaneo.

Ragionamento per dicotomie e fasi della controversia

I modelli dialogici, che ai giorni nostri sono soprattutto sviluppati nell'ambito delle intelligenze artificiali e della filosofia, erano largamente applicati dai giuristi nel mondo antico per analizzare l'argomentazione giuridica. Nella tradizione antica le controversie giuridiche e quotidiane erano esaminate tramite uno schema chiamato *stasis*, in cui l'analisi era suddivisa in quattro livelli: *coniectura*, *finis*, *qualitas*, e *translatio*⁷. Essi corrispondono al livello della sussistenza dei fatti (il fatto è realmente avvenuto?), al livello della classificazione del fatto (si tratta di un reato? si tratta di un omicidio?), al livello della qualificazione del fatto (quali erano i moventi?) e, infine, al livello della correttezza procedurale (l'esame del teste è stato svolto correttamente? il giudice è competente?)⁸.

Un modo per interpretare questo tipo di modello è quello della conoscenza condivisa o, piuttosto, delle presunzioni di partenza: e questo è particolarmente evidente per i livelli della sussistenza, della classificazione e della qualificazione dei fatti. Per comprendere di che cosa si tratti basti considerare come sia possibile definire la natura di un fatto solo se gli elementi di questo sono stati provati: per esempio, è possibile giudicare se un'uccisione è un omicidio colposo o un omicidio volontario solo dopo aver provato che effettivamente la vittima è stata uccisa; similmente è possibile valutare se l'omicidio volontario è stato commesso da una persona incapace di intendere o volere solo dopo aver definito il fatto. L'ultimo livello, quello della correttezza procedurale, non presuppone invece un particolare tipo di conoscenza condivisa, poiché si può considerare una fase meta-dialogica che può intervenire in qualsiasi momento:

⁷ Cfr. K. BARWICK, *Zur Rekonstruktion der Rhetorik des Hermagoras von Temno*, in *Philologus*, 3/4, 109/1965, pp. 186-218; M.T. CICERONIS, *De Invent.*, trad. it. di M. GRECO, Mario Congedo Editore, Lecce 1998, vol. I, pp. 10-11.

⁸ Per una ricostruzione del modello, si veda L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina degli "status" nella retorica greca e romana*, Olms-Weidmann, Hildesheim 1986; M. HEATH, *The Substructure of Stasis-Theory from Hermagoras to Hermogenes*, in *The Classical Quarterly*, 1/1994, pp. 114-129; A. BRAET, *The Classical Doctrine of Status and the Rhetorical Theory of Argumentation*, in *Philosophy and Rhetoric*, 20/1987, pp. 79-93.

in questo tipo di discussione non viene in effetti considerato l'oggetto della vertenza, quanto la modalità di risolverla. È questo il caso, ad esempio, in cui si esamina la procedura della *cross-examination* o della scelta degli esperti, le scadenze del deposito delle memorie, le notifiche, ecc.

Il ragionamento per dicotomie o per opposti interviene in questi quattro livelli, seppur con differenti modalità e diverse finalità. In questa prima parte dell'articolo prenderemo in considerazione le fasi della sussistenza dei fatti e della loro definizione. Nella seconda parte saranno esaminate invece le questioni legate alla qualificazione dei fatti e alla procedura. Dato lo spazio a disposizione non sarà possibile esaminare in modo approfondito le differenti strategie basate su questo tipo di ragionamento e pertanto ci si limiterà a qualche esempio o accenno.

L'uso delle dicotomie nella *conjectura* (sussistenza dei fatti)

Per quanto attiene il livello della sussistenza dei fatti (e per comprendere, relativamente ad esso, la finalità del ragionamento dicotomico) è utile considerare un classico esempio tratto dal *De Inventione* di Cicerone, che mostra come le dicotomie "lavorino" nella *stasis* e nella *conjectura*, e che abbiamo già in precedenza fatto nostro:

Se il giorno in cui l'omicidio fu commesso a Roma io mi trovavo ad Atene, non potevo essere presente all'omicidio. 'Poiché tale proposizione è chiaramente vera, essa non richiede prove ulteriori'. Perciò si assumano da subito i fatti, cioè 'Quel giorno mi trovavo ad Atene'. Se ciò non è accettato, bisogna fornire delle prove; ed una volta che il fatto è stabilito, la conclusione 'Non potevo essere presente al delitto' ne consegue⁹.

In questo caso, un uomo è processato in merito ad un omicidio commesso a Roma; la sua strategia difensiva consiste nel provare che il medesimo giorno del delitto egli si trovava in un'altra città, Atene. La dicotomia tra "essere ad Atene" ed "essere a Roma" in uno specifico giorno è in questo caso fondata non su una definizione contestuale, ma su un nesso di natura causale *chiaramente vero*, che stabilisce l'impossibilità di coprire una determinata distanza in uno specifico arco temporale. Le premesse del ragionamento possono essere esplicitate come sotto:

- Quando l'omicidio è stato commesso a Roma l'imputato era ad Atene.
- Una persona in uno specifico giorno può trovarsi o a Roma o ad Atene.
- Perciò quando l'omicidio è stato commesso l'imputato non poteva essere a Roma.

Questo tipo di opposizione di natura causale mostra l'insussistenza del fatto discusso, cioè l'attribuzione della responsabilità del crimine all'imputato.

⁹ Cicerone, *De Invent.*, cit., vol. I, p. 63.

Un simile ragionamento può essere riscontrato in fase di controesame del teste, in cui la descrizione di specifici fatti può motivare giudizi sulla veridicità delle testimonianze e quindi contribuire a sostenere la tesi di una delle parti. Un esempio di tale utilizzo del ragionamento per dicotomie è rintracciabile nella *cross-examination* del celebre caso O.J. Simpson: in una fase del controesame, la finalità della difesa era sostenere la teoria che le prove incriminanti l'imputato erano state in realtà lasciate sulla scena del crimine dallo stesso agente che avrebbe dovuto condurre le indagini. Lo scopo del controesame era quindi di sollevare sospetti sulla modalità attraverso cui l'agente avesse esaminato il giardino della casa in cui l'omicidio fu commesso e in cui era poi stato ritrovato un guanto sporco di sangue, appartenente all'imputato (in tale esempio la dicotomia agisce al livello della sussistenza dei fatti).

D. Lei ha dato l'ordine a Vannatter di andare a parlare con Kaelin in modo da impegnare due delle quattro persone che erano con Lei nella casa, giusto? Per conversare.
MS. CLARK: Obiezione, si tratta di congettura.

THE COURT: Non accolta.

D. Ha compreso la mia domanda?

R. No.

D. Agente Fuhrman, non è d'accordo sul fatto che ognuno deve essere da qualche parte?

R. Sì.

D. E che una persona non può trovarsi in due posti diversi?

R. Sì.

D. Così se Lei ha fatto in modo da impegnare due persone in una conversazione in un luogo specifico, è improbabile che essi avrebbero potuto essere in un altro posto prima che la conversazione terminasse, giusto?

R. Sono d'accordo.

D. Bene, Le domando ancora una volta. Lei ha ordinato a Phil Vannatter di andare a parlare con Kaelin, senza suggerirgli alcun tema di discussione?

R. Sì, ma non in questi termini.

D. Lei aveva già in mente un piano per andare a cercare qualcosa dietro l'edificio nell'oscurità, giusto?¹⁰

Il ragionamento procede essenzialmente dalla stessa opposizione tra eventi utilizzata da Cicerone: ma, come si vede, in questo caso la premessa comunemente accettata secondo la quale "è impossibile essere in due posti contemporaneamente" è esplicitata dal difensore («Agente Fuhrman, non è d'accordo sul fatto che ognuno deve essere da qualche parte? E che una persona non può trovarsi in due posti diversi?») per evidenziare l'inspiegabilità delle istruzioni fornite dall'agente al collega.

¹⁰ Trascrizione del *Controesame del 14 marzo 1995*, par. 0070-0071, *People v. Orentbal James Simpson*, BA 097211 (L.A. Super. Ct. 1995).

Qui la dicotomia è usata *strategicamente* per sostenere la teoria che Furhman aveva ideato un piano per impegnare i due agenti e rimanere solo sulla scena del crimine e produrre la falsa prova. Il tutto risulta più evidente grazie alla seguente schematizzazione:

Ragionamento per dicotomie - impossibilità naturale	
Premesse esplicite	Premesse implicite
1. Impossibilità naturale. È impossibile che una persona si trovi in due posti diversi nello stesso momento.	
	2. Dicotomia. Una persona o è in casa o è in giardino.
3. Descrizione dei fatti. Fuhrman ha ordinato all'unico agente che era disponibile per l'indagine di parlare con il collega e <i>non lasciare la casa</i> .	
4. Conclusione da 2 e 3. O l'agente rimane dentro casa a parlare con un collega (e rispetta l'ordine), o esce in giardino (e viola l'ordine).	
5. Conclusione da 3 e 4. Quindi all'agente è stato ordinato di <i>non</i> accompagnare Fuhrman in giardino per cercare prove.	
	6. Fuhrman poteva scegliere tra lasciare che il collega lo seguisse o ordinargli di rimanere in casa.
	7. <i>L'ordine di rimanere in casa a parlare era inutile e irragionevole in quel momento.</i>
8. Conclusione da 3, 5, 6 e 7. Quindi Fuhrman ha voluto che l'agente non fosse in giardino assieme a lui e ha trovato una scusa per impedirgli di uscire.	

Nell'evidenziare la dicotomia tra le possibili scelte del detective, ricondotte alle proprie condizioni e conseguenze, l'avvocato difensore, che in quel momento stava conducendo il controesame, suggerisce come la decisione di Fuhrman di tenere impegnato l'unico agente disponibile ad accompagnarlo potesse essere motivo di sospetto. Il tipo di ragionamento è molto stringente e si basa su una opposizione dialettica del tipo: «se Fuhrman ha deciso di far rimanere l'agente in casa, egli ha deciso che l'agente non lo avrebbe accompagnato».

Da questo ragionamento si sviluppa però un'inferenza retorica: se la decisione di essere accompagnato è ragionevole, quella di non essere accompagnato è irragionevolmente sospetta.

L'uso delle dicotomie nella classificazione del fatto

Il ragionamento per dicotomie interviene anche nel momento della classificazione del fatto: vale a dire quando, attraverso definizioni, si assegnano nomi a fatti stabiliti, così caratterizzandoli. Il problema alla base di questo ragionamento è essenzialmente un problema interpretativo, connesso com'è alla questione dell'ambiguità e della vaghezza del linguaggio¹¹: come stabilire il significato di un termine quando non è definito per legge o è ambiguo? Come classificare alcunché quando le categorie della definizione sono astratte e generiche? Cicerone aveva descritto chiaramente questa fase con l'esempio che può essere parafrasato come segue, e che pertiene alle dicotomie nella *stasis* del *finis*:

La discussione riguarda il nome quando le parti sono d'accordo sui fatti ma devono decidere con quale nome designare l'accaduto. In questo tipo di discussioni è inevitabile che si ci siano disaccordi per quanto riguarda il nome, non perché le parti siano in disaccordo sui fatti, non perché il fatto non sia stato assodato, ma perché l'accaduto è interpretato secondo differenti punti di vista e quindi sul fondamento di differenti prospettive le parti denominano i fatti con nomi differenti. Perciò in questo tipo di discussioni l'oggetto dovrà essere descritto a parole e brevemente, come per esempio nel caso in cui una persona ha rubato un oggetto sacro da un luogo privato: 'deve essere considerato un ladro o un sacrilego'? Quando ci si pone tale domanda, bisogna definire entrambi i termini, cioè 'cosa sia un ladro e cosa sia un sacrilego', e mostrare con la propria descrizione dei fatti che l'oggetto della discussione debba essere designato con un nome differente da quello attribuito dalla controparte¹².

In questo esempio, il fatto non è in discussione: è cioè stato provato che qualcuno ha rubato un oggetto sacro da un luogo privato. Tuttavia, come classificare questa azione? È un caso che ricade nella fattispecie del furto o in quella del sacrilegio? La risposta dipende dalla definizione di "sacrilegio": "sacrilego" era in effetti, a quel tempo, un termine lasciato ambiguo dalla *Lex Julia*, tanto che era soggetto ad interpretazione in caso di giudizio¹³. Ma la decisione sul punto ricade sulla qualificazione giuridica del fatto. Questa forma di ragionamento può essere descritta come ragionamento per classificazione nella sua

¹¹ Sul tema della vaghezza del linguaggio nel diritto v. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Giuffrè, Milano 1990 e, più di recente, F. PUPPO, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di logica giuridica*, Cedam, Padova 2012.

¹² CIC., *De Invent.*, cit., vol. I, p. 11.

¹³ La definizione giuridica più ristretta prevedeva che il sacrilegio fosse il "furto di un oggetto sacro da un luogo consacrato". D'altra parte, la definizione comunemente accettata configurava il reato di sacrilegio come il "furto di un oggetto da un luogo consacrato" (P. SCHAFF, *A Religious Encyclopaedia or Dictionary of Biblical, Historical, Doctrinal, and Practical Theology*, vol. 1, Funk & Wagnalls Company, New York & London 1894, p. 2094; trad. nostra).

forma prototipica, cioè nel raro caso in cui il principio classificatorio è la definizione stessa¹⁴. Essa può essere rappresentata come segue:

Ragionamento per definizione	
Regola di inferenza	Conoscenza condivisa
La definizione si predica di ciò di cui si predica il <i>definiendum</i> .	
	“Sacrilegio” significa “furto di beni da un luogo consacrato.”
Conclusione preliminare Se un'azione è un “furto di beni da un luogo consacrato”, tale azione è anche un “sacrilegio”.	
La definizione è predicata dell'azione <i>x</i> .	L'imputato ha rubato dei beni da un luogo consacrato.
Quindi il <i>definiendum</i> dovrà essere predicato dell'azione <i>x</i> .	
Conclusione L'imputato ha commesso un sacrilegio.	

Questo tipo di ragionamento è fondato su una premessa comunemente accettata (*l'endoxon*), per cui “sacrilegio significa rubare beni da un luogo consacrato”, e da un principio inferenziale (per cui “la definizione di predica di ciò di cui si predica il *definiendum*”) che garantisce il nesso semantico tra i termini del sillogismo. In teoria dell'argomentazione, questo schema è stato descritto come *argument from verbal classification* ed è stato rappresentato come segue¹⁵:

Premessa classificatoria	<i>a</i> ricade nella definizione <i>D</i> .
Premessa definitoria	Per qualsiasi <i>x</i> , se <i>x</i> ricade nella definizione <i>D</i> , e <i>D</i> è la <i>definizione</i> di <i>G</i> , allora <i>x</i> può essere classificato come <i>G</i> .
Conclusione	<i>a</i> ha la proprietà <i>G</i> .

Questo schema di ragionamento (che può essere espresso applicando la regola deduttiva del *modus ponens* o la regola del sillogismo disgiuntivo) è funzionale a mostrare che, se l'imputato ha commesso un furto, l'accusa di

¹⁴ D. WALTON, *Argumentation Schemes for Presumptive reasoning*, Lawrence Erlbaum Publishers, Mahwah 1996, p. 54. Per la distinzione tra i differenti tipi di ragionamento per classificazione, si veda F. MACAGNO - D. WALTON, *Defeasible Classifications and Inferences from Definitions*, in *Informal Logic*, 30/2010, pp. 34-61.

¹⁵ D. WALTON - C. REED - F. MACAGNO, *Argumentation schemes*, cit., cap. 2; D. WALTON, *Argumentation Schemes for Presumptive reasoning*, cit., p. 54.

sacrilegio deve essere automaticamente esclusa: questi due reati rappresentano infatti due specie distinte di sottrazione mutualmente esclusive¹⁶.

L'uso del ragionamento per opposti può essere sfruttato a questo livello usando o interpretando le definizioni. Nel primo caso, la definizione non è controversa e quindi serve per escludere una classificazione provando che il caso in questione ricade sotto una fattispecie alternativa. Si immagini, per esempio, la sottrazione di beni (per ipotesi, di danaro) della pubblica amministrazione: la definizione di "sacrilegio" può essere usata per dimostrare che in questo caso il furto non può essere considerato un sacrilegio ma, in accordo con il diritto del tempo, peculato. Nel secondo caso, invece, la fattispecie è parzialmente ridefinita tramite un processo interpretativo, che può essere considerato un vero e proprio processo teso a fornire una nuova definizione dell'oggetto in discussione¹⁷. Per esempio è possibile interpretare il significato di "sacrilegio" come "furto di denaro che possa offendere gli dei" e quindi classificare come sacrilegio il furto di denaro privato da un luogo sacro¹⁸. D'altra parte, è possibile intervenire nel processo classificatorio per opposti modificando la descrizione degli elementi essenziali: l'appropriazione indebita di un oggetto può essere descritta come l'appropriazione di un bene venerato, ma non per questo sacro, modificando o sfruttando una definizione implicata dallo stesso concetto di sacrilegio.

Questo ultimo tipo di strategia di ragionamento per opposizioni a livello definitorio è il più efficace, in quanto può essere applicato ad elementi che non hanno una definizione precisa a livello giuridico, in modo da poter creare false dicotomie che sono difficilmente individuabili o più facilmente difendibili. Un esempio può essere tratto dal caso *Milkovich v. Lorain Journal Co.*, che riguarda proprio un problema di definizioni nel diritto civile¹⁹:

Una causa per diffamazione veniva intentata da Milkovich, un allenatore di *wrestling* delle scuole superiori, contro la Lorain Journal Company per aver pubblicato in una delle sue testate l'affermazione²⁰ "Chiunque abbia preso parte all'incontro [...] sa molto bene che Milkovich ha mentito all'udienza [...]", classificata come 'diffamatoria' dalla parte attrice, in quanto offensiva per la propria reputazione. La controparte

¹⁶ L'appropriazione indebita di denaro comune si distingueva tra appropriazione di denaro pubblico (peculato), di denaro o di beni sacri (sacrilegio) e di avanzi di denaro pubblico (*residuis*). Si veda G. VIGNALI, *Corpo del diritto*, Pezzuti, Napoli 1856, pp. 35-36.

¹⁷ Notiamo per inciso come il processo di definizione e ri-definizione sia, nel contesto della filosofia analitica del diritto, fra gli strumenti ritenuti idonei a limitare il problema della vaghezza del linguaggio, anche normativo: cfr. per questo, su tutti, C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit.

¹⁸ La definizione di sacrilegio allora consentiva tale libertà interpretativa. Si veda CIC., *De Leg.*, trad. it di A. BARRILE, Zanichelli, Bologna 1989, cap. 2.

¹⁹ *Milkovich v. Lorain Journal Co.*, 497 U.S. 1 (1990).

²⁰ *Milkovich*, 497 U.S. at 5, 110 S. Ct. at 2698, 111 L. Ed. 2d at 9.

contestava tale classificazione sulla base degli elementi essenziali del concetto di ‘diffamazione’ che, secondo il diritto statunitense, sussiste in presenza di una dichiarazione ‘falsa’, di un danno da questa provocata alla reputazione del soggetto passivo (elementi oggettivi) e dell’intenzione dolosa (elemento soggettivo) del diffamante, stabilita sulla base della consapevolezza da parte del soggetto attivo della falsità di tale affermazione, o della sua negligenza nel considerarne la falsità²¹. La difesa non eccepiva la falsità della dichiarazione (che sarebbe stata impossibile da provare) ma la sua verificabilità, in quanto tale affermazione riportava non un fatto bensì un’opinione: e secondo il Primo Emendamento non esistono opinioni false²².

Il ragionamento della difesa può essere schematizzato come segue:

Ragionamento per dicotomie e ridefinizioni	
Premesse esplicite	Premesse implicite
1. Definizione di “diffamatorio”. Una dichiarazione è diffamatoria se e solo se è falsa.	
	2. Dicotomia. Una dichiarazione rappresenta o un’ <i>opinione</i> o un <i>fatto</i> .
3. Descrizione dei fatti. La dichiarazione non rappresentava un fatto.	
4. Conclusione da 2 e 3 Quindi la dichiarazione era un’opinione.	
5. 1° Emendamento. Le opinioni non possono essere false.	
6. Conclusione da 4 e 5 Quindi la dichiarazione non era verificabile.	
7. Conclusione da 1 e 6 Quindi la dichiarazione non era diffamatoria.	

Tutto il ragionamento, come si vede, è fondato sulla dicotomia tra fatto e opinione, sostenuta dalle definizioni e classificazioni di “diffamatorio” e “opinione” così come stabilite dal diritto vigente. Tale distinzione è tracciata dalla difesa sulla base di concetto generico di verificabilità²³, che è strettamente connesso alla possibilità di conoscere la realtà descritta in modo “oggettivo”. Tuttavia, questo modo di porre la dicotomia tra fatto e opinione, apparentemente accettabile, ad un più attento esame si dimostra insostenibile: in effetti, va ri-

²¹ *Gertz v. Welch*, 418 U.S. 323 (1974).

²² *Ibid.*, pp. 339-340. Si tratta di accezioni presenti anche nel dibattito concernente lo *status* dell’opinione nell’ambito dell’Unione Europea: «Un’opinione, per definizione, non si presta ad una dimostrazione di veridicità» (*Perna c. Italia* [GC], n. 48898/99, § 39, CEDU 2003 V).

²³ Una dicotomia non può essere tracciata se non all’interno di un concetto generico comune.

cordato come, sulla base di alcuni precedenti²⁴, per fatto si deve intendere una dichiarazione «che riguarda un evento o uno stato di cose che si è verificato nel passato o che si verifica nel momento attuale, e che può essere conosciuto»²⁵. In termini linguistici, quindi, il genere semantico, o piuttosto la caratteristica semantica fondamentale per l'interpretazione dei concetti “fatto” ed “opinione”²⁶ non consente tale distinzione, in quanto vi sono opinioni che possono riportare stati di cose conoscibili. Piuttosto, come i casi precedenti sottolineano, tale criterio individua una dicotomia tra dichiarazioni fattuali e dichiarazioni soggettive, basate cioè su mere valutazioni personali²⁷. In tale prospettiva, le opinioni vengono distinte tra opinioni fondate su fatti o su valori; nel primo caso esse sono soggette ad un giudizio di verità, mentre nel secondo caso solamente ad un giudizio di valore²⁸.

La strategia ridefinitoria consiste quindi nell'alterare il genere semantico dei due opposti, che è stabilito dall'insieme delle caratteristiche semantiche che li accomunano. Invece di essere distinti per mezzo dei differenti criteri di valutazione della proposizione espressa (che introdurrebbe un binomio verità/valori), essi sono distinti in base al tipo di atteggiamento proposizionale del parlante rispetto alla proposizione (espresso dal binomio fra posizioni oggettiva/soggettiva, dove la prima è introdotta dal verbo “essere”, la seconda dal verbo “credere”)²⁹: in questo modo, anche quando una proposizione è verificabile, cioè giudicabile secondo valori di verità, essa non può essere giudicata come falsa in quanto esprime un'attitudine soggettiva.

La falsa dicotomia in questo caso deriva dalla ridefinizione di un concetto e permette alla difesa di classificare un'asserzione come un'opinione non verificabile e soddisfare provvisoriamente l'onere della prova.

Considerazioni conclusive. Parte prima

In questa prima parte dell'analisi del ragionamento per dicotomie sono state prese in considerazione le due distinte fasi della *conjectura* e della definizione, riservando alla seconda parte dell'articolo l'esame della *stasis* della *qualitas* e della procedura. Lo studio del meccanismo degli argomenti per opposizione nei due primi livelli del discorso giuridico evidenzia alcune caratteristiche

²⁴ *Milkovich*, 19-20, 110 S. Ct. at 2705-06, 111 L. Ed. 2d at 18.

²⁵ *Ollman v. Evans*, 471 U.S. 1127 (1985), at 981 n. 22.

²⁶ *Janklow v. Newsweek, Inc.*, 759 F.2d 644 (8th Cir. 1985).

²⁷ *Scott v News-Herald*, 25 Ohio St 3d (1986) at 243, 244-245.

²⁸ Loc. ult. cit.

²⁹ Si v. B. SZUCHEWYCZ, *Opinion in speech act theory*, in *Toronto Working Papers in Linguistics* 4/1983, pp. 124-138; F. VAN EEMEREN - R. GROOTENDORST, *Speech Acts in Argumentative Discussions*, Dordrecht, Foris 1982, pp. 95-96; per il concetto di opinione come distinto da quello di *speech act*, si veda K. ALLAN, *Linguistic Meaning*, vol. 1, Routledge and Kegan Paul, London 1986, p. 194.

estremamente importanti sia dal punto di vista dialettico che retorico. Tale ragionamento si fonda su un'incompatibilità tra due differenti possibilità o su un'opposizione tra due concetti. Da un punto di vista strategico, questo tipo di inferenza argomentativa è usata quando non si hanno conoscenze sufficienti per stabilire la verità di una proposizione: cioè, invece di provare che una certa ipotesi è vera, si dimostra che il suo opposto è falso o non può essere vero. L'effetto dialettico è evidente: l'onere della prova è spostato sulla controparte.

Tuttavia la condizione essenziale di questo ragionamento è l'effettiva incompatibilità dei termini della dicotomia: le strategie retoriche intervengono quando tale dicotomia è in realtà fittizia, in quanto creata ad arte tramite una ridefinizione o una legge causale non condivisa. Chi avanza la dicotomia deve nascondere la debolezza della sua premessa, e per tale ragione la tratta come se fosse comunemente accettata, lasciandola implicita. In questo modo spetta all'interlocutore l'onere di ricostruire, giudicare e confutare la dicotomia fallace, mentre la controparte si riserva sempre la possibilità di negare o di modificare la proposizione a lui attribuita; e così la dimensione implicita del ragionamento rende lo stesso più complesso da valutare, e quindi da rifiutare.

La cultura del giudizio nelle parole di Simone Weil

Maria Giovanna Ziccardi

Simone Weil (Parigi, 1909 - Ashford, 1943), com'è noto, non fu filosofa del diritto. Nei suoi ultimi scritti, tuttavia, ha lasciato pagine inequivocabili e durissime contro il modo dominante di intendere i diritti umani, dei quali cercò di smascherare il carattere relativo e l'implicito connubio con la forza. Si tratta di una vera e propria decostruzione, condotta sul piano semantico e antropologico, che peraltro non misconosce affatto l'esistenza dei diritti dell'uomo affermati nelle costituzioni moderne, ma cerca di rilevarne criticamente il limite costitutivo. Seguendo le riflessioni di Simone Weil, il giurista accorto potrebbe scoprire una nuova «grammatica della giustizia»¹: una sorta di guida per chi, nella quotidiana pratica forense, si fa carico della ricerca del giusto, che è di per sé istanza, e non necessariamente utopia (l'utopia, infatti, nella misura in cui è esaltata come ideale irraggiungibile, risulta perciò stesso deresponsabilizzante). Guadagnando questa «grammatica», peraltro, è possibile riconciliare l'antinomia che la stessa Weil vede tra «giustizia» e «diritto». A livello metodologico, ciò impone di rivedere l'equazione giustizia/carità da taluni imputata alle argomentazioni dell'Autrice, nonché di mettere in atto quello che lei definirebbe un passaggio «decreativo»: accettare di ridiscutere, insieme a Simone Weil, alcuni presupposti costitutivi della metodologia giuridica di segno giuspositivista-formalista.

Nell'intenso *La personne et le sacré* e nel saggio noto come il suo testamento spirituale, *L'enracinement*, Simone Weil, senza esserne forse pienamente consapevole, affronta in tutta la sua grandezza il problema per eccellenza su cui la filosofia del diritto si interroga fin dagli albori: la domanda sul fondamento dell'ordine giuridico. Da quando l'ordine giuridico si è affermato in senso moderno, tale fondamento è stato individuato nel concetto di diritto, come proprietà più o meno alienabile e più o meno escludente: il termine indica tanto i diritti fondamentali, quanto le facoltà che discendono, ad esempio, da un contratto tra privati, ed è altresì diritto ciò che delimita la sfera di libertà intangibile da parte dello Stato e dei consociati. Nel loro essere perimetrali a un fare o a un avere, i diritti si collocano intrinsecamente sul piano del «potere» (fare o avere, appunto), quindi della forza e della rivendicazione, del «processo» e dell'«arringa»².

Inoltre, per la Weil i diritti patiscono una costitutiva non-autosufficienza. È lo stesso modello hobbesiano, da cui il primato dei diritti discende, che eviden-

¹ Dal titolo del saggio di E.H. WOLGAST, *La grammatica della giustizia*, Editori Riuniti, Roma 1991.

² S. WEIL, *La persona e il sacro*, Adelphi, Milano 2012, p. 27.

zia come le titolarità che all'uomo naturalmente ineriscono richiedano di essere riconosciute da un'autorità terza e istituzionale, che le positivizzi e le garantisca. Scendendo dal piano verticale-pubblicistico al piano orizzontale-privatistico, il meccanismo non cambia: il "mio" diritto è tale se e in quanto "qualcuno" si riconosce obbligato nei miei confronti. Non vi è diritto senza Stato, senza sanzione, o senza che "altri" facciano ciò che mi si deve: non soltanto, quindi, non vi è diritto che sussista di per se stesso ma, di nuovo, non vi è diritto senza che entri in campo, al suo fianco, la forza.

La critica weiliana ai diritti si comprende meglio alla luce dell'orizzonte antropologico in cui si è declinata: l'Autrice intende sempre l'uomo come soggetto altro da noi³. «La nozione di diritto – si legge ne *La personne et le sacré* – [...] trascina naturalmente al suo seguito quella di persona perché il diritto è relativo alle cose personali»⁴. Dal greco, *prósopon*, "maschera", fino all'accezione allargata del latino, "apparenza esteriore di qualcuno" e "autore", il concetto di persona accredita per la Weil l'immagine di un uomo essenzialmente proprietario e ridotto ad un'apparenza, perfettamente funzionale al meccanismo equalizzante della legge. La legge, espressione del diritto oggettivo, regola in senso generale e astratto proprio in quanto si rivolge a individui generali e astratti, unicamente identificati dalle maschere che li qualificano, a seconda dei casi e dei ruoli, come "acquirenti", "mandanti", "funzionari pubblici", "imputati" e così via. La versione antropologica della persona risulta quindi legata a doppio filo al concetto di diritto, tanto nell'accezione oggettiva che in quella soggettiva.

In quanto espressione della forza, peraltro, il diritto rimane prigioniero del piano fattuale, questione che per la Weil mette definitivamente in scacco il tentativo di farne un discorso originario rispetto all'ordine giuridico. È il problema destinato a riproporsi nel costituzionalismo dei diritti fondamentali, allorché deve decidersi se ancorarli alla Costituzione – quindi a una "prescrizione", che è di per sé un dato normativo contingente – o a una "certa" (e perciò stesso contestabile) idea della natura umana, quindi a una "descrizione", anch'essa per sua natura contingente. La proposta con cui Simone Weil accompagna la sua critica deve essere accolta innanzitutto come superamento di quest'*impasse*: sostituendo alla nozione di «diritto fondamentale» quella di «obbligo eterno», l'ordine giuridico viene ribaltato sul piano trascendente, l'unico che può fondare alcunché perché non rinvia ad altro da sé. Soltanto l'obbligo può fondare la giustizia dell'ordine sociale; e può farlo in quanto ha ad oggetto l'essere umano in quanto tale: «c'è un obbligo verso ogni essere umano, per il solo fatto che è un essere umano, senza che alcun'altra condizione abbia ad intervenire»⁵.

³ L'antropologia di Simone Weil si mostra come essenzialmente *relazionale*, a partire dalla definizione stessa del suo oggetto: l'antropologia non individua l'uomo come entità astratta, ma come soggetto "che ci sta davanti".

⁴ S. WEIL, *La persona e il sacro*, cit., p. 32.

⁵ S. WEIL, *La prima radice*, cit., p. 14.

Ma in questo senso, anche l'antropologia retrostante alla nozione di diritto viene ribaltata: al centro non è la "maschera", ma il vero "volto", che la Weil chiama «l'impersonale». Se la legge parla alla persona, di cui i diritti costituiscono il prolungamento materiale, l'obbligo ci interpella per il solo fatto che abbiamo davanti un essere umano in carne ossa, il quale prima di qualsiasi altra cosa chiede che gli sia fatto del bene e gli sia evitato il male. La trascendenza dell'impersonale sta tutta nella concretezza di chi ogni volta ci è prossimo, in qualche modo è il prossimo. E il bisogno di bene che al prossimo ci lega, non smentibile e continuamente in atto, è per Simone Weil il segno insopprimibile dell'uguaglianza reciproca.

Al di là delle ulteriori, molteplici implicazioni che presenta tale "filosofia del dovere", ciò che sul piano più strettamente giuridico interessa indagare sono le connotazioni con cui va a delinearci la questione del giusto e le ricadute pratiche che essa promette.

È necessario farsi strada tra i saggi e le lettere raccolte in *Attente de Dieu*, *La source grecque* e *Intuitions pré-chrétiennes*, per ricostruire una fisionomia della giustizia originale e radicale, in cui la Weil coniuga lo spirito del pensiero classico, l'afflato della filosofia taoista e la svolta concettuale della sua conversione al cristianesimo. Da tale architettura di pensiero, non ci si deve aspettare di ricavare una definizione: in negativo, la giustizia si delinea certamente come il contrario della forza; in ciò si mostra la sua strutturale opposizione al dominio concettuale del diritto. Manca tuttavia di delinarsi in positivo, come se non fosse manipolabile e definibile alla stregua di un qualsiasi oggetto del pensiero. Anche la giustizia, per la Weil, resta impersonale e trascendente. Si sottrae a un atto dispositivo per collocarsi in una facoltà dell'anima e in una modalità dell'azione. L'anima ha la facoltà di "vedere"; tanto più giusta è l'azione che più precisamente riesce a "vedere". Evidentemente, tale capacità ci riporta al concetto di "impersonale", espressione del vero volto di ciascuno e del conseguente obbligo che dà fondamento all'ordine giuridico. Al di là di quel che l'Autrice stessa sostiene, non pare vi sia quindi separazione tra diritto e giustizia, se intesi nei termini fin qui esposti.

Ma questa familiarità si fa ancora più evidente se si sgombra il campo dalle interpretazioni riduttive che genera l'equazione giustizia/carità di cui si è detto all'inizio. Certamente la Weil esemplifica l'azione giusta nel gesto del Buon Samaritano, che vede, si ferma e soccorre: senz'altro, quindi, la giustizia è una «bilancia con bracci diseguali»⁶, una facoltà compensatrice che non passa per il giudizio, ma per la sospensione del giudizio. Il Samaritano non si chiede chi sia l'uomo ridotto a un mucchio di stracci sul ciglio della strada, cosa abbia fatto, da dove venga e perché chiede aiuto; si ferma e lo soccorre. Tuttavia, dal

⁶ T. GRECO, *La bilancia e la croce. Diritto e giustizia in Simone Weil*, Giappicchelli, Torino 2006, p. 76.

fatto che la carità sia “giusta”, non discende che la giustizia si riduca alla carità. Più corretto, ferme restando le premesse weiliane, è ricondurla all’amore come suprema facoltà di lettura indice di un sentire che, per definizione, si dà come assoluto e incondizionato.

I passi che Simone Weil ci invita a compiere ci portano, in effetti, lontano dal razionalismo moderno: che la giustizia abbia a che fare con l’amore, come insiste l’Autrice, è difficilmente comprensibile in un orizzonte che riconduce la prima ad una sfera eminentemente razionale e il secondo alla presuntamente opposta sfera emotiva. Significativo è che la simbologia legata a questo dualismo rappresenti entrambe le facoltà come figure cieche: cieca è la giustizia, perché è esercizio della ragione imparziale e neutrale; cieco è l’amore, perché passione gratuita e incondizionata. Ancora una volta, le pagine della Weil ci chiedono di ribaltare la prospettiva: non soltanto la giustizia impone a se stessa di togliersi la benda e guardare, ma l’unico sguardo in grado di abbracciare in massima parte il reale è propriamente l’amore, poiché l’amore consente all’uomo un’esperienza che la conoscenza cartesiana e razionale gli preclude, vale a dire, l’esperienza dell’*intero*. L’amore di cui la Weil parla nelle sue riflessioni sulle *Formes de l’amour implicite de Dieu* ne chiariscono una semantica nuova e radicale, ma fenomenologicamente familiare al comune sentire: è un assenso alla realtà dell’essere, all’esistenza piena di chi ci sta di fronte; è un “sì” tanto più capace di vedere quanto meno è condizionato⁷.

Così, alla ragione che la giustizia ricerca, l’amore è necessario in quanto è esperienza di ragione, ovvero di conoscenza di tipo non formalizzabile ma, proprio per questo, più profonda e comprensiva.

Se l’amore corrisponde alla più alta facoltà di lettura e la giustizia viene assunta come amore, è possibile configurare il rapporto tra i due termini in modo più ampio e più esigente di quanto non consenta l’equazione giustizia/carità. E proprio questo ci obbliga a ripensare il binomio giustizia/diritto non in modo oppositivo, ma configurando il secondo come un fondamentale momento di ricerca e apertura alla prima. La “ricerca” della giustizia copre tutti i casi in cui è necessario vedere l’altro nel suo fondamento, cioè riconoscerlo come un “intero”, a prescindere dalla compensazione di uno squilibrio di forze. Ammettendo perciò che il raggio d’azione dell’agire giusto sia più ampio rispetto all’agire caritativo, e percorrendo fino in fondo questo argomento, esso finisce per apparire in piena sintonia col diritto e, precisamente, con quell’ambito della pratica giuridica a cui si affida la ricerca puntuale del giusto: la dimensione processuale. Simone Weil non esplicita mai che il fatto che diritto, considerato come fenomeno, si determini innanzitutto nell’esperienza forense; la sua critica si limita a far valere il legame che l’espressione oggettiva e soggettiva del diritto

⁷ Per un’approfondita riflessione sul punto si veda il saggio R. DE MONTICELLI, *L’ordine del cuore. Per un’etica del sentire*, Garzanti, Milano 2003.

mantengono con la forza, senza considerare la potenzialità euristica insita nel processo e il suo carattere costitutivo rispetto all'esperienza giuridica. A nostro avviso, invece, tale potenzialità è connaturata proprio alla valenza conoscitiva che la Weil attribuisce all'amore, facendone la facoltà "giusta" per eccellenza. Infatti, se concepito come strumento di lettura dell'altro, l'amore entra a pieno titolo nell'esperienza della controversia giuridica; e vi entra proponendo un modello metodologico ed educativo rivolto alla funzione giurisdizionale. Che il processo sia ontologicamente luogo d'incontro con l'altro secondo una modalità conoscitiva, è intrinseco alla sua forma dialogica; è il momento processuale, infatti, che offre alle opposte ragioni delle parti la possibilità di trovare riconoscimento razionale mediante un confronto dialettico. Ma le argomentazioni dell'Autrice ci spingono a considerare la costitutiva relazionalità del processo sotto l'aspetto del giudizio, che (ferma restando la centralità del contraddittorio) mette in primo piano la figura del giudice.

L'argomento va esplicitato con riguardo ad almeno tre ordini di questioni: in che modo la relazione del giudice con le parti può determinarsi come incontro con l'intero? E dunque, a quali strumenti deve ricorrere la funzione giudicante per informarsi alla giustizia-amore di cui parla la Weil? In che misura un simile orientamento interferisce con l'imparzialità del giudizio? Ad avviso di chi scrive, se Simone Weil non fornisce risposte in modo diretto (o quantomeno dettagliato), è possibile evincere dal suo pensiero una direzione chiara e precisa, peraltro visitata con attenzione da alcune correnti della filosofia del diritto contemporanea⁸.

Quantomeno in ambito penale, l'attività giudicante è infatti connotata dall'incontro tra il giudice e il soggetto il cui agire costituisce propriamente l'oggetto del giudizio; più precisamente, essendo l'incontro preordinato appunto alla formulazione di un giudizio, la ricostruzione processuale del fatto si costituisce come una rimozione del generale, tale per cui il giudice non incontra mai propriamente la parte o l'imputato che, nel lessico weiliano, sono delle maschere, ma sempre un uomo singolo, in una situazione concreta. In uno dei suoi saggi più penetranti, Sergio Cotta rileva che anche l'oggettività del giudizio è caratteristica erroneamente ricondotta al contesto processuale: è la ricostruzione storica a dover compiere una riduzione a oggetto; il suo fine, infatti, non è di giudicare, ma di analizzare⁹. Sul fatto, in processo, si deve compiere un'ope-

⁸ Mi riferisco in particolare alle ricerche che da circa vent'anni sta svolgendo Martha Nussbaum, confluite in articoli e volumi tra cui si segnalano M.C. NUSSBAUM, *The Discernment of Perception* in EAD., *Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature*, Oxford University Press, New York 1990; EAD., *Giustizia poetica. Immaginazione letteraria e vita civile*, Mimesis, Milano-Udine 2012; EAD., *Equity and Mercy*, in *Philosophy and Public Affairs*, 22/1993, pp. 83-125.

⁹ Si veda S. COTTA, *Decisione, giudizio, verità*, in ID., *Itinerari esistenziali del diritto*, Morano, Napoli 1972.

razione inversa rispetto all'astrazione e all'oggettivizzazione: il giudice deve sottrarlo alla generalità – che attiene, invero, alla formulazione della fattispecie e al linguaggio della legge – e, al contrario di uno scienziato, tentare di ridurlo a una distanza minima da sé.

Alla radice del giudizio, come sua precondizione, deve quindi stare una vera e propria capacità di “vedere” che, nel capovolgere weilianamente la presupposta cecità del giudizio giusto, manifesta l'*epieikeia* di cui parla Aristotele nel libro V dell'*Etica Nicomachea*¹⁰. Per definizione – e, di nuovo, in maniera opposta alla formalità della norma giuridica – il caso si presenta al giudice nella dimensione di un evento problematico e irripetibile; al giudice non è sufficiente la conoscenza (razionale) della legge, ma gli è necessario uno “sguardo” capace di cogliere, appunto, tale singolarità: è il concetto di *epieikeia* che entra in gioco, prefigurato da Aristotele come abilità di vedere, di leggere e di rispondere in modo appropriato ai particolari del caso in questione, commisurandolo alla sua disciplina astratta. L'*epieikeia* è dunque virtù strutturale alla funzione giudicante. Ma è anche una virtù centrata sulla dinamica euristica propria dell'amore, nel senso in cui ne parla Simone Weil.

In tal senso, l'empatia è il primo strumento che occorre prestare alla funzione giudicante, in una prospettiva che – in linea con le premesse della Weil – preordina la capacità di “sentire” alla capacità di “vedere”. Secondo la concezione più accreditata, l'empatia è una forma di attenzione attraverso la quale si partecipa all'esperienza altrui avvertendola, appunto, come altrui. Essa non implica un'immedesimazione, per esempio, nel dolore o nella gioia dell'altro (come riteneva Rousseau), ma una ricostruzione partecipativa del suo sentire, unita alla consapevolezza della differenza che separa i due soggetti. Agire o giudicare in modo empatico non significa “con-fondersi” con chi ci sta di fronte; al contrario, l'empatia salvaguarda fino in fondo l'estraneità e l'inassimilabilità dell'altro: in altre parole, la sua individualità. L'empatia non è sovrapposizione di prospettive, ma un “lasciar essere” l'altro, operazione che non si può compiere se non nella modalità dell'attenzione. Il giudice che pratica l'attenzione è capace di cogliere il soggetto che ha davanti in tutta la complessità del suo essere e del suo agire, e di esaminare a fondo la realtà che gli si prospetta davanti, non per lasciarsi “trasportare” dal sentimento ma per “comprendere” attraverso il sentimento. Non è un caso che “sentimento” e “sentenza” derivino entrambi dal verbo latino *sentio*, che copre una vastissima area semantica, dal “percepire coi sensi” al “discernere”, “stimare”, “esprimere un parere” ecc.

Per questo, conformandosi al “sì” che si prefigura nell'amore, l'empatia rientra nelle modalità pratiche dell'*epieikès*: di colui che pratica un ambito dell'agire non meramente applicativo, ma necessariamente creativo, dove la conoscen-

¹⁰ Del tema dell'*epieikeia* si è occupato, tra gli altri, Francesco D'Agostino, in F. D'AGOSTINO, *Epieikeia. Il tema dell'equità nell'antichità greca*, Giuffrè, Milano 1973.

za tecnica e teorica non può non accompagnarsi a uno sguardo sul concreto e sul particolare. L'empatia si inserisce così nell'intima dinamica dell'azione giudicante, nel momento in cui il parametro astratto e oggettivo della precetto normativo viene a calarsi nel caso in esame.

Va detto che un giudizio che si serva del canale empatico non assicura perciò stesso un risultato inobiettivabile; ma, certamente, sarà un giudizio più accurato, preciso e comprensivo, e non necessariamente più incline a esiti giustificativi. Nemmeno sacrificherà l'imparzialità del giudice all'interesse delle parti o di parti estranee, se si tiene ferma la distinzione tra la necessaria indipendenza della funzione istituzionale e l'impraticabile neutralità che erroneamente si attribuisce al suo esercizio. Invero, occorrerebbe, di nuovo, capovolgere i termini in cui la questione normalmente si pone e, anziché domandarsi se l'impiego della facoltà emotiva sia consona all'attività giurisdizionale (e forse, all'attività giuridica in generale), domandarsi invece se sia possibile o augurabile svolgerla azzerando ogni tonalità emotiva.

Che alla razionalità del giudizio sia necessaria la neutralità, come posizione di scettico distacco dall'individualità del fatto e del soggetto, è retaggio del versante più formalistico (e ormai desueto) della cultura giuspositivista. È espressione di quella sorta di complesso di inferiorità che ha segnato la scienza giuridica (tanto di *common law* che di *civil law*) rispetto alle cosiddette *hard sciences*, ovvero alle scienze "esatte" o a quelle naturali. In questa prospettiva, la metodologia giuridica dovrebbe farsi riproduttiva o quantomeno imitativa del modello scientifico formale o empirico. La questione è ampia e tuttora rilevante; non essendo possibile esaminarla in questa sede, basti rilevare che intendere il diritto (e, in particolare, il modello di ragionamento giudiziale) alla stessa stregua di un ragionamento sillogistico-deduttivo, significa fraintenderne l'intima struttura. Come si è tentato di spiegare sopra, il ragionamento sotteso al giudizio costituisce una forma del ragionamento pratico, in cui la premessa maggiore e la premessa minore si costituiscono diversamente da come si formano gli assiomi della matematica o le stipulazioni delle scienze fisiche¹¹. Il giudizio, infatti, si radica innanzitutto nell'ambito proprio delle vicende umane, e non dei fenomeni naturali; si presenta fortemente connotato in senso contestuale e in modo problematico; copre quindi un ambito del pensiero necessariamente valutativo. E sostenere che sia necessario conformare la capacità di giudicare a un modello pseudoscientifico per non perderne la razionalità, significa nutrire una concezione riduttiva della razionalità stessa. Infatti, «la capacità di giudicare in modo flessibile e contestuale non rappresenta una

¹¹ Si veda in proposito la trattazione di M. MANZIN, *L'ordine infranto. Ambiguità e limiti delle narrazioni formali nel diritto dell'età post-moderna*, in *Tigor rivista di scienze della comunicazione*, n. 1/2009, pp. 31-41 e ID., *Quale logica per il processo penale?*, in V. COMI - G. DOMINICI (a cura di), *L'argomentazione giudiziale e il suo controllo in Cassazione. Atti del convegno Lipari, 10 settembre 2011*, «I libri» di Archivio Penale, Aracne, Roma 2012, pp. 63-80.

concessione all'irrazionale, ma l'espressione più completa di ciò che è politicamente razionale»¹². Ed è Simone Weil a mostrarci nei suoi scritti che l'amore, nell'avvicinarci all'altro per "lasciarlo essere", lungi dall'accecare, è l'esperienza conoscitiva per eccellenza.

Un *giudice-poeta*: così Martha Nussbaum ci invita a riconsiderare la missione del ruolo giudicante. La sua teoria trova un'eco nella parole di Simone Weil: «*Les juges doivent avoir une formation spirituelle, intellectuelle, historique, sociale, bien plus que juridique [...]: il doivent toujours juger en équité. La législation ne leur sert que de guide. Les jugements précédents aussi*»¹³. Le due filosofe invitano sostanzialmente a informare la nozione di giudizio a una prospettiva più ampia, di cui si riscopra l'autentico orizzonte umanistico; quello stesso orizzonte che il pensiero – o piuttosto, l'ideologia – positivista ha preteso di rimuovere dalla pratica giuridica, considerandolo un accessorio di pregio ma inutile o, addirittura, quando applicato alla funzione giurisidizionale, tale da minacciare la certezza del diritto, la separazione dei poteri, il principio stesso di legalità.

Da una tale riconversione, la scienza giuridica uscirebbe vivificata nella sua responsabilità formatrice. Un "giudice-poeta" è un giudice addestrato innanzitutto all'attenzione, che la stessa Weil considerava alla base dello studio scolastico, superiore a (e più difficile di) qualsiasi slancio altruistico o compassionevole. Soltanto l'attenzione, infatti, consente di esercitare l'amore/lettura: «la pienezza dell'amore [...] è sapere che lo sventurato esiste non come elemento di un insieme, non come esemplare della categoria sociale che porta l'etichetta di 'sventurati', ma in quanto uomo, esattamente tale e quale a noi»¹⁴. Dove rimuovere la distanza non significa rimuovere la capacità critica, perché «l'attenzione è distaccarsi da sé e rientrare in se stessi, così come si inspira e si espira»¹⁵. Allora, la formazione dei giudici dovrebbe incaricarsi di dare espressione e contenuto al metodo dell'attenzione, strumentale alla relazione simpatetica che si attiva in giudizio. Dovrebbe farsi luogo in cui non si trasmette un sapere meramente tecnico e operativo, ma si esercitano identificazione e reazione emotiva, concretezza immaginativa, capacità di immedesimazione ed etica del rispetto; strumenti difficilmente misurabili, eppure indispensabili a una giustizia «senza benda»¹⁶; risorse che, peraltro, il patrimonio letterario, filosofico, artistico della cultura occidentale può elargire inesauribilmente, purché gli si consenta senza riserve un ingresso nelle facoltà giuridiche. Solo diventando pienamente "uomini", infatti, i giudici possono diventare pienamente "razionali".

¹² M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica. Immaginazione letteraria e vita civile*, cit., p. 126.

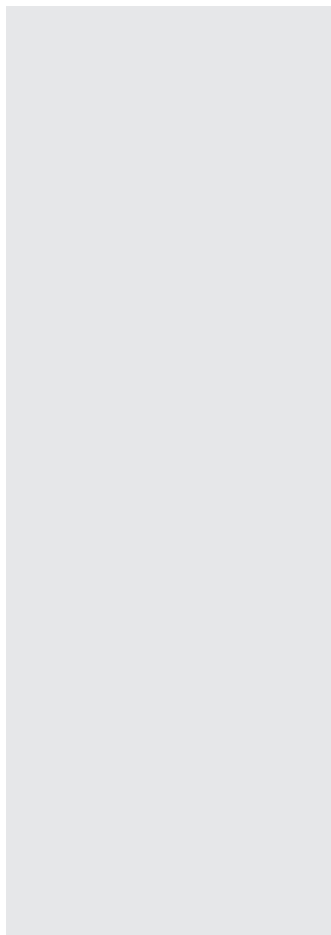
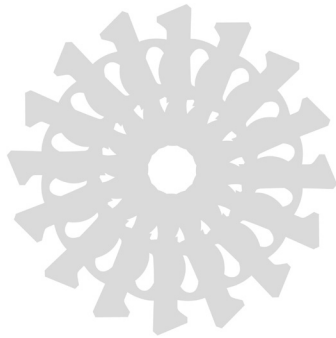
¹³ S. WEIL, *Écrits de Londres et dernières lettres*, Gallimard, Paris 1957, p. 95.

¹⁴ S. WEIL, *Riflessioni sul buon uso degli studi scolastici in vista dell'amore di Dio*, in EAD., *Attesa di Dio*, cit., p. 200.

¹⁵ *Ibid.*, p. 196.

¹⁶ Si riprende il titolo dell'articolo di T. GRECO, *Senza benda né spada. L'immagine weiliana della giustizia*, in S. TARANTINO (a cura di), *Pensiero e giustizia in Simone Weil*, Aracne, Roma 2009.

DIRITTI UMANI E FONDAMENTALI



Donne e diritti umani

La Convenzione di Istanbul tra azioni passate e proposte future*

Parte seconda

Carmen Andreuccioli e Paola Anna Lacorte

Strumenti per una *governance* globale: l'approccio europeo

In ambito europeo il tema dei diritti umani e delle donne è stato affrontato, sia dal Consiglio d'Europa che dall'Unione Europea, da diversi punti di vista: sotto il profilo della parità di genere e del divieto di discriminazione e – in particolare negli ultimi quindici anni – sotto il profilo della violenza nei confronti delle donne, considerata quale violazione dei diritti umani fondamentali riconosciuti e garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), conclusa nel 1950 dal Consiglio d'Europa.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, del dicembre 2000, e il Trattato di Lisbona, del dicembre 2007, per altro verso, pongono le basi per una politica che realmente tuteli l'uguaglianza fra uomini e donne. L'articolo 2 del Trattato inserisce la parità di genere sia tra i valori comuni agli Stati sia tra le finalità perseguite dall'Unione, mentre l'articolo 21 della Carta, nell'ambito della generale tutela di ogni individuo, vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata sul sesso.

Sul tema della discriminazione entrambe le istituzioni si sono pronunciate con una serie di atti – che vanno dalle direttive, alle raccomandazioni, alle comunicazioni – volti ad eliminare qualsiasi forma di discriminazione favorendo la parità.

Per quanto riguarda il tema della violenza nei confronti delle donne è importante segnalare il ruolo rilevante sostenuto dalla Commissione europea, nella richiesta agli Stati membri di svolgere approfondimenti e ricerche sul fenomeno; tuttavia non esistono ancora statistiche regolari e confrontabili sui diversi tipi di violenza contro le donne nell'Unione europea, il che rende difficile verificare la reale portata del fenomeno e trovare soluzioni idonee¹. I pochi dati disponibili, comunque, rivelano la persistenza in Europa di un quadro

* Il presente lavoro, pubblicato in due parti per esigenze editoriali, è frutto dell'elaborazione di Carmen Andreuccioli, Luciana Delfini, Caterina Flick, Paola Anna Lacorte.

¹ Da considerare, inoltre, che la Raccomandazione Rec (2002)5 del Comitato dei Ministri, adottata il 30 aprile 2002 così recita: «L'esistenza di una costituzione, o di obblighi internazionali che possono essere o meno integrati nella legislazione nazionale, possono aiutare a determinare se gli atti di violenza contro le donne sono o non sono una violazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali».

negativo². In considerazione di quanto emerso, il Parlamento europeo ha più volte invitato la Commissione ad avviare una campagna per promuovere la “tolleranza zero”.

Il Consiglio d'Europa, dopo aver lanciato (2005) una Campagna per combattere la violenza contro le donne, inclusa la violenza domestica, l'anno successivo istituiva una *Task Force* con il compito di valutare i progressi conseguiti a livello nazionale. Agli Stati membri erano richiesti interventi politici e legislativi, di ascolto e protezione per le vittime e di attenzione ai casi di violenza e monitoraggio dei dati.

I risultati positivi ottenuti a seguito di tali iniziative non si sono rivelati sufficienti; per altro verso è emersa con evidenza la mancanza di standard ordinamentali e giuridici uniformi in Europa e dunque l'esigenza di provvedere alla redazione di un testo unico uniforme.

A tale scopo, nel dicembre 2008, veniva dunque creato *ad hoc* un Comitato – *Committee on preventing and combating violence against women and domestic violence* (Cahvio) – che, nel dicembre 2010, trasmetteva la bozza della Convenzione al Consiglio dei Ministri per la presentazione all'Assemblea Parlamentare.

La Convenzione di Istanbul

Il testo definitivo della Convenzione³ è stato adottato dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa il 7 aprile 2011: inizia così una nuova fase volta alla realizzazione di un quadro giuridico comune a livello pan-europeo diretto a tutelare le donne contro tutte le forme di violenza, tramite la prevenzione, la protezione, l'azione giudiziaria, il supporto alle vittime e il monitoraggio da parte di un gruppo di esperti indipendenti nominati *ad hoc* (*Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence* [GREVIO]) per garantirne l'applicazione.

Il 10 e l'11 maggio 2011, in occasione della sessione n. 121, i Ministri degli Affari Esteri dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa, si sono riuniti ad Istanbul per firmare la Convenzione n. 210 sulla prevenzione e lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica.

² In Italia, nel 2011 sono morte 127 donne (il 6,7 per cento in più rispetto al 2010) e nel 2012 fino al mese di giugno si sono registrate già 63 vittime. Stando ai dati raccolti nei centri di assistenza, la violenza domestica è la forma più pervasiva di violenza, con un tasso del 78,21% e colpisce donne su tutto il territorio nazionale. In Italia e in Europa, la violenza in famiglia è una realtà molto diffusa, ma anche poco denunciata: il 76% delle violenze nel nostro Paese avviene tra le mura domestiche a opera di ex partner, mariti, compagni o persone conosciute ed è, stando all'Onu, la causa del 70% dei femminicidi. Dati diffusi nel 2012 dalla piattaforma CEDAW delle Nazioni Unite e dal Rapporto CEDAW <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-ITA-CO-6.pdf>

³ CM(2011) 49 final.

La Convenzione è stata aperta alla firma degli Stati membri e degli Stati non membri, europei e non, che hanno partecipato alla sua redazione e che hanno lo *status* di osservatori⁴. Su 47 Stati presenti solo 13 hanno sottoscritto immediatamente la Convenzione: Austria, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Islanda, Lussemburgo, Montenegro, Portogallo, Slovacchia, Spagna, Svezia e Turchia.

All'atto della firma o del deposito dello strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione, gli Stati non possono porre in essere alcun tipo di riserva in riferimento ai contenuti della Convenzione, ad eccezione delle ipotesi previste dall'art. 78 ai paragrafi 2 e 3 per cui è possibile, con dichiarazione inviata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, esprimere la volontà di prevedere sanzioni non penali invece di imporre sanzioni penali nei casi di violenza psicologica (art. 33) e *stalking* (art. 34).

Al momento gli Stati firmatari della Convenzione sono 24⁵, l'Italia l'ha sottoscritta il 27 ottobre 2012, ma solo la Turchia l'ha anche ratificata.

Per la sua entrata in vigore si dovrà attendere il numero minimo di 10 ratifiche, di cui 8 da parte di Stati membri del Consiglio d'Europa e 2 di Stati non membri tra Stati Uniti d'America, Santa Sede, Canada, Giappone e Messico.

La Convenzione è deputata a diventare il primo strumento internazionale giuridicamente vincolante in Europa in grado di prevenire, proteggere e perseguire la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, responsabilizzando tutti gli Stati membri ad un celere adeguamento degli ordinamenti interni alle proprie disposizioni.

Il testo si sviluppa in 81 articoli suddivisi in 12 capitoli. Il Preambolo definisce la violenza contro le donne come *species* di un più ampio *genus*, ricomprendente condotte di carattere sistematico condizionate da fattori di ordine storico, sociale o culturale che si risolvono in meccanismi di discriminazione e subordinazione delle vittime ed in ostacoli al pieno sviluppo della personalità e delle capacità umane.

Con questo spirito, la Convenzione, intende affrontare nella sua completezza il fenomeno della violenza. L'art. 1 esprime il cambiamento in atto, riferendo espressamente alle donne il termine "autodeterminazione", da sempre utilizzato con riferimento ai popoli, richiamando l'intento di «contribuire ad eliminare ogni forma di discriminazione contro le donne e promuovere la concreta parità tra i sessi, ivi compreso rafforzando l'autonomia e l'autodeterminazione delle donne». L'art. 3 definisce la violenza contro la donna, anche di minore età,

⁴ Stati Uniti d'America, Santa Sede, Canada, Giappone e Messico.

⁵ Stati firmatari della Convenzione Albania, Austria, Belgio, Ex-Repubblica Jugoslava di Macedonia, Finlandia, Francia, Germania, Gran Bretagna, Grecia, Islanda, Italia, Lussemburgo, Malta, Monaco, Montenegro, Norvegia, Portogallo, Repubblica Slovacca, Serbia, Slovenia, Spagna, Svezia, Turchia e Ucraina. <http://conventions.coe.int/treaty/commun/quevouslezvous.asp?NT=210&CN=1&CL=ITA>

come una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata.

Secondo questa definizione, il danno psicologico o economico e la privazione di libertà sono definiti come violenza. La violenza domestica è definita come

tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima.

Con il termine genere, non presente nel titolo della Convenzione, ma per la prima volta definito nella stessa, «ci si riferisce a ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini» (art. 3, lett. c). La diversità tra uomini e donne, quindi, è riconosciuta non solo biologicamente ma anche socialmente e per tale ragione la Convenzione definisce la violenza basata sul genere «qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato» (art. 3, lett. d).

Sul piano sostanziale la Convenzione affronta ogni tipo di violenza fisica (art. 35) e psicologica (art. 33) lo stupro (art. 36), il matrimonio forzato (art. 37), la mutilazione genitale femminile (art. 38), le molestie sessuali (40), aborti forzati e sterilizzazioni forzate (art. 39), i crimini commessi in nome dell'«onore» (art. 42), riconoscendo la violenza contro le donne come una violazione di diritti umani e una forma di discriminazione.

Gli Stati, da parte loro, devono farsi carico di evitare e prevenire qualunque forma di violenza nei confronti delle donne ed intervenire con adeguate misure sanzionatorie e riparatorie (art. 5)⁶. Nel dettaglio gli Stati devono adottare misure necessarie in grado di promuovere i cambiamenti nei comportamenti socio-culturali delle donne e degli uomini (art. 12.1), di proteggere e sostenere le vittime istituendo servizi speciali: sostegno medico e psicologico (artt. 22 e 25), consulenza giuridica alle vittime e ai loro figli (art. 21), case rifugio (art. 23) e centri di accoglienza in numero sufficiente, linee telefoniche gratuite di assistenza, operative 24 ore su 24 (art. 24).

Si richiede ai Governi di perseguire gli autori delle violenze e garantire che quella contro le donne sia penalizzata e debitamente punita (Cap. V «Diritto Sostanziale» e VI «Indagini, procedimenti penali, diritto procedurale e misure protettive»); di vigilare affinché la cultura, le tradizioni e i costumi, la religione

⁶ <http://hub.coe.int/it/event-files/our-events/25-november-domestic-violence/>.

o il cosiddetto onore (artt. 12.5 e 42) non possano giustificare nessun atto di violenza, di operare affinché le vittime abbiano accesso a misure di protezione speciali nel corso delle indagini e dei procedimenti giudiziari (art. 29). Gli Stati devono assicurare, altresì, che le Forze dell'Ordine diano una risposta immediata alle richieste di assistenza e gestiscano in modo adeguato le situazioni pericolose (art. 50). In particolare dovranno essere adottate

le misure necessarie per promuovere i cambiamenti nei comportamenti socio-culturali delle donne e degli uomini, al fine di eliminare pregiudizi, costumi, tradizioni e qualsiasi altra pratica basata sull'idea dell'inferiorità della donna o su modelli stereotipati dei ruoli delle donne e degli uomini (art. 12.1),

e questo anche attraverso azioni volte a creare maggiore consapevolezza e responsabilità nella società fornendo – nei programmi scolastici di ogni ordine e grado, nelle strutture di istruzione non formale e nei centri sportivi – materiali didattici su temi quali la parità tra i sessi, i ruoli di genere non stereotipati, il reciproco rispetto, la soluzione non violenta dei conflitti nei rapporti interpersonali, la violenza contro le donne basata sul genere e il diritto all'integrità personale, appropriati al livello cognitivo degli allievi (art. 14). Inoltre è fondamentale anche una strutturazione da parte degli Stati aderenti di programmi di recupero rivolti agli autori di atti di violenza domestica, per incoraggiarli ad adottare comportamenti non violenti nelle relazioni interpersonali. Tutto ciò sempre al fine di prevenire nuove violenze, evitare la recidiva e modificare i modelli comportamentali violenti degli esecutori (art. 16).

La Convenzione afferma che «la violenza contro le donne e la violenza domestica non sono faccende private», i reati previsti dal Trattato si applicano a prescindere dalla natura del rapporto con la vittima e dall'autore del reato, anzi, l'intimità e la fiducia nascente dal rapporto familiare costituisce una circostanza aggravante (art. 46).

La necessità di una cooperazione per il raggiungimento degli scopi prefissati dalla Convenzione (art. 1) è ancor di più dimostrata dal coinvolgimento di tutti i soggetti pertinenti, quali le agenzie governative, i parlamenti e le autorità nazionali, regionali e locali, le istituzioni nazionali deputate alla tutela dei diritti umani e le organizzazioni della società civile (artt. 7 e 9). Questo indica che le agenzie e le Organizzazioni non governative (ONG) non dovrebbero agire sole, ma dovrebbero ausiliarsi e cooperare con tutti i soggetti collegati.

Sugli Stati non grava un obbligo di risultato, ma di mezzi, è perciò richiesta una sana strutturazione del proprio ordinamento interno per il raggiungimento degli obiettivi presenti nella Convenzione:

Le Parti adottano le misure legislative e di altro tipo necessarie per esercitare la debita diligenza nel prevenire, indagare, punire i responsabili e risarcire le vittime di atti di violenza commessi da soggetti non statali che rientrano nel campo di applicazione della presente Convenzione (art. 5.2).

Il contenuto fondamentale e la natura degli obblighi internazionali delle Parti sono precisati proprio nell'articolo appena citato (Obblighi degli Stati e dovuta diligenza): all'obbligo generale di astensione da condotte integrative di violenza contro le donne, direttamente o indirettamente imputabili agli organi statali, si accompagna la prescrizione di uno standard di due *diligence* nel prevenire, indagare, punire i responsabili e riconoscere alle vittime adeguati risarcimenti anche nei casi di violenza commessi da soggetti non statali

le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che le vittime abbiano il diritto di richiedere un risarcimento agli autori di qualsiasi reato previsto dalla presente Convenzione. Un adeguato risarcimento da parte dello Stato è accordato a coloro che abbiano subito gravi pregiudizi all'integrità fisica o alla salute, se la riparazione del danno non è garantita da altre fonti, in particolare dall'autore del reato, da un'assicurazione o dai servizi medici e sociali finanziati dallo Stato. Ciò non preclude alle Parti la possibilità di richiedere all'autore del reato il rimborso del risarcimento concesso, a condizione che la sicurezza della vittima sia pienamente presa in considerazione (art. 30).

La Convenzione, quindi, è in linea con lo spirito da sempre seguito dal Consiglio d'Europa riguardo al contrasto di speciali forme di violenza e abuso, e dunque con i principi delle "Tre P": Prevenzione, Protezione e Persecuzione. A tutte e tre le strategie, infatti, essa dedica un certo numero di disposizioni: alla prevenzione (Cap. III, artt. 12, 13, 14, 15, 17), alla protezione e sostegno delle vittime (Cap. IV, artt. 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 e 28) e alla punizione degli autori delle violazioni (Capp. V e VI, artt. 42, 50, 52, 53, e, in particolare l'art. 56). Il tutto corredato e rafforzato da una serie di altri impegni, di carattere politico e sociale (Cap. II, art. 7, 8 e 9), volti esclusivamente alla realizzazione di strategie integrate per il contrasto e l'eliminazione della violenza contro le donne e della violenza domestica.

Altra novità della Convenzione è rappresentata dalla previsione di un Gruppo indipendente di Esperti sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica – GREVIO – (Cap. IX, art. 66), al fine di strutturare un meccanismo internazionale di monitoraggio, della relativa attuazione da parte degli Stati ratificanti.

Infine, altro pilastro del sistema di monitoraggio è il Comitato delle parità, composto dai rappresentanti delle parità alla Convenzione (art. 67), fonte di informazioni e commenti utili per il GREVIO che resta sempre e comunque un gruppo indipendente e unico responsabile delle procedure di valutazione e monitoraggio (art. 68).

La situazione italiana: *iter* di ratifica della Convenzione di Istanbul

Lo scorso 27 settembre anche il Governo italiano, nella persona del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, ha sottoscritto la Convenzione di Istanbul. Tale firma è stata preceduta e sollecitata da una mozione unitaria approvata

dal Parlamento⁷ a riprova della costante sensibilità mostrata dal legislatore nei confronti dei fenomeni criminogeni ai danni di donne e bambini.

La normativa nazionale negli ultimi anni ha fatto indubbi passi avanti sul piano della tutela giuridica dei soggetti deboli: fra i più recenti interventi si possono segnalare il decreto-legge n. 11 del 2009 con il quale, fra l'altro, è stato introdotto nell'ordinamento il reato di *stalking* e la recentissima legge n. 172 del 2012 di ratifica della Convenzione di Lanzarote con la quale, oltre a incisive modifiche alla disciplina a tutela dei minori, si è intervenuti anche sul reato di maltrattamenti.

La ratifica della Convenzione di Istanbul, letta in tale contesto, può rappresentare una fruttuosa occasione per il legislatore per implementare le misure – di carattere non solo penale – a tutela delle donne e per il contrasto di ogni forma di violenza nei confronti di esse.

Attualmente risultano presentati in Parlamento solo quattro disegni di legge di ratifica, tutti di iniziativa parlamentare⁸ i quali, ad eccezione dell'AS 3568, si configurano come provvedimenti di mera ratifica⁹. La scelta di procedere ad una ratifica “secca” della Convenzione desta alcune perplessità: se è vero, da un lato, che tale soluzione comporta la immediata validità nell'ordinamento nazionale degli obblighi scaturenti dal Trattato, dall'altro, però, non essendo accompagnata da concrete misure di adattamento della legislazione vigente rischia di sostanzarsi in un “nulla di fatto”. Al fine di dare attuazione concreta agli obblighi scaturenti dal Trattato, infatti, appaiono necessari non solo un intervento sulla legislazione vigente – come del resto è avvenuto in Spagna – ma anche più in generale l'introduzione di misure “operative”, quali la promozione di campagne informative, l'eventuale istituzione di osservatori.

Tale considerazione è proprio alla base del disegno di legge n. 3568, il quale reca, per l'appunto, oltre alla ratifica, anche precise norme di adattamento in grado di fronteggiare soprattutto tutte le nuove problematiche connesse anche alla progressiva incidenza sul piano culturale dei fenomeni migratori nel nostro Paese.

È necessario osservare come l'esigenza che la ratifica della Convenzione possa costituire l'occasione per la previsione di misure a tutela della donna e per il contrasto di ogni forma di violenza contro di esse e di genere, risulti

⁷ Mozioni n. 1-00535, 1-00550, 1-00574, 1-00606, 1-00681, 1-00685, 1-00686, approvate unitariamente nella seduta antimeridiana dell'Assemblea Senato della Repubblica del 20 settembre 2012.

⁸ Per quanto riguarda il Senato si segnalano i disegni di legge n. 3488 e 3489, rispettivamente di iniziativa della sen. Finocchiaro ed altri (PD) e della sen. Carlino ed altri (IDV) – presentati il giorno stesso della firma ministeriale – e il disegno di legge n. 3568 della sen. Allegrini. Per quanto concerne la Camera dei deputati invece risulta presentata la sola proposta di legge n. 5489, di iniziativa della deputata Mogherini.

⁹ Tutti e tre i provvedimenti – sostanzialmente identici – si compongono di tre articoli, recanti rispettivamente l'autorizzazione alla ratifica, l'ordine di esecuzione e l'entrata in vigore della Convenzione di Istanbul.

avvertita dallo Governo, il quale ha, infatti, preannunciato la presentazione di una complessa proposta di legge di ratifica, in corso di elaborazione attraverso un ampio concerto fra le varie amministrazioni pubbliche, a vario titolo, potenzialmente coinvolte¹⁰.

Per quanto concerne il disegno di legge n. 3568 l'elemento più innovativo è rappresentato, dalle norme di adattamento. In particolare l'articolo 4 interviene sul codice penale, introducendo il nuovo delitto di induzione al matrimonio mediante coercizione e ampliando l'ambito oggettivo di applicazione del reato di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili di cui all'articolo 583-*bis* introdotto in attuazione della dichiarazione di Pechino. Sempre in relazione al delitto di cui all'articolo 583-*bis* il disegno di legge, all'articolo 5, prevede, attraverso una modifica all'articolo 380 del codice di rito, l'arresto obbligatorio in flagranza. È appena il caso di rilevare che tale modifica inciderà anche sull'ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 18 del testo unico sull'immigrazione (di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286) in materia di permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale. Tale norma, come è noto, prevede il rilascio di tale permesso

quando, nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento per taluno dei delitti di cui all'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, o di quelli previsti dall'articolo 380 del codice di procedura penale, ovvero nel corso di interventi assistenziali dei servizi sociali degli enti locali, siano accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei confronti di uno straniero.

L'articolo 6 poi modifica l'articolo 18 della legge 22 maggio 1978, n. 194, introducendo la nuova fattispecie penale della sterilizzazione forzata. Tale delitto, delineato come reato comune, è volto a sanzionare con la pena detentiva della reclusione da otto a sedici anni, chiunque costringe la donna a sottoporsi ad intervento chirurgico al fine di interrompere definitivamente la propria capacità riproduttiva.

L'anticipato scioglimento delle Camere ha comportato la brusca interruzione dell'*iter* d'esame dei prefati provvedimenti.

All'indomani dell'avvio della nuova legislatura sono stati presentati, fra Camera e Senato ben otto proposte di legge¹¹ di ratifica, delle quali però risultano assegnati – e delle quali risultano disponibili i testi – i soli disegni di legge n.

¹⁰ Si veda la seduta della Commissione 3^a del Senato della Repubblica dello scorso 21 novembre 2012.

¹¹ Per quanto riguarda la Camera dei deputati si segnalano i disegni di legge n. 118 di iniziativa dell'on. Mogherini; n. 459, di iniziativa dell'on. Sbrolini; n. 878, di iniziativa dell'on. Spadoni; n. 881, di iniziativa dell'on. Migliore. Al Senato sono stati invece presentati i disegni di legge n. 170 della sen. Bianconi; n. 243 della sen. Finocchiaro; n. 397 della sen. Puglisi e n. 641 della sen. De Petris.

118, di iniziativa dell'on. Mogherini e altri, alla Camera dei deputati, e nn. 170 della sen. Bianconi e 243 della sen. Finocchiaro e altri, al Senato.

Al riguardo è opportuno osservare come anche in questa legislatura si riproduca la dicotomia fra provvedimenti di ratifica “secca” (d.d.l. n. 118 e 243) e disegni di legge recanti norme di adattamento (AS 170)¹². I ritardi nella costituzione delle Commissioni permanenti, dovuti alle vicende politiche ed elettorali, hanno influito anche sull'avvio dell'esame di tali proposte, le quali non sono, ad oggi¹³ ancora inserite nei calendari di lavoro.

¹² È necessario osservare come l'Atto Senato n. 170 riproduca integralmente il contenuto del disegno di legge n. 3562 della XVI legislatura.

¹³ È appena il caso di notare che le Commissioni esteri, competenti per materia sui disegni di legge di mera ratifica si sono costituite solo lo scorso 7 maggio 2013. Nella settimana parlamentare corrente (13-17 maggio) ambedue le Commissioni stanno procedendo alla riunione degli uffici di presidenza integrati dai rappresentanti dei gruppi per la programmazione dei lavori e allo svolgimento delle audizioni del nuovo Ministro degli esteri sulle linee programmatiche del dicastero.

L'ineguale dignità

Gian Luca Ballabio

La cronicità del male

«Fate presto». Era questa la richiesta, e forse la supplica, affidata ad alcuni striscioni affissi lo scorso anno presso la sede della Camera Penale di Napoli¹, di porre fine alla continua e incessante violazione dei diritti umani e fondamentali perpetrata quotidianamente nell'arcipelago delle carceri italiane. L'Italia, infatti, con 146 detenuti ogni 100 posti letto, è il Paese con il tasso di sovraffollamento più alto di Europa mentre il tasso di detenzione (107 detenuti ogni 100.000 cittadini) è in linea con gli altri Stati. Circa la metà dei presenti nelle carceri italiane durante l'anno appena trascorso è rimasta detenuta sebbene avesse da scontare una pena inferiore a tre anni; per quanto riguarda le misure alternative alla detenzione, la percentuale è di 33 persone su 100 mila abitanti, mentre in Francia, ad esempio, è di 265².

Di fronte all'inerzia morale del nostro legislatore e della magistratura una spinta decisa per conseguire una soluzione al sovraffollamento carcerario si è avuta con una sentenza pilota della Corte europea dei diritti dell'uomo intervenuta lo scorso 8 gennaio 2013³. In tale pronuncia la Corte ha dichiarato che in Italia «vi è stata una violazione dell'articolo 3 della Convenzione» e che lo Stato italiano dovrà entro un anno a decorrere dalla data in cui la presente sentenza sarà divenuta definitiva in virtù dell'articolo 44 § 2 della Convenzione, istituire un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario, e ciò conformemente ai principi della Convenzione come stabiliti nella giurisprudenza della Corte.

Rappresenta, pertanto, un grave atto di accusa nei confronti dello Stato italiano poiché l'adozione di una sentenza pilota ha come presupposto indispensabile l'accertamento di una violazione «strutturale» di un diritto umano.

Tali pronunce, infatti, rappresentano il frutto di un lavoro «creativo» della Corte EDU a seguito dell'invito ricevuto dal Comitato dei Ministri [Risoluzione Ris (2004), 3, par I del 2004] ad indicare, al fine di agevolare l'esecuzione dell'obbligo posto dall'articolo 46 § 1 nelle sentenze, se la violazione accertata

¹ OSSERVATORIO CARCERE DELL'UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE (a cura di), *Prigioni d'Italia. Viaggio nella realtà delle carceri*, Pacini Editore, Pisa 2012, p. 94.

² M. PASSIONE, *Dall'affaire Sulejmanovic all'affaire Torreggiani e altri: dal diritto violato al diritto negato*, <http://www.europeanrights.eu/public/comments/Passione.pdf>.

³ *Torreggiani and others v. Italy*, n. 43517 dell'8 gennaio 2013.

fosse riconducibile ad un problema di carattere strutturale a portata generale idoneo a dar luogo ad una serie di ricorsi aventi il medesimo oggetto. La Corte, però, si è spinta più in là e, il 22 giugno 2004, nel caso *Broniowski c. Polonia*⁴ pronunciò la sua prima sentenza pilota la quale conteneva anche un elemento “pedagogico”, ossia l’indicazione delle misure che lo Stato polacco avrebbe dovuto adottare per far cessare la violazione dei diritti umani accertata. Misure che la Polonia adottò con il risultato, da un lato, di porre fine ad una violazione dei diritti umani, dall’altro lato, di evitare un contenzioso potenziale che avrebbe potuto interessare ottantamila persone⁵.

Le sentenze pilota, però, costituivano pur sempre una “prassi” giurisprudenziale che venne talvolta criticata anche da alcuni giudici della Corte EDU i quali ritenevano che attraverso l’adozione della sentenza pilota la Corte fosse andata oltre la propria sfera di competenza e fosse entrata nel “regno” della politica⁶, in quanto tali pronunce possono risultare così incisive e penetranti da erodere quasi totalmente il cosiddetto “margine di apprezzamento” riservato agli Stati in ordine alle misure da adottare per porre fine alla violazione dei diritti umani.

Tuttavia era innegabile che si fosse verificata una rivoluzione nella tutela dei diritti umani dalla quale non era possibile tornare indietro. Pertanto, nel 2010, nella *Interlaken Conference* i Ministri degli Stati membri del Consiglio d’Europa auspicarono una formalizzazione della procedura della sentenza pilota; procedura codificata il 21 febbraio 2011 con introduzione nel regolamento di procedura della Corte EDU della disposizione dell’articolo 61 (“Procedura della sentenza pilota”)⁷, in vigore dal 31 marzo 2011.

⁴ *Broniowski v. Poland* n. 31443/96 del 22 giugno 2004.

⁵ http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/61CA1D79-DB68-4EF3-A8F8-FF6F5D3B3BB0/0/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf.

⁶ *Hutten-Czapska v. Poland* n. 35014/97 del 19 giugno 2006, *partly dissenting opinion of Judge ZAGREBELSKY: (That the Court) «is entering territory belonging specifically to the realm of politics and that its indications go beyond its jurisdictional competence, which concerns the case between the applicant and the State».*

⁷ Art. 61 - Procedura della sentenza pilota: 1. La Corte può decidere d’applicare la procedura della sentenza pilota e adottare un sentenza pilota quando i fatti all’origine d’un ricorso presentato davanti ad essa rivelano l’esistenza, nello Stato contraente interessato, d’un problema strutturale o sistemico o di un’altra simile disfunzione che ha dato luogo alla presentazione di altri analoghi ricorsi.

2. a) Prima di decidere d’applicare la procedura della sentenza pilota, la Corte deve invitare le parti a fornire il loro parere sulla questione di sapere se il ricorso da esaminare ha per origine un simile problema o disfunzione in seno allo Stato interessato e se esso si presta a questa procedura.

b) La Corte può decidere d’applicare la procedura della sentenza pilota d’ufficio o su richiesta di una o ambedue le parti.

c) Ogni ricorso per cui è stato deciso che sarà applicata la procedura della sentenza pilota deve vedersi riservare una trattazione prioritaria ai sensi dell’articolo 41 del Regolamento della Corte.

La nuova disposizione prescrive quale condizione necessaria per la pronuncia di una sentenza pilota che i fatti denunciati nel ricorso rivelino un problema sistemico, endemico nello Stato parte; ossia una “violazione strutturale” dei diritti umani causata dalla normativa interna o da lacune legislative oppure da prassi amministrative o giudiziarie.

Tali pronunce, quindi, tutelano non solo l'interesse particolare del ricorrente, ma anche l'interesse (c.d. generale) di una moltitudine di persone che si trovano o si possono trovare in una situazione analoga a quella del ricorrente, e che pertanto sono destinate ad essere vittime della violazione della Convenzione da parte dello Stato. Nel caso *Torreggiani*, dopo aver accertato il sovraffollamento carcerario, la Corte ha condannato l'Italia per la violazione strutturale

3. La Corte deve indicare nella sentenza pilota da essa adottata la natura del problema strutturale o sistemico o della disfunzione che essa ha constatato ed il tipo delle misure correttive che lo Stato contraente interessato deve prendere a livello interno in applicazione del dispositivo della sentenza.

4. La Corte può fissare, nel dispositivo della sentenza pilota da essa adottata, un determinato termine per l'adozione delle misure menzionate al punto 3 qui sopra, tenendo conto della natura delle misure richieste e della rapidità con cui può rimediarsi, a livello interno, al problema da essa constatato.

5. Quando adotta una sentenza pilota, la Corte può riservare la questione dell'equa riparazione in tutto o in parte nell'attesa dell'adozione da parte dello Stato convenuto delle misure sia individuali che generali indicate nella sentenza.

6. a) All'occorrenza, la Corte può rinviare l'esame di tutti i ricorsi che scaturiscono dallo stesso motivo nell'attesa dell'adozione delle misure correttive indicate nel dispositivo della sentenza pilota.

b) I ricorrenti interessati sono informati in forma appropriata della decisione di rinvio. Eventualmente, ogni nuovo elemento che riguarda il caso gli viene notificato.

c) La Corte può in ogni momento esaminare un ricorso rinviato se lo richiede l'interesse di una buona amministrazione della giustizia.

7. Quando le parti di un caso pilota raggiungono una composizione amichevole, questa deve comportare una dichiarazione del governo convenuto concernente la attuazione di misure generali indicate nella sentenza e le misure correttive che devono essere accordate agli altri ricorrenti, attuali o potenziali.

8. Se lo Stato contraente interessato non si conforma al dispositivo della sentenza pilota, la Corte, salvo contraria decisione, riprende l'esame dei ricorsi che sono stati rinviati in applicazione del punto 6 qui sopra.

9. Il Comitato dei Ministri, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, il Segretario generale del Consiglio d'Europa ed il Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa sono sistematicamente informati dell'adozione di una sentenza pilota o di ogni altra sentenza in cui la Corte segnala l'esistenza d'un problema strutturale o sistemico in seno ad uno Stato contraente.

10. La decisione di trattare un ricorso seguendo la procedura della sentenza pilota, l'adozione d'una sentenza pilota, la sua esecuzione e la chiusura della procedura danno luogo alla pubblicazione delle informazioni sul sito Internet della Corte.

[traduzione non ufficiale a cura di M. DE STEFANO in www.dirittiuomo.it/Regolamenti/Italiano/regolamentoitalianovigente2011CEDU.pdf].

della disposizione dell'articolo 3 della CEDU il quale prescrive che «nessuno può essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani o degradanti» (!).

La Corte pertanto ha condannato l'Italia a stabilire, entro il termine di un anno dalla data in cui la sentenza diviene definitiva adeguati ristori per le violazioni già subite (rimedi compensatori) e impedendo simili violazioni e ponendo fine a quelle in essere (rimedi preventivi); ma ha altresì stabilito che in attesa dell'adozione da parte delle autorità interne delle misure necessarie sul piano nazionale, l'esame dei ricorsi non comunicati aventi come unico oggetto il sovraffollamento carcerario in Italia sarà rinviato per il periodo di un anno a decorrere dalla data in cui la presente sentenza sarà divenuta definitiva. La Corte si riserva la facoltà, in qualsiasi momento, di dichiarare irricevibile una causa di questo tipo o di cancellarla dal ruolo in seguito ad un accordo amichevole tra le parti o ad una composizione della controversia con altri mezzi, conformemente agli articoli 37 e 39 della Convenzione. Per quanto riguarda invece i ricorsi già comunicati al governo convenuto, la Corte potrà proseguire il loro esame per la via della procedura normale.

Nella sentenza Torreggiani, quindi, la Corte ha “consigliato” allo Stato italiano di «agire in modo da ridurre il numero di persone incarcerate, in particolare attraverso una maggiore applicazione di misure punitive non privative della libertà e una riduzione al minimo del ricorso alla custodia cautelare in carcere», senza indicare, pertanto, le misure specifiche da adottare; ciò in virtù del c.d. “principio di sussidiarietà” (ex art. 13 della CEDU) che, posto a fondamento del sistema convenzionale, tende a “delegare” allo Stato stesso il conseguire in ambito interno una soluzione alle cause del problema strutturale⁸.

Parte della soluzione

La gravità dei fatti accertati nella sentenza è stata tale da provocare turbamento e indignazione delle Istituzioni più sensibili. A seguito di essa, infatti, da un alto, il Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, ha denunciato «la perdurante incapacità del nostro Stato a realizzare un sistema rispettoso del dettato dell'articolo 27 della Costituzione sulla funzione rieducativa della pena e sul senso di umanità»; dall'altro lato, la Presidente della Camera, Laura Boldrini, nel suo discorso di insediamento ha espresso solidarietà e sdegno per la situazione di «tanti detenuti che oggi vivono in una condizione disumana e degradante».

Eppure le soluzioni al problema del sovraffollamento sono ben chiare. Lo stesso Primo Presidente di Cassazione, dott. Ernesto Lupo, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013⁹, ha denunciato la necessità ora-

⁸ F. ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario in Italia quale violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti. A prima lettura della sentenza-pilota Torreggiani*, in *Arch. pen.*, 1/2013.

⁹ Relazione del Primo Presidente della Corte di Cassazione sull'amministrazione della giustizia nel 2012, Roma, 25 gennaio 2013, pp. 65-66.

mai inderogabile: della rivisitazione del catalogo dei reati per i quali è imposto l'arresto (con particolare riguardo a due settori che contribuiscono grandemente all'affollamento carcerario, quello della materia della immigrazione clandestina e quello del piccolo spaccio di sostanze stupefacenti, anche "leggere"); dell'estensione della previsione dell'obbligo di liberazione (art. 121 disp. att. cod. proc. pen.) alle ipotesi di richiesta di misura non custodiale; della riconduzione anche normativa della detenzione carceraria alla sua natura di *extrema ratio* in controtendenza rispetto agli interventi "emergenziali" (di recente attuati ad esempio sull'art. 275 c.p.p. su spinte emozionali-populistiche, piuttosto che in base a ragioni costituzionalmente accettabili di politica criminale); del potenziamento degli strumenti di tipo interdittivo.

L'Italia, quindi, continua a dimostrare scarsa sensibilità verso la tutela dei diritti umani e fondamentali, al contrario di quanto accade in altre nazioni. Basti pensare che nella vicina Germania la Corte federale ha formulato l'obbligo dello Stato di rinunciare immediatamente all'adozione della pena nel caso di detenzioni non rispettose della dignità umana; e che nei lontani Stati Uniti d'America la Corte Suprema ha condannato il Governo della California a ridurre il numero dei detenuti di 46000 unità in quanto il sovraffollamento carcerario viola l'ottavo emendamento che prevede il divieto di «infliggere pene crudeli e inusitate»¹⁰. Ciò perché il sovraffollamento carcerario risulta «incompatibile con il concetto di dignità e non può trovare spazio in una società civile»¹¹.

La cultura quale unico garante universale

La tutela dei diritti umani e fondamentali passa, però, soprattutto attraverso (ancora una volta) un'operazione culturale. Di tale circostanza ne sono ben consapevoli le Nazioni Unite che il 19 novembre 2011 hanno adottato la *Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'educazione e la formazione ai diritti umani*¹², nella quale si afferma «che ogni persona e ogni organo della società dovrebbero cercare, attraverso l'insegnamento e l'istruzione, di promuovere il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali» in quanto «l'educazione e la formazione ai diritti umani sono essenziali per la promozione del rispetto universale e dell'osservanza di tutti i diritti umani e di tutte le libertà

¹⁰ Traduzione tratta da L. DELFINI, *Carta dei Diritti degli Stati Uniti d'America (1791) e successivi emendamenti (1795-1992)*, in A. MARIANI MARINI - U. VINCENTI (a cura di), *Le carte storiche dei diritti. Raccolta di Carte, Dichiarazioni e Costituzioni con note esplicative*, Pisa University Press, Pisa 2013, p. 77.

¹¹ Dichiarazione rilasciata dal Giudice della Corte Suprema, ANTHONY M. KENNEDY, *Justices, 5-4, Tell California to Cut Prisoner Population*, in *The New York Times*, 23 maggio 2011, in www.nytimes.com/2011/05/24/us/24scotus.html?pagewanted=all&_r=0

¹² Traduzione italiana reperibile all'indirizzo http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/PDU1_2011_D165.pdf

fondamentali di ogni persona, secondo i principi di universalità, indivisibilità e interdipendenza dei diritti umani» (art. 1). E spetta agli Stati «la responsabilità primaria di promuovere e garantire l'educazione e la formazione ai diritti umani, sviluppate e implementate in uno spirito di partecipazione, inclusione e responsabilità» (art. 7).

Un primo passo verso la sensibilizzazione dei diritti fondamentali passa attraverso un “espedito” semantico poiché le «parole non scherzano perché non scherzano le cose sottostanti»¹³. Antepoiamo, quindi, il sostantivo “persona” al termine “detenuto” per mitigare quantomeno il significato negativo di quest’ultimo che porta a configurare le persone detenute come un qualcosa di diverso, di altro rispetto a ciò che sono realmente: esseri umani.

Soltanto attraverso una maggiore conoscenza dei diritti umani e fondamentali da parte della società, quindi, è possibile far comprendere che essi sono presupposti dell’esistenza individuale e sociale dell’uomo e che devono essere preservati anche quando i titolari di essi vengono privati da parte della società della libertà a causa dei reati commessi¹⁴. Tali diritti, infatti, sono insopprimibili anche dalla maggioranza e persino dalla unanimità dei consociati, essendo patrimonio irretrattabile della persona umana¹⁵.

La titolarità di tali diritti in capo alle persone detenute è confermata, se mai fosse necessario, dalla stessa Corte Costituzionale la quale ha più volte ricordato che la pena detentiva non annulla i diritti fondamentali; il loro esercizio non può essere compresso al di là di quanto è reso inevitabile dallo stato di detenzione. Anzi il “residuo” di libertà del detenuto è doppiamente prezioso e da tutelare, perché fa capo ad un soggetto doppiamente debole: in quanto è detenuto; e in quanto, di solito, è emarginato ed in situazione di disagio sociale già prima del carcere¹⁶. Emerge, quindi, come la perdurante indifferenza verso le condizioni inumane in cui sono costrette a scontare la pena le persone detenute generi un meccanismo di de-umanizzazione, che determina necessariamente la fuoriuscita dall’età dei diritti e dalle sue premesse¹⁷.

¹³ R. SIMONE, *La mente al punto. Dialogo sul tempo e il pensiero*, Laterza, Roma-Bari 2002, p. 5.

¹⁴ F. D’ANIELLO, *La dignità umana e gli spazi della detenzione La sentenza 1 BvR 409/09 - 22/02/2011 del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/asylum/daniello.htm

¹⁵ F. GALGANO, *Il diritto e le altre arti. Una sfida alla divisione fra le culture*, Editrice Compositori, Bologna 2009, p. 153.

¹⁶ G.M. FLICK, *La “pari dignità sociale” nel carcere e nell’accoglienza dei migranti: una sfida per i diritti umani. Intervento alla V Assemblea Nazionale del Volontariato della Giustizia: “Il sistema sanzionatorio, la pena e la sua esecuzione. Le proposte possibili”*, Roma, Camera dei Deputati, 8 giugno 2012.

¹⁷ G. PRETEROSI, *Convenzione contro la Tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, in U. VINCENTI (a cura di), *Codice dei diritti umani e fondamentali*, PLUS, Pisa 2011, p. 218.

Il ruolo della cultura è quello di far comprendere che il rispetto per la dignità umana di ogni persona vieta allo Stato di disporre di qualunque individuo meramente come mezzo per un altro fine, sia pure per salvare la vita di molte persone¹⁸ e tantomeno, come accade in Italia, unicamente per meri fini propagandistici. Si deve ricordare, infatti, che nessun governo è legittimo qualora non dimostri eguale considerazione per il destino di ciascuna persona sulla quale pretende di comandare¹⁹.

Con una maggiore informazione e sensibilità all'interno della società si comprenderebbe, inoltre, lo stretto e indissolubile vincolo che lega tra di loro i diritti dell'uomo, la democrazia, e la pace. Essi, infatti, sono tre momenti necessari dello stesso movimento storico: senza diritti dell'uomo riconosciuti ed effettivamente protetti non c'è democrazia, senza democrazia non ci sono le condizioni minime per la soluzione pacifica dei conflitti che sorgono tra individui, tra gruppi e tra quelle grandi collettività tradizionalmente indocili e tendenzialmente autocrate che sono gli Stati, anche se sono democratiche con i propri cittadini²⁰.

In una società dove i diritti dell'uomo (e quelli fondamentali) costituiscono un nuovo *ethos* mondiale²¹, un ruolo fondamentale nella promozione e difesa di essi spetta a noi avvocati, soprattutto nel prossimo futuro. Infatti, con la Carta dei diritti umani e fondamentali dell'UE (c.d. Carta di Nizza), e l'efficacia ad essa riconosciuta dalla disposizione dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, si configura un nuovo scenario "storico" del diritto e l'avvocato è chiamato ad operare per assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali nella maggior parte delle controversie che si dibattono avanti ai giudici nazionali²².

Senza dimenticare che sarà necessario un salto culturale, e, soprattutto etico dell'avvocato, essendo l'etica professionale alla base dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto, perché, se cambia il diritto, cambia inevitabilmente il rapporto dell'avvocato con la società e cambiano i doveri e le responsabilità verso gli altri nelle scelte e nella condotta del difensore nel processo e nel ruolo della avvocatura nella società²³. E la sentenza Torreggiani, pronunciata anche grazie alla sensibilità e preparazione di quegli avvocati che hanno difeso i diritti umani dei propri assistiti, ci fa essere ottimisti sul ciò che accadrà nel tempo che verrà.

¹⁸ J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, Laterza, Bari 2012.

¹⁹ R. DWORKIN, *La giustizia per i ricci*, Einaudi, Torino 2013, p. 14.

²⁰ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 2008, pp. 254-255.

²¹ W. KASPER, *Les droits de l'homme et l'Eglise*, pubblicato dal Conseil pontifical «Justice et paix», Cité du Vatican 1990, p. 49.

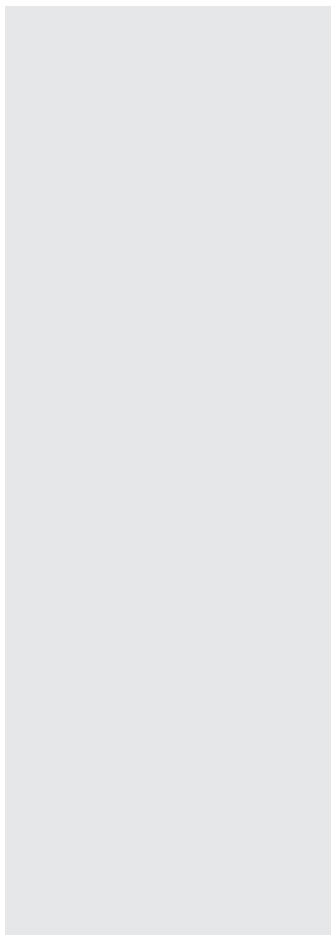
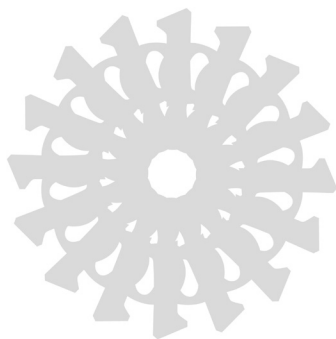
²² A. MARIANI MARINI, *Il tempo che verrà. Avvocatura e società*, Pisa University Press, Pisa 2012, p. 69.

²³ *Ibid.*, p. 71.

Ma, come già sottolineato, la tutela dei diritti deve essere un impegno comune delle istituzioni e di tutta la società. Pertanto, ogniqualvolta assistiamo ad una violazione dei diritti umani e fondamentali richiamiamo alla mente le parole di Primo Levi che ci ricordano come «una facoltà ci è rimasta, e dobbiamo difenderla con ogni vigore perché è l'ultima: la facoltà di negare il nostro consenso»²⁴.

²⁴ P. LEVI, *Se questo è un uomo*, Einaudi, Torino 1997, vol. I, p. 35.

ETICA PROFESSIONALE E DEONTOLOGIA



La riforma dell'ordinamento professionale: la pubblicità degli avvocati*

David Cerri

La pubblicità nelle recenti iniziative legislative

Pochi argomenti possono forse eguagliare quello della pubblicità come pietre di paragone tra differenti concezioni della professione forense.

Prima di approfondire, vorrei notare che la dimostrazione della sua importanza è data proprio dall'essere un tema dove si registra con forza una innovazione del consueto modo di creazione della norma deontologica. Storicamente – è la storia anche del nostro codice deontologico¹ – è infatti raro che questo tipo di “legislatore” (che poi, di solito, è la stessa categoria professionale) svolga una funzione propulsiva ed anticipatoria: si tende piuttosto a riconoscere e precisare, alla luce di principi considerati insiti/connaturati allo stesso esercizio professionale, o derivanti da norme positive (di carattere gradatamente sovraordinato) l'esistenza di prassi che tengono conto delle conseguenze di certi comportamenti.

Oggi è più frequente che sia lo stesso legislatore (stavolta senza le virgolette...) a creare direttamente la norma: in Italia è avvenuto di recente, per esempio, con l'art. 6 c. 4 del d.m. n. 180/2010, a proposito delle violazioni degli obblighi inerenti le dichiarazioni sui requisiti dei mediatori commesse da pubblici dipendenti o da professionisti iscritti ad albi professionali; e tutto ciò di cui si discute oggi a proposito di pubblicità concerne giusto iniziative legislative, governative o parlamentari.

Ricordando gli ultimi sviluppi, si può partire dalla c.d. “manovra di ferragosto” (d.l. n. 138/2011) il cui art. 3 c. 5 poneva tra i nuovi principi regolanti la professione il seguente:

g) la pubblicità informativa, con ogni mezzo, avente ad oggetto l'attività professionale, le specializzazioni ed i titoli professionali posseduti, la struttura dello studio

* Il testo aggiornato è rielaborato da *La deontologia forense in Italia*, in *Responsabilidad Jurídica del Juez, el Servidor Público y los Profesionistas*, a cura dell'Escuela Libre de Derecho, Città del Messico, 2013: un progetto di collaborazione tra il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa e la messicana Escuela Libre de Derecho.

¹ U. PERFETTI, *Codice deontologico forense e natura delle norme deontologiche*, in G. ALPA - P. ZATTI (a cura di), *Codici deontologici e autonomia privata*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 33 ss.; G. ALPA, *L'avvocato. I nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna 2011, spec. pp. 135 ss.; R. DANOVI, *La missione della deontologia*, in Id., *La giustizia in parcheggio*, Giuffrè, Milano 1996, pp. 141 ss.

ed i compensi delle prestazioni, è libera. Le informazioni devono essere trasparenti, veritiere, corrette e non devono essere equivocate, ingannevoli, denigratorie.

L'art. 4 del d.p.r. n. 137/2012 così attuava tale principio:

(Libera concorrenza e pubblicità informativa)

1. È ammessa con ogni mezzo la pubblicità informativa avente ad oggetto l'attività delle professioni regolamentate, le specializzazioni, i titoli posseduti attinenti alla professione, la struttura dello studio professionale e i compensi richiesti per le prestazioni.
2. La pubblicità informativa di cui al comma 1 dev'essere funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non dev'essere equivoca, ingannevole o denigratoria.
3. La violazione della disposizione di cui al comma 2 costituisce illecito disciplinare, oltre a integrare una violazione delle disposizioni di cui ai decreti legislativi 6 settembre 2005, n. 206, e 2 agosto 2007, n. 145².

Oggi, l'art. 10 (Informazioni sull'esercizio della professione) della nuova disciplina forense (l. n. 247/2012) così recita:

1. È consentita all'avvocato la pubblicità informativa sulla propria attività professionale, sull'organizzazione e struttura dello studio e sulle eventuali specializzazioni e titoli scientifici e professionali posseduti.
2. La pubblicità e tutte le informazioni diffuse pubblicamente con qualunque mezzo, anche informatico, debbono essere trasparenti, veritiere, corrette e non devono essere comparative con altri professionisti, equivocate, ingannevoli, denigratorie o suggestive.
3. In ogni caso le informazioni offerte devono fare riferimento alla natura e ai limiti dell'obbligazione professionale.
4. L'inosservanza delle disposizioni del presente articolo costituisce illecito disciplinare.

Se ne può ricavare uno schema del tipo riportato alla pagina seguente e commentarlo.

Si sono usati diversi *font* per sottolineare come le caratteristiche di ogni "modello" si ripetano o meno negli altri.

I caratteri principali e lo scopo delle norme deontologiche in materia

Il primo commento, forse ovvio, è che per il legislatore si tratta spesso di... parole in libertà, la cui scelta non è detto sia sempre stata meditata; non sarà semplice all'interprete capire la differenza tra "non equivocità" e "veridicità/verità", oppure tra "non ingannevolezza" e "funzionalità all'oggetto".

² «Attuazione dell'art. 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole».

Cod. Deont. Forense e d.l. n. 223/2006	d.l. n. 138/2011	d.p.r. 137/2012	d.d.l. AC 3900 poi Nuova disciplina forense l. n. 247/2012
La pubblicità informativa deve rispondere a criteri di: trasparenza, veridicità . Deve rispettare: dignità, decoro . Non deve essere: ingannevole, elogiativa, comparativa	Le informazioni dovranno essere: trasparenti, veritiere, corrette ; e non dovranno essere: equivoche, ingannevoli, denigratorie	È ammessa con ogni mezzo la pubblicità informativa avente ad oggetto l'attività delle professioni regolamentate, le specializzazioni, i titoli posseduti attinenti alla professione, la struttura dello studio professionale e i compensi richiesti per le prestazioni. ... dev'essere funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non dev'essere equivoca, ingannevole o denigratoria	Informazioni sull'esercizio della professione ... con qualunque mezzo trasparenti, veritiere, corrette e non devono essere comparative con altri professionisti, equivoche, ingannevoli, denigratorie o suggestive . + riferimenti al decoro (artt. 3, 29, 35)

Se ci si pone, come credo sia corretto fare, in una prospettiva assiologica, andando a verificare quali “valori” si intendano tutelare, la domanda allora è: quale delle soluzioni sopra illustrate poteva garantire meglio l'affidamento della collettività, individuato appunto come il valore-scopo della normativa?

Questa ultima conclusione (l'individuazione della *ratio* di una normativa sul punto) mi sembra tra l'altro sostenuta, e non smentita, dalle conclusioni nella causa C-475/11 Konstantinides davanti alla Corte di Giustizia europea, presentate dall'Avvocato generale Villalón il 31 gennaio 2013. Il *Berufsgericht für Heilberufe bei dem Verwaltungsgericht Giessen* tedesco chiedeva se il diritto dell'Unione (art. 56 TFUE sulla libera prestazione dei servizi) osti a un regime disciplinare professionale, quale l'articolo 27, paragrafi 1-3, del *Berufsordnung für die Ärztinnen und Ärzte in Hessen*, che vieta e sanziona la pubblicità contraria all'immagine della professione o contraria all'etica professionale³.

L'opinione dell'Avvocato generale è che l'articolo 56 TFUE debba essere interpretato nel senso che un provvedimento nazionale in virtù del quale si

³ Si leggono in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CC0475:IT:NOT>.

impone ai professionisti medici di svolgere attività pubblicitarie nel rispetto di standard di correttezza «eccessivamente ambigui ed abbinati ad un severo regime sanzionatorio» costituisce una restrizione alla libera prestazione di servizi (§ 69 conclusioni), ma che (§ 70):

Ciononostante, un provvedimento come quello contestato nel caso concreto, in virtù del quale si intende applicare ad un professionista medico stabilito in un altro Stato membro un regime di pubblicità di carattere non discriminatorio e basato sulla protezione dei consumatori e la salute pubblica è giustificato laddove esiste la corrispondente proporzionalità fra la condotta censurata e la sanzione disciplinare eventualmente imposta,

dove vedo valorizzato appunto lo scopo della protezione degli utenti, senza che sia possibile ipotizzare un regime di assoluta “libertà” dell’iniziativa economica dei professionisti (e già il d.lgs. n. 59 del 26 marzo 2010, di attuazione della Direttiva 2006/123/CE, aveva ribadito all’art. 34, c. 3, che «Le regole professionali in materia di comunicazioni commerciali sono non discriminatorie, giustificate da motivi imperativi di interesse generate e proporzionate»⁴).

Su tali presupposti si possono allora esaminare le recenti soluzioni offerte dal legislatore e dire subito che quella professionale, in tutti i modelli offerti, è una pubblicità “informativa” e non meramente commerciale. Già tale qualificazione dovrebbe far escludere che essa possa essere il cavallo di Troia per superare il divieto di accaparramento di clientela previsto ora dall’art. 19 del Codice Deontologico Forense, e che non credo possa essere dimenticato nel nuovo Codice: il cliente/consumatore deve essere posto in grado di compiere una libera scelta, non “indotto” con qualsiasi mezzo ad operare una preferenza.

Esaminando ora i singoli caratteri della pubblicità professionale, uno sul quale non c’è incertezza di sorta è quello della “non ingannevolezza”; qualunque sia lo strumento usato, lo scopo prevale sulla forma: ed individuerei l’esigenza che richiede tale indicazione in quella di evitare che si possa giungere a “falsare” il mercato. In altre parole, l’obiettivo dev’essere quello di non consentire che siano parametri diversi dalla capacità e dalla preparazione professionale a orientare le scelte degli utenti, o – tradotto lo stesso concetto in altre parole – di far sì che i professionisti non siano scelti soltanto in base alla loro capacità di orientare il consumatore con qualsiasi strumento, cioè – appunto – di “falsare” il mercato. Quando viene presentato il “vantaggio” della riduzione dei costi che conseguirebbe al completo dispiegarsi di ogni possibilità pubblicitaria – a parte che una possibile ed anzi probabile conseguenza è l’aumento del contenzioso: v. il caso olandese, dove la estesa liberalizzazione della professione notarile ha portato anzi all’aumento dei costi, alla diminuzione della qualità dei servizi, il

⁴ V., di G. COLAVITTI, *La direttiva Bolkenstein e la liberalizzazione dei servizi professionali*, in *Rassegna Forense*, 2009, pp. 481 ss.

tutto in un quadro di scarso incremento della concorrenza⁵ – va considerato quanto in realtà esso, anche ove fosse conseguito, sarebbe illusorio perché così si trascurerebbero i costi sociali conseguenti, con una contraddizione stridente proprio in termini di analisi economica. Del resto, non sarebbe peregrino il richiamo a quanto è previsto e discusso a proposito delle analoghe definizioni date dal Codice del Consumo⁶.

“Non equivocità” e “veridicità” forse sono corollari (la prima) e/o presupposti (la seconda) della “non ingannevolezza”: e, sebbene mancasse nel d.p.r. 137/2012 un espresso richiamo alla “trasparenza” dell’informazione pubblicitaria credo che oggi, grazie alla l. 247, non se ne possa proprio fare a meno. Essa dovrebbe attenere innanzitutto alla “riconoscibilità” della pubblicità come tale, e quindi non occulta né tantomeno subliminale (si vedano la definizione che ne dà l’art. 5 del cit. d.lgs. n. 145/2007: «La pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale», e le prescrizioni dell’art. 31, c. 1 del cit. d.lgs. 59/2010 sulle informazioni che devono essere rese al destinatario «in modo chiaro e senza ambiguità»); altri profili ne sono la verificabilità dell’informazione, e la garanzia di indipendenza nello svolgimento delle prestazioni (e quindi la preliminare dichiarazione dell’esistenza di rapporti, ad es., con enti esponenziali di vario genere, con amministrazioni pubbliche, con comunità politiche, culturali ecc.). Anche la veridicità attiene, e probabilmente in modo più diretto, al profilo della verificabilità, e con la trasparenza, insomma, può esser letta nella cornice della “ingannevolezza”, sulla quale attenti studi compiuti nell’ambito della concorrenza tra imprese hanno saputo trovare numerose particolarità e caratteristiche, quantomeno sin dalla recezione nel nostro ordinamento (d.lgs. 25-01-1992, n. 74) della direttiva 84/450/CEE, come modificata dalla direttiva 97/55/CE, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa; e sembra in effetti utile il riferimento alla vigente norma del solito d.lgs. 145/07 (Art. 1, c. 2) secondo la quale «La pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta».

Anche sul possibile carattere “denigratorio” non ci dovrebbero essere soverchie discussioni, tanto più in un campo di attività dove difettano parametri oggettivi per una valutazione; questo però ci conduce direttamente a parlare dei profili dove esiste un chiaro contrasto, come quello della pubblicità “comparativa” ed “elogiativa”.

È nota l’opinione al riguardo dell’A.G.C.M. che nell’Indagine promossa con provvedimento n. 16369 del 18 gennaio 2007 e conclusa nel marzo 2009 ha sostenuto (§ 264) che il divieto di espressioni elogiative o comparative non svolgerebbe altra funzione «se non quella di impedire la concorrenza tra pro-

⁵ V. l’indagine 2007 della Commissione sulla Concorrenza dell’Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico - OCSE (DAF/COMP/(39/2007), pp. 45-47. In lingua inglese all’indirizzo web: <http://www.oecd.org/dataoecd/12/38/40080343.pdf>.

⁶ D.lgs. n. 145 del 2 agosto 2007; sia consentito il richiamo a D. CERRI, *Pubblicità e professione forense*, in *Rassegna forense*, 2/2009, p. 221.

fessionisti, producendo un danno soprattutto ai nuovi entranti e, quindi, proteggendo dal gioco della concorrenza i professionisti già affermati».

La vera e propria mala fede di tali affermazioni emerge (al § 273 della stessa Indagine) allorquando l'Autorità si mostra al contrario consapevole che una pubblicità incontrollata dei servizi medici «non dovrebbe creare bisogni artificiali di cure mediche»: come se creare un “bisogno artificiale” di procedimenti giudiziari (è l'esperienza straniera) sia questione irrilevante!⁷

In quale modo si sarebbe potuta ideare una lecita pubblicità comparativa (dal carattere comunque informativo, ripeto, anche per il d.P.R. n. 137) tra due diversi avvocati? Quali sarebbero le caratteristiche oggettivamente verificabili da citare per indurre nel cliente/consumatore una determinata scelta a favore dell'uno sull'altro? L'avvocato X vince tutte le cause e l'avvocato Y le perde tutte? L'avvocato X scrive e parla come Manzoni e l'avvocato Y come l'onorevole Di Pietro? e chi lo dice che le cause vinte e perse fossero omogenee e quindi paragonabili? E che Di Pietro per avventura non sia più efficace di Manzoni nelle aule giudiziarie? anche perché «è di tutta evidenza che la pubblicità comparativa è anch'essa soggetta al criterio di veridicità, completezza e chiarezza» (l'ha sostenuto proprio l'A.G.C.M., a proposito delle norme sulla riforma forense!⁸). Insomma, ci si può immediatamente rendere conto come i confini tra pubblicità comparativa e denigratoria possano apparire assai incerti per il destinatario che non abbia conoscenza specifica del settore (non a caso si parla di “asimmetrie informative”).

La nuova normativa e la revisione del Codice deontologico

Fatta questa rapida comparazione, emerge che la soluzione migliore era quella del d.d.l. AC 3900, poi trasfusa con correzioni nella nuova disciplina della l. 247, sia per una considerazione di sistema (perché, cioè, le previsioni sul tema devono esser lette in un quadro che ribadisce l'importanza del ruolo sociale dell'avvocato e consente il perdurante riferimento a principi come quello del “decoro” che consentono un costante monitoraggio della rispondenza ai principi dei comportamenti professionali, in continua evoluzione⁹, sia per la significativa, esplicita esclusione della pubblicità comparativa, punto sul quale si è combattuta una discreta guerra di posizione con le tendenze più liberiste.

⁷ E sì che la stessa categoria ne ha un'antica consapevolezza: si vedano i commenti di C. CAVAGNARI - E. CALDARA, *Avvocati e procuratori*, ed. a cura di G. ALPA, Il Mulino, Bologna 2004, p. 240: «Litigare è un male... è loro [degli avvocati e dei procuratori] non ingigantire questo male»; e nel '600 A. FRITSH scriveva: «*Peccat Advocatus, qui homines ad litigandum istigat*» (*Conclusio VII da Advocatus Peccans sive Tractatus de Peccatis Advocatorum & Procuratorum*, Lipsia 1678, riprodotto in *Sine causidicis*, pubblicazione a cura del CNF del 2009).

⁸ Segnalazione del 18 settembre 2009, a margine dei lavori della Commissione Giustizia del Senato.

⁹ Ed è forse un peccato che manchi nel testo definitivo della riforma il riferimento alla “finalità della tutela dell'affidamento della collettività” contenuto nel testo della Camera.

Sul punto, in conclusione, ritengo che in sede di redazione del nuovo Codice deontologico – compito affidato al CNF dalle norme transitorie della nuova disciplina (art. 65, c. 5), e che dovrà essere compiuto entro un anno dall'entrata in vigore – non sia necessario allontanarsi di molto dai binari già tracciati con le norme attualmente vigenti, tenuto conto soltanto che la norma di legge consente (e probabilmente impone) una semplificazione.

Nell'art. 17 sono già contenuti tutti i principali caratteri della “nuova” pubblicità: quello essenzialmente “informativo”, la trasparenza e la veridicità del messaggio, il divieto della pubblicità ingannevole, elogiativa, comparativa – cui si dovrà aggiungere esplicitamente anche quello della pubblicità denigratoria e suggestiva – mentre anche il richiamo al decoro della professione continuerà ad essere consentito dai riferimenti che la legge mantiene a tale concetto (v. gli artt. 3, 29, 35); potrà essere invece oggetto di discussione il divieto di rivelare i nomi dei clienti pur consenzienti, mentre non si porranno dubbi sui limiti posti per così dire *naturaliter* (e quindi forse senza l'indispensabilità di un espresso richiamo) dall'obbligo di riservatezza e dalla tutela del segreto professionale.

Gli attuali canoni I e II potrebbero risultare il primo inutile, perché da regolare in sede di disciplina della formazione (e quindi se è lecita l'organizzazione di iniziative formative ad impulso diretto degli studi, lo sarà anche sotto il profilo qui trattato) ed il secondo lasciato all'autonomia delle parti interessate, rilevando peraltro in via preliminare che il messaggio veicolato dall'intestazione dello studio al nome del collega defunto non rivesta il carattere dell'ingannevolezza (ed a tale scopo potrebbe essere recuperato in via interpretativa anche il richiamo del d.p.r. 137 alla “funzionalità all'oggetto”).

Le indicazioni obbligatorie e quelle facoltative dell'art. 17-*bis* costituiscono oggi, e potranno continuare a costituire in futuro, linee guida soprattutto per la creazione e gestione di siti web e blog e la partecipazione a social network, residuando la possibilità di una valutazione deontologica (secondo i criteri sia del carattere informativo del messaggio complessivamente portato dal mezzo – “qualunque” mezzo – prescelto, sia del decoro professionale) dei richiami commerciali o pubblicitari alle attività di terzi, qualunque forma assumano.

Giustizia “ideologica” e diritti dei deboli

Il fantasma del giudice politico

Titta Madia

Dante Troisi, giovane magistrato a Cassino, nel 1955 pubblicava nella collana “I gettoni” della Einaudi il “Diario di un Giudice”, un libro di piccole storie delle persone che l'autore doveva giudicare di giorno in giorno in un centro della profonda provincia meridionale appena uscito dalla seconda guerra mondiale. Ricordo il libro che lessi allora con grande interesse.

Titta Madia trae occasione da una recente ristampa per ricordare nell'articolo che volentieri pubblichiamo gli eventi familiari e personali nei quali conobbe l'autore, giudicato un “comunista” come chiunque negli anni Cinquanta nel foro e fuori del foro avesse osato richiamarsi alla Costituzione. Ed intreccia al ricordo alcune riflessioni sulla magistratura d'allora e di oggi con il garbo e l'intelligenza che conosciamo.

Il tema è la giustizia “ideologica” del “magistrato politico”, che Madia evoca nella versione di coloro che all'epoca vedevano nella giovane magistratura, i cosiddetti “pretori d'assalto”, un fenomeno eversivo mentre per altri era la reazione alla sopravvivenza, caduto il regime, di quella giustizia ossequiente ai poteri e forte con i deboli denunciata da Achille Battaglia nei suoi libri (ricordiamo il “Processo alla giustizia” del 1954 e “I giudici e la politica” del 1962).

Ci furono eccessi? È possibile, come accade in ogni contrastata evoluzione nella società e nel diritto. Ed infatti eccessi vi erano stati anche durante il regime con le dure condanne del dissenso, e dopo la liberazione quando l'alta magistratura, con il concorso di una avvocatura d'ancien régime, oppose ostacoli alla applicazione della Costituzione repubblicana nella parte fondamentale dei diritti con la distinzione tra norme programmatiche e norme precettive, spazzata via da una delle prime sentenze della Corte Costituzionale.

Vorremmo quindi aggiungere al sollievo con cui Titta Madia oggi registra la sopravvivenza di pochi e isolati giudici politici (forse le “toghe rosse” ancora nelle cronache?), la serena constatazione che viviamo in uno stato di diritto e in una Unione Europea ove le Costituzioni, le Carte dei diritti fondamentali e le Corti europee tutelano i diritti e le libertà di tutti; certo maggiormente di quelli che, pur avendo i diritti, non hanno la possibilità di ottenere che siano rispettati; sono infatti i “cittadini senza potere” ai quali non resta che confidare che vi sia anche in Italia «un giudice a Berlino» che renda loro giustizia.

a.m.m.

Forse proprio con *Diario di un Giudice* – libricino scritto da un ignoto e giovane Magistrato di provincia negli anni '50 – iniziò quella, non indolore, rivoluzione giudiziaria e culturale che ha portato il processo penale ad occuparsi anche di ricchi e potenti (insieme agli “ultimi” della nostra comunità) ed a rendere reale e concreto il precetto costituzionale secondo il quale “la legge è uguale per tutti”.

E non stupisca che tale perentoria affermazione – che rende un merito storico al Giudice-scrittore Dante Troisi – provenga dal nipote ed anche omonimo di quel Signore, citato a p. 233 del volume edito da Sellerio, in una nota del “grande” Andrea Camilleri il quale ricorda che «un anno dopo la pubblicazione, e precisamente il 12 luglio 1956, durante una seduta in Parlamento, il noto avvocato e deputato fascista Titta Madia accusò Troisi d'aver scritto un libro diffamatorio sulla Magistratura».

Non ho memoria di questo episodio che fu l'inizio del procedimento disciplinare che condusse la vicenda professionale del Giudice Troisi prima alla sanzione e – dopo alcuni anni – al prematuro abbandono della Magistratura, Ordine che aveva manifestato – con chiarezza e durezza – di volersi liberare di una cellula indisciplinata che si era annidata al suo interno.

Qui il commentatore lascia il posto al testimone, perché ho conosciuto Dante Troisi, sia personalmente, sia attraverso il racconto di mio Padre, Nicola Madia, Avvocato penalista sommo, senza infingimenti appartenente alla medesima fede politica del suo illustre genitore Titta Madia.

E ricordo benissimo che Nicola Madia aveva una stima speciale per Dante Troisi, con il quale conversava spesso, senza reciprocamente celarsi le divergenti opinioni e senza nascondere l'ammirazione per il coraggio di un'autonomia di pensiero che gli costava il sacrificio della “carriera”, ma che lo rendeva un “giudice” senza padroni e senza paure.

E ricordo benissimo – scusate se mi dilungo nella testimonianza, ma credo che non sia priva di significato – la cortesia, la sorridente accoglienza con la quale mi costituì a verbale come difensore (ero proprio alle prime armi) di un povero “diavolo” imputato di furto di autoradio e l'attenzione che prestò alle mie ardite tesi giuridiche sulla ricorrenza delle multiple aggravanti contestate (allora il furto di autoradio poteva costare 3 o 4 anni di reclusione, tutti da scontare) che, in qualche parte, furono pure accolte.

Io – Titta Madia jr – nipote di quel suo iniziale persecutore (a dire il vero qualcosa avevo sentito da mio Padre, ma non in termini così precisi come rievocato da Camilleri) posso testimoniare che Dante Troisi non solo non usò nei miei confronti alcun trattamento discriminatorio o semplicemente e subdolamente distante, ma fu sempre gentile ed accogliente, come colui che vola più in alto dei sentimenti comuni, che comuni sono agli uomini di ordinaria sensibilità.

Perché, con certezza, Dante Troisi era un rivoluzionario e come tutti coloro che sentono, prima degli altri e contro tutti gli altri, i grandi cambiamenti della storia aveva una sensibilità umana diversa dagli altri.

Vi racconto un episodio – vero – del quale in pochi conservano memoria (neppure Camilleri lo racconta) ma che allora colpì tanti giovani avvocati e magistrati e che fu riportato in qualche trafiletto della cronaca giudiziaria dei primi anni '70.

Nell'aula della VI Sezione del Tribunale, presieduta da Troisi, comparve un giovane imputato di furto aggravato perché, entrato in un negozio di divise da cameriere, aveva indossato, per provarla, una giacca bianca (gallonata e con i bottoni d'oro) e si era allontanato con essa senza pagarla. Al richiamo del negoziante, cui la giacca era stata sottratta, il giovane era stato prontamente fermato ed arrestato per il "grave" reato di furto con destrezza.

Il giudizio, celebrato con il rito direttissimo, si concluse con una mite condanna e con la sospensione della pena, essendo apparsa del tutto verosimile la versione dei fatti resa dall'imputato:

Avevo trovato un posto di cameriere, che richiedeva però il possesso, da parte dell'assunto, della giacca da lavoro. Non avendo i soldi per acquistarla, ma avendo bisogno del lavoro ho pensato che l'unica possibilità era un 'prestito coatto', che sarebbe stato restituito con il primo stipendio.

All'uscita dalla camera di Consiglio il Tribunale presieduto da Troisi (facevano parte di quel Collegio Ciccio Misiani – Giudice ed Avvocato indimenticabile – ed un giovanissimo Biagio La Cava – anch'egli uomo probo e saggio) sorprese tutti.

Dopo la lettura della sentenza, Troisi invitò i presenti ad una "colletta" per comprare la giacca bianca a quel giovane condannato, che gli consentisse di assumere l'agognato posto di lavoro.

E così dal PM agli avvocati e persino i testimoni di altri processi ed ancora gli imputati che attendevano il loro turno, tutti si misero le mani in tasca (i primi furono i Giudici) fino ad arrivare alla somma necessaria perché la "giacca bianca" potesse restare nella disponibilità del ladro e non del derubato.

Ma sarebbe riduttivo ricordare Dante Troisi solo come un "uomo buono", perché lui fu un rivoluzionario e il manifesto della sua civile rivoluzione è *Diario di un Giudice*.

La Giustizia, negli anni '50 (e – sempre meno – fino ai nostri giorni) era un *instrumentum principis*, usato con la severità della spada nei confronti degli "ultimi" e con l'equilibrio della bilancia nei confronti di quei rarissimi "amici del principe" che, casualmente, incappavano nelle sue maglie.

Ed il Giudice era il braccio armato di questa Giustizia di "classe".

Le aule erano occupate solo da ladri, ma non ladri di regime, ma ladri *tout court*, perché il reato che popolava la Giustizia era il furto.

Furto di automobili, di portafogli, di autoradio o furto di appartamento (nei casi più gravi – ma con pene anche di sei o sette anni di reclusione, tutti da scontare), ma anche furto di polli o di mele o di generi di prima necessità, in-

somma le aule di Giustizia erano affollate di “poveri disgraziati”. Perché – ciò è ovvio – chi ruba normalmente ha bisogno di rubare.

Allora non si conosceva la droga, solo ogni lustro scoppiava uno scandalo di regime, non infrequente era il processo al “pappone” della prostituta, ma non la “escort” che siamo abituati a conoscere oggi e neppure il “play boy” con Ferrari e casa in Costa Smeralda che procaccia le flessuose donnine al potente di turno: no quel pappone era uno sdentato di periferia che non aveva la capacità ed il coraggio di rubare e si nascondeva dietro una malcapitata “battona” di marciapiede.

Troisi vedeva questi disgraziati come «gente che ha sbagliato e bisogna fare Giustizia [...] ora sono io la sentinella e l'aula di udienza è la torretta da cui prendo la mira» (p. 22).

Ma è vera Giustizia?

Forte con i deboli e debole con i forti?

Arrivano i primi dubbi, che allora non scalfivano alcuno di quei “mandarini” che, pomposamente, sedevano sull'alto scranno del Giudice.

Il dubbio non era categoria del Giudice, che è bocca di verità, ma il dubbio attanaglia il buon Giudice e Troisi cita:

un processo letto due volte la prima in ufficio e B.R. è sicuramente colpevole: domani non potrà sottrarsi alla sua pena.

Poi mi sveglio in piena notte, riprendo, in mancanza del giornale, il fascicolo e B.R. è un altro (p. 449).

È solo il buon Giudice d'allora, è solo ad accusare, a difendere, a giudicare.

Sono così lontani i tempi del contraddittorio, della formazione della prova in dibattimento, della parità delle parti; il giudice è solo, e chissà cosa c'è dietro la povera storia di quel B.R. manoscritto sull'intestazione di un fascicolo.

L'Avvocato è di aiuto, sì, forse, ma è un aiuto da poco.

Non è un tecnico del diritto, che riporta le ragioni ad una norma ed alla sua corretta interpretazione, è un professionista delle astuzie e dei trucchi della professione che «contro queste mura di articoli del codice, si affatica per aprirsi una breccia, una feritoia, tentando di scoprire la natura, le inclinazioni, le tendenze che nel magistrato s'impastano con le norme che applica» (p. 48).

Insomma un altro povero diavolo che deve destreggiarsi tra piccole furberie e costante piaggeria dell'uomo Giudice, dal quale – e solo da lui – dipendono le sorti del suo cliente (e dei “robusti profitti che un avvocato ricava da una causa”. Oh se Troisi avesse saputo quanti avvocati sono morti in povertà assoluta!) (p. 50).

E i Magistrati com'erano?

Tanto diversi da quel Giudice di provincia.

Allora valeva il detto – diventato un titolo di un bel volume di un altro Magistrato di quei tempi – che stabiliva che *La Giustizia è il Giudice* ovvero non ci

sono regole strette, una disciplina complessa che lascia poco spazio all'arbitrio del giudicante e dunque «la Giustizia penale contiene troppo del caso, dello stato d'animo, perché egli (l'avvocato) si abbandoni alla fiducia nei suoi mezzi» (p. 50).

La Giustizia degli anni '50 – e ancora, ma sempre di meno, nei decenni successivi – oscillava tra paternalismo ed autoritarismo, cosicché la causa aveva la sua stella, benigna o maligna, a seconda del Giudice cui capitava.

E d'altronde i "clienti" del Giudice penale erano tutti "poveracci", carne da cannone, ai quali toccava pietà o rigore a seconda dell'umore del giudicante.

Troisi appartiene alla categoria dei pietosi e come poteva diversamente dinanzi a quella donna che dice:

Ho quarantacinque anni, non so leggere e scrivere, ho sei figli.

Dichiaro che unitamente ai miei figli Marianna, Antonio ed Angelo, la sera del 18 uccidemmo mio marito a mezzo di strangolamento.

Mio marito esercitava nei confronti di tutta la famiglia trattamento inumano, facendoci mancare financo gli alimenti per il sostentamento.

Tutto *Diario di un Giudice* è un susseguirsi di storie di una povera umanità che monta, in chi dovrà giudicarla, un lento ma inesorabile impulso di ribellione verso una "casta" di giustizieri insensibili all'ingiustizia di fondo che si nasconde sotto l'abito buono della sentenza pronunciata "in nome del popolo italiano" (p. 58).

Ed è qui che Troisi sbotta, nelle sue storie di Giudice del quotidiano di paese, che lo tormentano (e con lui tormentano la famiglia che della sua inquietudine avverte il disagio) e lo conducono al *je accuse* contro la sua stessa "casta":

La Magistratura è ancora tabù; i giudici debbono essere considerati gli intangibili ministri della divinità e soltanto a membri dello stesso ordine è permesso, con le cautele necessarie perché la voce non giunga all'esterno, muovere non dico critiche, ma esprimere sommessi pareri.

Insofferenza all'appartenenza a un organismo castale, che di sacerdotale ha la «retorica difesa della dignità, del decoro e simili attributi: astrazioni che unitamente alle smodate ambizioni di carriera svuotano di umanità la funzione» (p. 77).

Queste, insieme ad episodi di miserie umane – non più dei giudicabili, ma dei giudicanti – queste riflessioni costarono a Troisi la carriera e la funzione di Magistrato.

Diritto di opinione?

Dovere di critica?

Espressioni di un diffuso sentire?

"Ma mi faccia il piacere" avrebbe detto Totò; allora era impensabile accusare "la casta", perché come tutti i rivoluzionari Troisi parlava bene, ma parlava troppo presto.

I tempi non erano ancora quelli giusti.

Il Giudice di paese (Troisi era a Cassino che faceva “Giustizia”) denuncia alla Nazione un’arretratezza culturale e giuridica da far paura, proprio lui, quel piccolo Magistrato che giudicava il furto di un’oca e le relative indagini dei carabinieri con annesso rapporto di P.G.

È sferzante con tutti il giovane Giudice di paese: con l’avvocato che al passaggio del Magistrato «si scosta, quasi piegato in due per cedervi il passo» (p. 113) e con i suoi colleghi «trovano il terreno spianato dalle tradizioni di famiglia, dalle conoscenze, dagli intrighi con le forze politiche [...] Oggi si ha bisogno della protezione di un Cardinale o almeno di un Vescovo [...] per essere promossi». (p. 118)

E c’è qualcuno che rimpiange quei tempi e quella Giustizia!

Dante Troisi era comunista, così lo vedevano i suoi colleghi, gli avvocati ed anche gli imputati che a lui chiedevano una benevolenza di “classe”.

Ed anche questa sua scelta di campo era antesignana di un tempo – che sarebbe arrivato almeno dopo dieci anni – in cui la Magistratura si sarebbe differenziata per categorie ideologiche di appartenenza, dove quella di sinistra o apertamente marxista avrebbe introdotto nella Giustizia tutto il bene e tutto il male che ancora ci portiamo addosso.

E del comunista, duro e puro, confessa, involontariamente, l’intolleranza per la libertà della professione forense, che talvolta bonariamente irride, talvolta violentemente accusa con il «disgusto delle mani che gli avvocati agitano senza posa e che tu vedi sporche di soldi intascati poco prima di parlare» (p. 195).

Il contraddittorio è inutile perché «le arringhe dei difensori non hanno alcuna influenza nella sua convinzione (del Giudice) formatasi in anticipo con la lettura del fascicolo» (p. 196).

Santo art. 431 del nuovo codice di procedura penale!

E qui qualche riflessione di chiusura.

Dante Troisi è stato un rivoluzionario e, come tutti quelli che hanno anticipato i tempi ed i sommovimenti culturali, lanciò un vento di aria pulita ed insieme un germe malefico.

La sua rivendicazione di autonomia ed indipendenza era considerata ribellione, ma oggi costituisce il conquistato ed insopprimibile presidio della nostra Magistratura, non obbediente a ordini o soggiacente a nascoste collusioni con alcun potere.

Non ci possono essere né Cardinali, né Banchieri, né Senatori né Presidenti che condizionino il Magistrato, ché la sua professione è, per legge, separata (e così indifferente) da qualsiasi esterno condizionamento.

Garanzia assoluta per i più deboli ed anche per i più forti quando la ruota gira e si trovino ad esser diventati, essi stessi, dei deboli.

Ma il cattivo germe della Giustizia ideologica, non deve essere miscelato in una incondizionata esaltazione dello spirito libero di Troisi, annacquando il ricordo di una malattia della quale ancor oggi non si vede completa guarigione.

Troisi vedeva in sé il Giudice paladino della Giustizia ideale, anzi no ideologica, che giudicava il "chi sei" e non il "cosa hai fatto", dividendo il mondo in buoni o cattivi a seconda del ruolo sociale ricoperto.

Al centro del processo c'è il Giudice, che rende inutili le parti, superflue le regole, asservita all'ideale la legge.

E gli ideali sono etici e quindi politici, risolvendosi prevalentemente nella guerra al potente, nella difesa del debole, in una visione di lotta di classe che deve sopraffare il gioco democratico della rappresentanza parlamentare.

Lotta al sistema, Giudice protagonista della rivoluzione politica, sentenze strumento di realizzazione ideologica dei precetti etici, insomma tutto quello che oggi ci fa inorridire e che ieri era pane quotidiano della cronaca giudiziaria.

La degenerazione assoluta del sistema giudiziario si riscontrò con i cosiddetti "pretori d'assalto" che inventavano leggi inesistenti secondo i principi dell'interpretazione evolutiva; ed ancora in processi politici, per reati eversivi, gravissimi, da Corte d'Assise, che miravano ai nemici politici dell'epoca; ed ancora ai Giudici del lavoro che rendevano ingovernabili le fabbriche con il predicare la lotta costante del lavoratore contro il "padrone"; ed anche con il perdonismo indiscriminato nei confronti dei facinorosi violenti e provocatori che in piazza attaccavano le Forze dell'Ordine, spesso qualificate fasciste solo perché tentavano di mantenere l'ordine pubblico.

Una degenerazione insopportabile dello Stato democratico, dove il Giudice politico usava la manipolazione dei fatti e della legge per imporre violentemente un'ideologia settaria ed autoritaria.

Il tutto dissimulato dietro una sorta di missione sacerdotale e salvifica.

Ecco Troisi era anche questo, ed anche in questo ha anticipato la successiva storia della Giustizia italiana.

Che per fortuna non si è realizzata come "quei Magistrati" sognavano.

Ed oggi la malattia del Magistrato politico non è guarita, ma è certamente attenuata.

Oggi al centro del processo vi sono le regole e la logica, non più il Giudice con i suoi umori caratteriali o ideologici.

Il contraddittorio è essenziale e la prova la formano le parti dinanzi ad un Giudice muto (o quasi) in luogo di quello straripante di allora.

Le legalità e la logica sono i beni del processo che i vari gradi di giudizio sono chiamati rigorosamente a controllare.

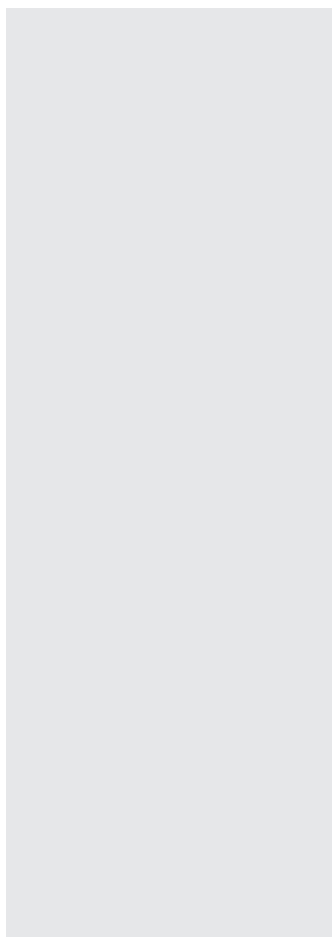
Insomma esiste il Giudice buono o cattivo, quello ideologico o imparziale, quello preparato o sciatto e certo il Giudice è importante per le sorti del processo, ma non più importante delle norme e della logica, protagoniste assolute del dibattito giudiziario e sbarre di una gabbia dalla quale è difficile evadere.

Sì, certo, ancora oggi sopravvive la figura del Giudice politico, epigono ritardatario di un tempo antico e dimenticato, popolato dagli eredi del romantico Giudice di Cassino.

Ma sono pochi, oggi, per fortuna, e sempre più isolati da una corporazione che ha rivalutato l'imparzialità quale attributo qualificante, anche e solo per la sopravvivenza dei privilegi ancora detenuti.

Insomma Troisi che riteneva di rendere buone sentenze perché era "buono" e "comunista" oggi è stato riesumato da un archivio polveroso, così come si riascolta una vecchia canzone la cui melodia appartiene ad un passato lontano: quel passato che Faulkner diceva «non è mai morto, anzi, forse, neppure passato».

APPROFONDIMENTI



Il caso Melloni: Corte Giust. Unione Europea 26 febbraio 2013 (Grande Sezione) C-399/11

Un'occasione da non perdere per alimentare
il dialogo fra Giudici

Roberto Conti

Le premesse

Con ordinanza del 1° ottobre 1996, la prima sezione della camera penale della *Audiencia Nacional* (Tribunale centrale, Spagna) ha concesso l'extradizione verso l'Italia del sig. Melloni, affinché questi potesse essere ivi giudicato per i fatti esposti nei mandati emessi dal Tribunale di Ferrara. Essendo stato rimesso in libertà dietro cauzione l'imputato si era successivamente dato alla fuga e non era stato consegnato all'autorità giudiziaria italiana che, dopo la notifica degli atti presso i difensori di fiducia dal predetto nominati condannava in primo ed in secondo grado in contumacia per bancarotta fraudolenta alla pena di dieci anni di reclusione. La decisione di appello veniva confermata dalla Corte di Cassazione ed il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Bologna emetteva mandato d'arresto europeo ai fini dell'esecuzione della sentenza di condanna pronunciata dal Tribunale di Ferrara.

Il condannato veniva quindi arrestato in Spagna ed il *Juzgado Central de Instrucción* n. 6 ha disposto la trasmissione degli atti relativi al suddetto mandato di arresto europeo alla prima sezione della camera penale della *Audiencia Nacional*. Sull'opposizione del condannato alla consegna alle autorità italiane, fondata sullo svolgimento in contumacia del processo penale e sull'assenza, in Italia, di un meccanismo di revisione del processo svolto in contumacia, la *Audiencia Nacional* il 12 settembre 2008 autorizzava la consegna, ritenendo sufficiente la notifica ai difensori che avevano continuato a rappresentare il suddetto, rimasto volontariamente in stato di contumacia.

L'interessato ha quindi rivolto al Tribunal Constitucional un «*recurso de amparo*» (ricorso di costituzionalità) contro la suddetta ordinanza, deducendo una violazione indiretta dei requisiti imposti dal diritto a un processo equo sancito dall'articolo 24, paragrafo 2, della Costituzione spagnola. La concessione dell'extradizione verso Stati che, in caso di reati molto gravi, considerano legittime le sentenze di condanna pronunciate *in absentia*, senza subordinare la consegna del condannato alla condizione che quest'ultimo possa impugnare tali sentenze di condanna per tutelare i suoi diritti della difesa, risulterebbe infatti lesiva del contenuto essenziale dell'equo processo in modo tale da ledere la dignità umana.

La prima sezione del *Tribunal Constitucional* ha dichiarato ricevibile il *recurso de amparo* e ha disposto la sospensione dell'esecuzione dell'ordinanza. Il giudice costituzionale iberico ricorda che nel caso posto al suo esame trova applicazione la procedura di consegna istituita con la decisione quadro 2002/584, al cui interno l'articolo 5, punto 1, nella formulazione originaria, contemplava la possibilità che l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso per dare esecuzione ad una condanna pronunciata *in absentia* fosse subordinata «dalla legge dello Stato membro di esecuzione» alla condizione che «l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro emittente che garantisca i loro diritti della difesa e di essere presenti al giudizio».

Successivamente la decisione quadro 2009/299 ha soppresso l'articolo 5, punto 1, della decisione quadro 2002/584, precisando i motivi di non riconoscimento dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo nel caso in cui la persona in questione non sia comparsa al proprio processo; ed ha introdotto un articolo 4-*bis*, relativo alle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente.

Orbene, il giudice del rinvio osservava che nel caso era pacifico che l'imputato aveva dato mandato a due avvocati di sua fiducia, ai quali il Tribunale di Ferrara aveva notificato la futura celebrazione del processo e, dunque, aveva avuto conoscenza del processo, nel corso del quale era stato effettivamente difeso in tutti i gradi di giudizio.

La problematica di rilievo era quindi rappresentata dallo stabilire se la decisione quadro 2002/584 impediva ai giudici spagnoli di subordinare la consegna del sig. Melloni alla possibilità di revisione della sentenza di condanna. Il *Tribunal Constitucional*, pur consapevole che la modifica della decisione quadro del 2009 non trovava diretta applicazione al caso di specie, nel quale occorreva valutare se la decisione di accoglimento della richiesta di consegna costituisse una violazione indiretta del diritto al processo equo, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte alcuni questioni pregiudiziali¹.

¹ Il giudice remittente ha così concluso: «1) Se l'articolo 4-*bis*, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI, nella sua versione oggi vigente derivante dalla decisione quadro 2009/299/GAI, debba essere interpretato nel senso che vieta alle autorità giudiziarie nazionali, nei casi indicati dalla medesima disposizione, di subordinare l'esecuzione di un mandato di arresto europeo alla condizione che la sentenza di condanna di cui trattasi possa essere riesaminata al fine di garantire i diritti della difesa dell'interessato. 2) In caso di soluzione affermativa della prima questione, se l'articolo 4-*bis*, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI sia compatibile con le esigenze derivanti dal diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo, previsto dall'articolo 47 della Carta [...], nonché con i diritti della difesa garantiti dall'articolo 48, paragrafo 2, della medesima Carta. 3) In caso di soluzione affermativa della seconda questione, se l'articolo 53 della Carta, interpretato sistematicamente in relazione ai diritti riconosciuti dagli articoli 47 e 48 della stessa, consenta ad

La decisione della Grande Sezione della Corte di Giustizia

La Corte², chiamata anzitutto a verificare la ricevibilità della questione in ragione dell'inapplicabilità dell'art. 4-*bis* al caso di specie ed alla stessa circostanza che l'Italia aveva rinviato l'applicazione della decisione quadro del 2009 – entrata in vigore il 28 marzo 2011 dall'articolo 8, paragrafo 1, della stessa – fino all'1 gennaio 2014 (p. 27), ha ritenuto, in linea con la propria giurisprudenza, che l'interpretazione dell'articolo 4-*bis* della decisione quadro 2002/584, non risultava in modo manifesto estranea alla realtà o all'oggetto della controversia principale o riguardante un problema di natura ipotetica, non facendo detto articolo espressa distinzione al fatto che le decisioni giudiziarie fossero anteriori o posteriori all'entrata in vigore della decisione.

D'altra parte, le disposizioni dell'articolo 4-*bis* della decisione quadro 2002/584 dovevano considerarsi come norme processuali³, come tali applicabili alla procedura di consegna del ricorrente nel procedimento principale, ancora in corso alla stregua di una giurisprudenza risalente e consolidata⁴.

Nè la circostanza che la Repubblica italiana si sia avvalsa della possibilità offerta all'articolo 8, paragrafo 3, della decisione quadro 2009/299 di rimandare fino al 1° gennaio 2014 l'applicazione di tale decisione poteva determinare l'irricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale. Quest'ultima, infatti, era rivolta a verificare la compatibilità del diritto UE con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione spagnola – segnatamente il diritto a un processo equo di cui all'art. 24 Cost. – conformemente ai trattati internazionali ratificati.

Affrontando la prima questione, la Corte di Giustizia ricorda le finalità della decisione quadro – sostituire il sistema multilaterale di estradizione tra gli Stati membri con un sistema di consegna tra autorità giudiziarie delle persone condannate o sospettate, ai fini dell'esecuzione di sentenze o dell'instaurazione di

uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna possa essere riesaminata nello Stato richiedente, riconoscendo così a tali diritti un livello di protezione più elevato rispetto a quello derivante dal diritto dell'Unione europea, al fine di evitare un'interpretazione limitativa o lesiva di un diritto fondamentale sancito dalla Costituzione di tale Stato membro».

² Per i principali precedenti resi dalla Corte di Giustizia in tema di mandato di arresto europeo (MAE) v. Corte giust. 1° luglio 2004, nn. C-361/02 e C-362/02, *Tsapalos e Diamantakis* in Racc. I 6405, nonché del 12 agosto 2008, n. C-296/08 PPU, *Santesteban Goicoechea*, in Racc. I 6307; Corte giust. 12 novembre 1981, da C-212/80 a C-217/80, *Meridionale Industria Salumi e a.*, in Racc. 2735; Corte giust. 28 giugno 2007, n. C-467/05, *Dell'Orto*, in Racc. I 5557, fino alla recente 29 gennaio 2013 in C-396/11, *Radu*.

³ V., per analogia, sentenze del 1° luglio 2004, *Tsapalos e Diamantakis*, C-361/02 e C-362/02, Racc. p. I 6405, punto 20, nonché del 12 agosto 2008, *Santesteban Goicoechea*, C-296/08 PPU, Racc. p. 16307, punto 80.

⁴ V., in particolare, sentenze del 12 novembre 1981, *Meridionale Industria Salumi e a.*, da 212/80 a 217/80, Racc. p. 2735, punto 9; del 28 giugno 2007, *Dell'Orto*, C-467/05, Racc. p. I 5557, punto 48, e *Santesteban Goicoechea*, cit., punto 80.

azioni penali, fondato sul principio del reciproco riconoscimento – chiarendo che la stessa era diretta, mediante l'instaurazione di un nuovo sistema semplificato, a facilitare e ad accelerare la cooperazione giudiziaria per contribuire a realizzare l'obiettivo assegnato all'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, fondandosi sull'elevato livello di fiducia che deve esistere tra gli Stati membri (sentenza Radu, cit., punto 34).

Il giudice di Lussemburgo rammenta, ancora, che a fronte del principio generale, in forza del quale gli Stati membri sono tenuti, in linea di principio, a dar corso ad un mandato d'arresto europeo, il rifiuto dell'esecuzione di un mandato siffatto si pone come eccezione nei casi di non esecuzione obbligatoria previsti all'articolo 3 della stessa decisione nonché nei casi di non esecuzione facoltativa di cui ai suoi articoli 4 e 4-bis. Inoltre, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo soltanto alle condizioni di cui all'articolo 5 della suddetta decisione quadro (sentenza Radu, cit., punti 35 e 36).

La Corte è quindi passata ad esaminare la portata dell'articolo 4-bis, esplorando il «tenore letterale, il contesto e lo scopo» della disposizione. La disamina testuale induce la Corte a ritenere che la norma impedisca all'autorità giudiziaria di esecuzione, nei casi ivi contemplati, di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla possibilità di una revisione, da effettuarsi alla sua presenza, della sentenza di condanna.

L'esegesi sistematica della medesima disposizione conferma il significato letterale della disposizione. Infatti, abrogando l'articolo 5, punto 1, della decisione quadro 2002/584, che consentiva, a certe condizioni, di subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo ai fini dell'esecuzione di una pena irrogata *in absentia* alla condizione che nello Stato membro emittente fosse garantito un nuovo procedimento giudiziario che si svolgesse alla presenza dell'interessato, la nuova decisione quadro aveva dato attuazione al *considerando* 6.

Sicché quando la persona condannata *in absentia* è stata informata, a tempo debito, della fissazione del processo e del fatto che una decisione poteva essere emessa in caso di mancata comparizione (oppure, essendo al corrente della data fissata per il processo, ha conferito un mandato ad un difensore per patrocinarla in giudizio), l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è tenuta a procedere alla consegna di tale persona, senza poter subordinare tale consegna alla possibilità di un nuovo processo alla sua presenza nello Stato membro emittente. Anche gli obiettivi perseguiti dal legislatore dell'Unione deponevano verso tale interpretazione. Tanto dai *considerando* 2-4, quanto dall'articolo 1 della decisione quadro 2009/299 emerge che il legislatore dell'Unione, con l'adozione di questa decisione, ha inteso facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale, migliorando il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri attraverso un'armonizzazione dei motivi di rifiuto. Secondo la Corte la soluzione adottata dal legislatore, consistente nel preve-

dere in maniera esaustiva le fattispecie nelle quali l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una decisione pronunciata *in absentia*, come sostenuto dall'Avvocato Generale Bot nelle sue conclusioni presentate il 2 ottobre 2012 (p. da 65 a 70 sent. in commento), non era lesiva dei diritti della difesa.

Le Corte è quindi passata a vagliare la conformità dell'art. 4-*bis* con i diritti fondamentali sanciti dall'articolo 6 Trattato dell'Unione Europea (TUE) posta in discussione dalla seconda questione pregiudiziale e, segnatamente, con le esigenze derivanti dal diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo previsto dall'articolo 47 della Carta, nonché dai diritti della difesa garantiti dall'articolo 48, paragrafo 2, della stessa.

Il giudice europeo, dopo avere ricordato che ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta, «che ha lo stesso valore giuridico dei trattati», è passato ad esaminare la portata dei diritti garantiti dall'articolo 47 e dall'articolo 48, paragrafo 2 della Carta. Nel far ciò ha precisato che, sebbene il diritto dell'imputato a comparire personalmente al processo costituisca un elemento essenziale del diritto a un equo processo, tale diritto non è assoluto⁵. L'imputato, prosegue la Corte, può rinunciarvi, di sua spontanea volontà, espressamente o tacitamente, a condizione che la rinuncia risulti in modo inequivocabile, che sia accompagnata da garanzie minime corrispondenti alla sua gravità, e che non contrasti con un interesse pubblico rilevante. In particolare, anche quando l'imputato non sia comparso personalmente, la violazione del diritto ad un equo processo non sussiste allorché egli è stato informato della data e del luogo del processo o è stato assistito da un difensore da lui nominato a tal fine.

La Corte di Giustizia tiene a precisare che tale interpretazione è conforme alla portata riconosciuta ai diritti garantiti dall'articolo 6, paragrafi 1 e 3, della CEDU da parte della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶.

Il cuore della motivazione resa dal giudice di Lussemburgo sta nella valorizzazione delle finalità della decisione quadro in tema di MAE, posto che l'armonizzazione delle condizioni di esecuzione dei mandati d'arresto europei tende, come indica l'articolo 1, a rafforzare i diritti processuali delle persone sottoposte a procedimento penale, migliorando al contempo il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri.

Tale equilibrio si è raggiunto attraverso il contenuto precettivo dell'art. 4-*bis*, paragrafo 1, nella parte in cui esclude che l'esecuzione della decisione di con-

⁵ V., in particolare, sentenza del 6 settembre 2012, *Trade Agency*, C-619/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 52 e 55.

⁶ V., in particolare, Corte EDU, sentenze *Medenica c. Svizzera* del 14 giugno 2001, ricorso n. 20491/92, §§ 56-59; *Sejdovic c. Italia* del 1° marzo 2006, ricorso n. 56581/00, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-II, §§ 84, 86 e 98, nonché *Haralampiev c. Bulgaria* del 24 aprile 2012, ricorso n. 29648/03, §§ 32 e 33.

danna *in absentia* possa essere subordinata alla condizione che l'interessato possa beneficiare di un nuovo processo alla sua presenza nello Stato membro emittente allorché il medesimo abbia rinunciato volontariamente e in modo inequivocabile a comparire nel processo a suo carico. Per tali ragioni l'articolo 4-*bis*, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 non lede né il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo né i diritti della difesa.

La Corte è quindi passata ad esaminare la terza questione pregiudiziale ed a verificare la portata dell'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali. Occorre infatti stabilire se tale disposizione consenta allo Stato membro di esecuzione di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione.

La Corte esclude che l'art. 53 cit. consenta «in maniera generale» ad uno Stato membro di applicare lo standard di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione quando questo è più elevato di quello derivante dalla Carta e ad opporlo, se del caso, all'applicazione di disposizioni di diritto dell'Unione. Tale interpretazione dell'articolo 53 della Carta sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato. Ciò perché quel principio, che costituisce una caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico dell'Unione⁷, impedisce a uno Stato membro di invocare disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale rivolte a sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato⁸.

È vero, prosegue la Corte, che l'articolo 53 della Carta consente alle autorità e ai giudici nazionali di applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione. Ma ciò «a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (§ 60).

Ora, l'art. 4-*bis* non consente ai singoli Stati, nelle condizioni ivi disciplinate, la facoltà di rifiutare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo.

Se, dunque, la finalità della decisione quadro sul MAE, tanto nella versione del 2002 che in quella modificata nel 2009, era quella di rimediare alle difficoltà del riconoscimento reciproco delle decisioni pronunciate in assenza dell'in-

⁷ V. pareri 1/91, del 14 dicembre 1991, Racc. p. I6079, punto 21, e 1/09, dell'8 marzo 2011, Racc. p. I1137, punto 65.

⁸ V. in tal senso, in particolare, sentenze del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Racc. p. 1125, punto 3, e dell'8 settembre 2010, *Winner Wetten*, C409/06, Racc. p. I8015, punto 61.

interessato al suo processo derivanti dall'esistenza, negli Stati membri, di differenze nella tutela dei diritti fondamentali, la raggiunta armonizzazione delle condizioni di esecuzione di un mandato d'arresto europeo in caso di condanna *in absentia*, riflettendo «il consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate *in absentia* raggiunte da un mandato d'arresto europeo» non può autorizzare uno Stato membro a valersi dell'articolo 53 della Carta per subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione, non prevista dalla decisione quadro 2009/299, che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e dei diritti della difesa garantiti dalla Costituzione dello Stato membro di esecuzione. Ciò metterebbe in discussione l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definito da tale decisione quadro, vulnerando i principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare.

Qualche breve considerazione

I primi commenti a tale decisione sono stati piuttosto critici.

In particolare, secondo Antonio Ruggeri sarebbe mancata, per un verso, una esplicita considerazione del canone scolpito dall'art. 4.2 del TUE a tutto vantaggio del principio del primato del diritto UE. Per altro verso, la Corte avrebbe offerto una soluzione che nega, in radice, la possibilità di bilanciare i valori fondamentali che vengono in discussione, né considera che «la stessa salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali va retamente e compiutamente intesa per il modo con cui essi fanno 'sistema'»⁹.

A. Di Martino ha parlato apertamente di decisione deludente, non dedicando alcuna riflessione alla parte della motivazione in cui si richiama la giurisprudenza della Corte dei diritti umani¹⁰.

La sentenza *Melloni* è stata, in definitiva, percepita come una sorta di tradimento rispetto ad aspettative nutrite da settori peraltro tradizionalmente benevoli nei confronti dello sviluppo del ruolo delle Corti sovranazionali.

⁹ A. RUGGERI, già in *Alla ricerca del retto significato dell'art. 53 della Carta dei diritti dell'Unione (noterelle a margine delle Conclusioni dell'avv. gen. Y. Bot su una questione d'interpretazione sollevata dal tribunale costituzionale spagnolo)*, in www.diritticomparati.it; quindi *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, e infine *CEDU, diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, entrambi *ibid.*

¹⁰ *Mandato d'arresto europeo e primo rinvio pregiudiziale del TCE: la via solitaria della Corte di giustizia*, in www.diritticomparati.it. In generale, sui rapporti fra le fonti v. anche G. AMOROSO, *Sui controlimiti alle norme della CEDU come parametro interposto di costituzionalità (a prima lettura di C. Cost. n. 264 del 2012)*, in *Foro it.*, I/2013, p. 30.

Ci si aspettava, in definitiva, un balzo d'orgoglio da parte della Corte, dopo le conclusioni dell'Avvocato Generale Bot di qualche mese prima che lasciavano presagire una posizione rigida sull'interpretazione dell'art. 53 della Carta di Nizza-Strasburgo.

Il punto 60 della sentenza già ricordato non ha lasciato soddisfatti coloro che da anni hanno suggerito la ricerca del dialogo aperto, alla pari, fra Carte e Corti, tutto spostato ed orientato sui diritti fondamentali, sulla loro protezione massima e, in definitiva, sul primato non di un sistema sull'altro, ma dell'uomo e della sua dignità.

È per questo che la prospettiva, esplicitata nel discusso punto 60, di un "primato" del diritto UE sui diritti "altri" non UE – e, in definitiva, sulle protezioni che a livello dei paesi membri le Costituzioni possono offrire – è sembrata come un salto all'indietro.

La lettura che si è data di questo punto appare tutta inverata dalla vicinanza che salta agli occhi fra la Carta (di Nizza-Strasburgo) ed il termine "primato". Da tale vicinanza si è quindi inteso, per un verso, che la Corte europea abbia irrigidito gli ambiti di tutela interni, questi potendosi sviluppare solo se "compatibili" con lo standard previsto dalla Carta dei diritti fondamentali e, per altro verso, che la logica del primato abbia chiuso le porte al dialogo, negando il possibile bilanciamento fra valori dell'Unione e valori costituzionali, in definitiva operando una sorta di *taxatio* di una norma di struttura qual è l'art. 4.2 del Trattato di Lisbona (alla quale il giudice di Lussemburgo non avrebbe dato alcun peso, né implicito né, tanto meno, esplicito).

Tali critiche sembrano in parte eccessive, per diversi ordini di ragioni che provo qui ad enumerare sinteticamente: a) non mi sembra vero che la Corte di Giustizia non abbia compiuto alcun bilanciamento fra valori; b) non mi sembra vero che detta Corte si sia chiusa nel primato del diritto UE; c) non mi sembra vero che il giudice di Lussemburgo abbia negato il dialogo, anzi. Ed in più, ultimo ma non per ultimo, non mi sembra nemmeno che sia stato adeguatamente sottolineato il contesto nel quale questo punto 60 è nato, e il quadro normativo che ne costituiva il sostrato.

Se, infatti, si parte dalla vicenda esaminata dalla Corte nella vicenda Mello-
ni, a chi scrive sembra che la Corte abbia abilmente evitato di lasciarsi attirare nella trappola dei diritti fondamentali adottando, invece, un «verdetto giusto, fondamentalmente giusto», come pure uno studioso come Antonio Ruggeri non ha potuto fare a meno di riconoscere.

È vero, la sentenza Melloni, come anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Bot, "sembrano" propendere per una visione piramidale dei diritti fondamentali che vede "in testa" quelli sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali ed in coda quelli sanciti a livello interno, addirittura dopo i diritti "non fondamentali" di matrice eurounitaria. Il tutto secondo una lettura dell'art. 53 che eliderebbe l'apertura a livelli più elevati di tutela, ove gli stessi fossero distonici rispetto a quelli UE.

Ma così, a ben considerare, non pare essere stato.

Anzitutto, sul piano letterale, il punto 60 potrebbe prestarsi ad un'interpretazione diversa da quella sopra ricordata, se solo si consideri che la Corte altro non ha detto se non che gli standard nazionali non possono compromettere quelli della Carta dei diritti fondamentali. Il che potrebbe significare che quegli standard possono di certo aumentare i livelli di protezione offerti dalla Carta.

Quanto poi alla parte finale del punto 60 ed al riferimento al primato, all'unità ed effettività del diritto UE, sembra che il peso da attribuire a tale espressione non vada enfatizzato. Da esso potrebbe trarsi, al più una formula di stile o, comunque, una "valvola di sicurezza" che la Corte ha voluto prevedere a scopo preventivo e dissuasivo.

In definitiva, la Corte sembra avere scelto un percorso comune a quello delle Corti supreme nazionali allorché queste si sono premunite – attraverso la dottrina dei "controlimiti" – di un meccanismo capace di costituire un deterrente all'imperante capacità del diritto UE di condizionare i territori nazionali. *Escamotage* che, salvo qualche eccezione, rimane tale, presidio posto a garanzia di un ordine.

Certo, si può discutere sul fatto che questi controlimiti volta a volta espressi ostacolano il dialogo ovvero lo rendono più franco ed aperto; ma è certo che la complessiva lettura della sentenza Melloni quei timori e quelle preoccupazioni se le lascia alle spalle, volando alto quando valorizza la capacità pervasiva ed unificante della CEDU, quando valorizza il ruolo del consenso offerto dagli Stati e quando, in definitiva, mette avanti a sé una tavola di valori e principi ampia, ben più ampia del diritto UE e della Carta.

Ciò fa "nel contraddittorio" proprio del rinvio pregiudiziale, alla presenza di un numero di Stati quantitativamente e qualitativamente consistente.

La Corte ha quindi dato dimostrazione di essere all'altezza dei compiti che lo straordinario strumento del rinvio pregiudiziale le assegna e che la rende vicina ai giudici nazionali.

Sono ben noti i principi che attraverso i *leading cases* la Corte di Giustizia ha nel tempo scolpito nel sistema di tutela dei diritti attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, e sarebbe certo miope offrire del rinvio pregiudiziale una lettura che ne limita il peso e la portata al "caso", sia pur *lato sensu* inteso.

Quel che è certo è che il rinvio doveva servire a far chiarezza sul caso che una Corte Costituzionale di un Paese membro aveva demandato al giudice di Lussemburgo: non altro. E proprio quel caso traeva origine e concerneva una questione che metteva in discussione le ragioni stesse dello stare insieme tra Paesi che, pur avvinti dalla bandiera blu a stelle, stentano a dialogare e a condividere strategie e orizzonti.

L'estrema rilevanza della questione sottoposta alla Corte, confermata dall'intervento nel giudizio di 9 Stati membri e dello stesso Consiglio UE si spiegava, del resto, essendo in discussione uno strumento – il MAE – che rappresenta l'architrave dei futuri rapporti di cooperazione giudiziaria in materia penale fra gli Stati aderenti.

Ecco perché deve essere emarginata la tendenza a “leggere” la sentenza in maniera disarticolata e, in definitiva, a focalizzare l’attenzione sull’esame della terza questione pregiudiziale operata dalla Corte di Giustizia e del fatidico punto 60 dovendosi, piuttosto, suggerire una lettura composita dell’intera trama argomentativa espressa.

Se si segue questa prospettiva, l’aggancio alla CEDU ed alla portata che la Convenzione offre ai diritti dell’imputato realizza un sistema armonizzato di tutela che, nello specifico campo esaminato, non pare giocare al ribasso, ma sembra invece tutto rivolto a garantire una soluzione capace di non sfilacciare i già esili elementi di comunanza esistenti all’interno dei Paesi dell’UE.

Quando la Corte richiama la fiducia fra i Paesi membri raggiunta con il difficile equilibrio espresso dagli strumenti normativi approvati a livello comunitario, ha giustamente colto quanto la disciplina posta al suo cospetto toccasse la vita stessa dell’Unione ed il suo fondamento, una sorta di principio informatore che non poteva essere, in quel caso, compromesso dai singoli Stati.

Quell’equilibrio, osserva la Corte, trova il suo standard di tutela nella CEDU. Così dicendo la Corte europea ha dimostrato quanto sia poco persuasiva l’idea di chi in quella sentenza vi legge una prospettiva “egoista” e trova argomenti per giustificare i controlimiti interni.

Certo, la Corte richiama il principio del primato, ma ad esso quel Giudice offre una copertura nuova e diversa, appunto rappresentata dalla Convenzione europea dei diritti dell’Uomo.

Che, in definitiva, non si sia giocato al ribasso nella tutela dei diritti fondamentali sembra avvalorato dal fatto che la protezione offerta al condannato *in absentia* dalla Corte CEDU trae origine dalla *Resolution on the criteria governing proceedings held in the absence of the accused* adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa nella seduta n. 245 del 21 maggio 1975¹¹ (peraltro evocata anche dalla nostra Corte Costituzionale: C. Cost. n. 315/1990 e C. Cost. n. 399/1998), che proprio per la delicatezza delle questione e per la difficoltà riscontrate in sede di cooperazione giudiziaria sul riconoscimento di giudicati penali emessi all’esito di processi contumaciali¹² si sforzò di enucleare nuove regole minime per garantire che il processo in contumacia rispettasse i canoni di cui all’art. 6 CEDU. Canoni che la decisione quadro, nella versione modificata nel 2009, certamente rispetta.

Ad ogni modo, il riconoscimento del principio del più elevato livello di tutela (che, comunque, non sembra affatto escluso dall’art. 53 della Carta dei

¹¹ In <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=591160&SecMode=1&DocId=651212&Usage=2> (sulla quale v. C. DI PAOLA, *L’incidenza delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo sul giudicato penale italiano*, in http://boa.unimib.it/bitstream/10281/25132/1/phd_unimib_716397).

¹² Su cui v. M. CASSANO - E. CALVANESE, *Giudizio in contumacia e restituzione nel termine*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 106 ss.

diritti fondamentali al di fuori della disciplina specificamente esaminata) non pare impedisca, come avviene per gran parte dei valori fondamentali inseriti nella Carta, una sua modulazione – o, se si vuole, un bilanciamento – rispetto ad altri posizioni fondamentali non meno rilevanti.

Il che significa che un conto è ammettere e riconoscere, in forza dell'art. 53 della Carta, una tutela poziore nell'ordinamento interno rispetto a quella garantita dalla Carta, altro è legittimare che una protezione costituzionale nazionale più incisiva si scontri con le esigenze sovrane di un altro Stato in materia penale, diverse da quelle mediate nei testi dell'Unione, sicuramente ancorati, nel caso di specie, alla protezione garantita dalla CEDU.

Queste ultime riflessioni si collocano, in realtà in un "divenire" più che in un "essere".

È certo, infatti, che il procedere della Corte UE nei casi e per i casi offrirà al giudice europeo altre occasioni per ritornare sul tema; e che nel caso Melloni era in gioco anche un valore fondamentale qual è il giudicato formatosi in Italia nel rispetto delle regole della Corte di Strasburgo. Ed allora, la vicenda trascendeva dal diritto del singolo imputato e imponeva una considerazione di tutti i valori in gioco.

Questo fa pensare che, in realtà, la Corte abbia in effetti compiuto il bilanciamento fra le tavole dei valori e l'abbia compiuto adeguatamente, ponderando tutti i principi che dovevano comporsi, e non scegliendo pregiudizialmente il primato del diritto UE.

Ciò, peraltro, consente nettamente di individuare i "confini" della decisione che pure devono essere ben delineati in relazione allo specifico tema trattato. Confini che, pertanto, fuori dal caso esaminato non consentono affatto di escludere, in termini generali, la possibilità che gli Stati offrano una tutela maggiore di quella garantita dalla Carta dei diritti fondamentali o dalla stessa CEDU.

Ed allora si potrà dire che questo "arresto" del caso Melloni non favorisce la ricostruzione del sistema, né si pone nel solco di quelle pronunzie che fissano le regole in modo chiaro.

Si è detto, autorevolmente, nella nostra dottrina che l'invito a ricostruire sistematicamente l'ordinamento dopo gli interventi del giudice di Lussemburgo sia un esercizio inutile, in realtà operando quel Giudice sul piano dei rapporti di forza fra il diritto europeo sovraordinato e i diritti nazionali, con occhio rivolto essenzialmente al caso pratico¹³.

¹³ P. BIAVATI, *Corte di giustizia e giudicato tributario*, in http://www.ca.milano.giustizia.it/ArchivioPubblico/B_121.pdf, p. 7: «quello di ricostruire sistematicamente l'ordinamento dopo gli interventi della Corte di giustizia è, in tutta probabilità, un esercizio inutile: la Corte gioca sul piano dei rapporti di forza fra il diritto europeo sovraordinato e i diritti nazionali, con occhio rivolto essenzialmente al dato pratico. Ne segue che nessuna ricostruzione è efficace al fine di prevedere e di razionalizzare futuri orientamenti del Kirchberg».

Tale idea mi convince se la si affianca all'ulteriore svolgimento di quel pensiero, che pone in discussione la possibilità stessa di prevedere e di razionalizzare futuri orientamenti di sistema.

Sarà, semmai, la lettura di sistema dei tuoi arresti a consentire la ricostruzione "del sistema".

E saranno, ancora una volta, i casi, a condizionare, volta a volta, la decisione della Corte europea.

In conclusione, continuo a credere che la sentenza Melloni non avvalora né le tesi di un gioco al ribasso della tutela offerta dalla Corte e dalla Carta dei diritti fondamentali né, ancora, l'idea che quel Giudice abbia inteso definitivamente abbandonare la possibilità di fare applicazione delle tecniche di bilanciamento "aperte" fra diritti fondamentali come già la Corte fece in *Omega*¹⁴, quando discusse con passione della dignità umana, sganciandola da ogni confine nazionale e sovranazionale.

Ed è per tale motivo che la Corte non mancherà di tenere a mente quella norma di struttura scolpita nell'art. 4.2 del Trattato UE attorno alla quale, in definitiva, si gioca il futuro dell'Europa e dei diritti dei suoi cittadini.

¹⁴ Per cui v., volendo, R. CONTI, *La dignità umana dinanzi alla Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 2005, pp. 488 ss.

Per una *governance* della responsabilità civile

Emanuele Guerrieri Ciaceri

Il problema delle fonti

Allo studioso contemporaneo non potrà sfuggire che la responsabilità civile si trovi ad essere atomizzata nelle sue componenti essenziali tra il diritto nazionale, la giurisprudenza, l'*acquis* comunitario e il diritto comune europeo¹. D'altra parte una trattazione del problema dell'ingiustizia del danno e degli altri nodi problematici che non si mostrasse consapevole delle ormai copiose sollecitazioni alla costruzione di una responsabilità civile europea risulterebbe gravemente carente in primo luogo per l'avanzato stato del dibattito attuale in materia², ma soprattutto considerando il peculiare percorso di ricerca e degli sforzi profusi da larga parte della dottrina privatistica contemporanea. Mentre le prime tre componenti sono però "date" nella certezza giuridica formale e sostanziale, la quarta è sospesa tra «l'ovvio e l'utopia» come è stato affermato. Il diritto comune, che rievoca i fasti del medioevo giuridico europeo, si rappresenta infatti come un corpo di regole, principi, categorie che non si genera per via autoritativa e burocratica com'è per le direttive. Nasce per via di elaborazioni intellettuali, di mediazioni culturali, di circolazione e progressiva condivisione di modelli, entro un processo non istituzionalizzato in cui si integrano e interagiscono gli apporti delle diverse scuole giuridiche nazionali³.

In effetti, non è ancora chiaro se la costruzione di una responsabilità civile europea debba seguire un percorso legislativo standard, seppur applicato a istituzioni sovranazionali, o se piuttosto debba attingere alla caldera giuridica

¹ Sulla differenza tra *acquis* comunitario e diritto comune europeo si veda V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2/2009, pp. 267 ss.; C. CASTRONOVO, *Quadro comune di riferimento e "acquis" comunitario: conciliazione o incompatibilità?*, in *Europa e diritto privato*, 2/2007, pp. 275-290.

² Una introduzione, anche con considerazioni di metodo, sul problema di una possibile responsabilità civile europea è quella di C. SCOGNAMIGLIO, *Prospettive europee della responsabilità civile e discipline del mercato*, in *Europa e diritto privato*, 2000, pp. 333 ss.; si veda anche AA.VV., *La responsabilità civile tra diritti interni e prospettiva europea*, in *Europa e diritto privato*, 1999, pp. 327 ss. Più di recente, notevole è l'approfondimento – con una ricca bibliografia straniera – di M. INFANTINO, *Verso un diritto europeo della responsabilità civile? I progetti, i metodi, le prospettive*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2/2010, pp. 273-313. Per una rassegna più generale che comprenda le fattispecie principali del diritto privato si veda M. MELI - M.R. MAUGERI, *L'armonizzazione del diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano 2004.

³ V. ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *Europa e diritto privato*, 2004, pp. 441-444.

che dal basso sforna pensiero e dibattito. Si ripropone in altri termini il medesimo interrogativo formulato da Vincenzo Roppo con riferimento al diritto dei contratti: è possibile, è desiderabile pensare che il diritto delle direttive esistenti costituisca il nucleo fondamentale di un futuro diritto europeo della responsabilità civile, o al contrario è preferibile che tale processo di formazione ignori l'*acquis* comunitario incorporato nelle direttive, o almeno non lo consideri come il proprio principale fattore di sviluppo rispetto alle esperienze del diritto comune europeo?

In realtà, partendo dalla ormai cronica evidenza di un sistema cristallizzato nelle sue dinamiche fondamentali, emergerebbe una terza via, che contempera la simultanea applicazione di fonti molto diversificate, portando la stessa atomizzazione a essere tratto distintivo di una sistemazione sufficiente stabile di una disciplina, con la contestuale necessità di una *governance* a livello europeo che sappia reggere armoniosamente le fila del discorso. Se non fosse stata depotenziata, oltre che riferita esclusivamente alla materia contrattuale, l'iniziativa sostenuta dalla Commissione Europea e rivolta alla redazione di un Quadro Comune di Riferimento – ossia un insieme di regole e definizioni che servano sia da guida per il miglioramento dell'*acquis* comunitario sia da base per un futuro strumento opzionale sul diritto europeo dei contratti – avrebbe potuto incarnare in qualche modo questa via, considerandola un vero e proprio *trait d'union* tra l'*European Common Law* e l'*European Communitarian Law*, anche per via dell'investitura ufficiale ai gruppi di studi da parte della Commissione⁴.

Le prospettive di unificazione

Si è parlato, in ogni caso, di un “difficile” percorso della responsabilità civile europea, riconoscendo, in particolare, tutte le difficoltà cui sono andati e andranno incontro nella creazione di un diritto europeo della responsabilità civile i tentativi di unificazione, dovendo questi sperimentare la loro efficacia

⁴ Si tratta del *Draft Common Frame of Reference* redatto dallo *Study Group on a European Civil Code* e dal *Research Group on EC Private Law* con il supporto di altri gruppi di ricerca. Lo *Study Group* ha giustamente ritenuto di non poter limitare il lavoro del DCFR alle sole regole del diritto contrattuale, e ha perciò pensato di trasferire i contenuti dei suoi *Principles of European Law* (anche nelle parti relative a settori diversi dal contratto) entro il *Draft*. Così i contenuti del Libro IX dei *Principles* – sulla *Extra-contractual Liability Arising Out of Damage Caused by Another*, i cui lavori si sono conclusi nel 2006 – si trovano oggi trasfusi, con poche modifiche, nel Libro VI del *Draft*, che nel 2009 lo *Study Group* ha consegnato in via definitiva alla Commissione. Sul gruppo di studio si veda oltre, nel testo. In generale sul *Draft* v. G. ALPA - U. PERFETTI - P. ZATTI - G. IUDICA (a cura di), *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Cedam, Padova 2009, e G. LUCHETTI - A. PETRUCCI (a cura di), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, Pàtron, Bologna 2010.

sulla scorta di sistemi normativi già fortemente articolati e caratterizzati dalla presenza di microsistemi, i quali avrebbero tra le altre cose ridimensionato il valore delle regole generali a fronte di un progressiva fecondità dei regimi speciali di matrice anche e soprattutto giurisprudenziale⁵.

L'assenza, nei singoli sistemi giuridici nazionali, di una categoria concettualmente condivisa di danno in senso giuridico rende ancora più complessa l'opera di individuazione di una sintassi comune del discorso giuridico, che si dovrebbe porre quale passaggio obbligato per la successiva ricostruzione di un "sistema" europeo della responsabilità civile, a prima vista pregiudicato dalla confusione delle lingue e dalla moltiplicazione e frammentazione dei regimi di responsabilità, con i regimi speciali a prevalere, e ad essere applicati in prima battuta, salvo poi ricorrere alle regole generali là dove i regimi speciali si rivelino incompleti, lacunosi, imprecisi⁶.

In effetti, se – come si è osservato – il moltiplicarsi degli statuti normativi del danno (e della responsabilità, soprattutto nell'ambito non patrimoniale) costituisce una delle costanti dell'evoluzione della materia, ben si comprendono gli impacci nei quali è destinata a trovarsi una prospettiva di unificazione che proprio dal piano normativo degli ordinamenti dell'Unione intenda prendere le mosse, e il giudizio di chi, assai di recente, ha qualificato la materia aquiliana come l'anello debole del processo di avvicinamento del diritto privato degli Stati membri non sembra troppo severo⁷. È proprio per questa ragione che non pare soddisfacente un approccio al tema della responsabilità civile europea che si limiti a catalogare le aree dove, all'apparenza almeno, possa dirsi più agevole e meno irto di nodi interpretativi il processo di ravvicinamento tra la disciplina normativa dei diversi Stati, dovendo invece affrontare, e tentare di risolvere, il problema della costruzione di un diritto privato europeo della responsabilità civile per mezzo dell'elaborazione di una sintassi concettuale comune allo studioso di diritto privato di ogni regione europea⁸. Questo per temperare lo smarrimento tra una babele di lingue giuridiche e il dedalo di regimi di responsabilità, che si riproducono nell'ordinamento come cellule in fase di scissione. A tal riguardo, sono estremamente significative le considerazioni di Busnelli, secondo il quale lo sforzo di armonizzazione delle regole sul risarcimento dei danni non economici è una guerra contro l'anarchia, che risulta dall'analisi comparata delle differenti esperienze europee e che si risolve in

⁵ Cfr. sul punto, R. ALESSI, *Il difficile percorso della responsabilità civile europea*, in *Danno e responsabilità*, 1999, pp. 377 ss., in particolare p. 382.

⁶ Cfr. G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Laterza, Roma-Bari 2003, p. 208.

⁷ Così R. ALESSI, *Il difficile percorso della responsabilità civile europea*, cit., p. 377.

⁸ Si vedano le riflessioni di C. SCOGNAMIGLIO, *L'ingiustizia del danno*, in *Trattato di Diritto Privato*, vol. X, t. I, Giappichelli, Torino 2005, pp. 13 ss. Per un'impostazione invece di tipo compilativo, A.M. PRINCIGALLI, *La responsabilità civile. Profili generali*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, vol. II, 1997, pp. 975 ss.

una vera e propria «Torre di Babele delle definizioni utilizzate per qualificare in un modo spesso differente l'uno o l'altro aspetto di un danno che risulta più o meno lo stesso», con il rischio non solo della «confusione delle lingue», ma anche con la «prospettiva preoccupante di una dilatazione in controllata dei danni non economici: una categoria di danni sempre più alla ricerca di un *floodgate*»⁹.

Tra diritto comunitario e diritto comune

In tale prospettiva, il risultato metterebbe in secondo piano gli strumenti tramite i quali ottenerlo, nel senso che se l'*acquis* comunitario riuscirà autonomamente a produrre una codificazione convincente della responsabilità civile non sarà necessario rivendicare l'esclusività di una simile funzione in capo ai grandi gruppi di studio, alle officine del diritto dislocate nei vari territori, tributandone semmai il merito per l'ininterrotto flusso di stimolazione del dibattito e di interscambio con gli organi giurisdizionali e in ultimo con il potere legislativo¹⁰.

In realtà, la disciplina comunitaria in materia di responsabilità civile, pur se sviluppatasi in campi assai rilevanti, si è sinora contraddistinta per il carattere sostanzialmente disorganico e di accentuata specialità. I principali settori nei quali si è avuto l'intervento comunitario sono, infatti, quelli relativi alla responsabilità del produttore (Direttiva 85/374/CE), alla responsabilità dell'organizzatore di viaggi «tutto compreso» (Direttiva 90/314/CEE), alla responsabilità connessa alla circolazione delle auto (Direttiva 2000/26/CE, 72/166/CEE) alla responsabilità per violazione dei diritti connessi alla privacy informatica (Direttiva 95/46/CE) e in particolare alla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale (Direttiva 2004/35/CE). Oltre che settoriale, la normativa comunitaria in tema di responsabilità civile si rivela poi una normativa «di *status*», in quanto la stessa prende in considerazione soggetti tipizzati, tra i quali quello di consumatore risulta essere, attualmente, quello preminente.

Appare evidente, pertanto, la sostanziale assenza all'interno delle discipline di settore di una consapevole elaborazione di categorie concettuali e dogmatiche comuni. Inoltre, l'uniforme resa delle varie elaborazioni giurisprudenziali, che vede la dottrina non rinunciare a imporre le proprie categorie concettuali

⁹ F.D. BUSNELLI, *Prospettive europee di razionalizzazione del risarcimento del danno non economico*, in *Danno e responsabilità*, Giappichelli, Torino 2000, pp. 5-11.

¹⁰ Fra gli interventi normativi più interessanti spicca il Regolamento n. 864/2007 sulle regole di conflitto applicabili alle liti transnazionali aventi ad oggetto obbligazioni extracontrattuali. Proseguendo un cammino già intrapreso in ambito contrattuale, il Regolamento (che è entrato in vigore nel gennaio 2009) si occupa di designare quale diritto debba amministrare le dispute transnazionali che vengano promosse, avanti ad una corte nazionale europea, per far valere una conseguenza derivante da fatto illecito, arricchimento senza causa, *negotiorum gestio* o *culpa in contrahendo*.

imbrigliando e canalizzando in esse, più o meno forzatamente, gli impulsi ever-sivi di una giurisprudenza sempre più riottosa, è il risultato che molti auspicano, ma che ancora pochi hanno realmente perseguito¹¹. C'è, ad ogni modo, chi afferma che, nel confronto tra i vari sistemi europei nella prospettiva di un'armonizzazione delle discipline sui fatti illeciti, il nostro codice civile abbia assunto un ruolo di pioniere, soprattutto considerando i differenti contesti normativi di importanti Stati europei come la Francia e la Germania, che stanno tuttora vivendo movimenti di riforma legislativa del diritto delle obbligazioni. L'introduzione del requisito dell'ingiustizia nella regola generale della responsabilità aquiliana rappresenterebbe il segno distintivo di un modello "italiano" di responsabilità civile e di fatto illecito, che si collocherebbe a metà fra gli eccessi formali del *Enumerations prinzip* del codice civile tedesco e gli sconfinati spazi di manovra permessi dall'art. 1382 di quello francese.

A bilanciare le direttive di settore si possono ormai apprezzare diverse iniziative di armonizzazione con prospettive più generali, pur se sviluppate con un certo ritardo rispetto alla materia dei contratti. È il diritto comune, rappresentato in massima da due grandi gruppi di studio. L'*European Group on Tort Law*, sotto la guida di Jaap Speer e Helmut Koziol e in cui ha preso parte anche Francesco Donato Busnelli, ha licenziato i *Principi di diritto europeo della responsabilità civile*¹², mentre lo *Study Group on a European Civil Code* animato da Christian von Bar, si è occupato dello stesso ambito di ricerca (forse anche più ampio, considerando l'ambiziosa proiezione verso la costruzione di un codice civile europeo) con la pubblicazione di diversi contributi, tra i quali si segnala in particolare il recente *Principles of European Law: Non-contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another*¹³. I contenuti di entrambe le esperienze di studio valgono per il momento come petizioni di principio e come modelli scientifici per una futura resa normativa che allo stato manca del tutto, anche se si tratta di una buona sebbene non perfetta sistemazione

¹¹ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Diritto giurisprudenziale e responsabilità civile*, Editoriale Scientifica, Napoli 2007, p. 15. Può essere interessante segnalare che all'attenzione con cui la dottrina italiana ha coltivato, negli ultimi anni, il problema delle prospettive europee della responsabilità civile non fa riscontro un analogo approfondimento in esperienze giuridiche di taluni Stati pure appartenenti all'Unione Europea.

¹² www.egtl.org/principles per la versione digitale multilingue, oppure *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Springer, New York 2005.

¹³ C. VON BAR, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another Under the DCFR*, in *ERA F.* (Suppl. 1), 33/2008; C. VON BAR - E. CLIVE - H. SCHULTE-NOLKE (eds.), *Draft Common Frame of Reference*, Sellier, Munich 2009, pp. 395-412; G. BRIIGEMEIER, *Non-Contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another: The Making of a Hybrid*, in A. SOMMA (ed.), *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Kluwer, The Hague 2009, pp. 179-198. In considerazione dell'investitura ufficiale da parte della Commissione Europea questo documento da un punto di vista formale è la migliore esperienza di armonizzazione sinora avuta. Si veda sul punto quanto riportato in nota 4.

della materia, che fa salve le principali istanze della dottrina e i prevalenti esiti della giurisprudenza, con la resa di una disciplina sostanzialmente tipica¹⁴. Ciò nonostante, i gruppi di studio non hanno però agito nel senso di raccordare i principi generali elaborati con la diffusa e pervasiva disciplina speciale tuttora in vigore e non hanno affrontato il problema delle relazioni fra gli istituti, le regole di diritto processuale ed i meccanismi assicurativi, nonostante questi incidano, e non poco, sul quotidiano operare della macchina riparatoria¹⁵.

Policy di controllo e Governance delle fonti

Tanto in ambito nazionale quanto in ambito europeo restano tuttora insolute talune questioni, e non di poco momento. Rimane ben annodato il problema della concreta individuazione degli interessi della persona che possono attingere alla tutela risarcitoria, così come il problema del rischio di sperequazioni tra l'entità del risarcimento accordato alla vittima e il grado di colpevolezza del danneggiante, vale a dire il rapporto fra un'etica della solidarietà e un'etica della responsabilità. Anche individuati tali diritti, non è chiaro come si possa procedere per la quantificazione del danno così determinato e se esistano linee guida in grado di sottrarre all'arbitrio del giudicante la scelta sul quanto e come risarcire un danno ingiusto. Rimane, infine, intatto il problema della stabilità di una simile complessa elaborazione, che, oltre a doversi misurare con un'incompiuta sistemazione della materia extracontrattuale, consegnata a una proteiforme produzione caratterizzata da differenze notevoli anche in termini di metodo e di sistema, non può contare sulla solidità dei *dicta* delle corti di legittimità, che hanno acquistato le forme circensi dell'elefante, precariamente poggiato sopra un panchetto, ammansito dall'*ankus* di un giurista estroso.

In mancanza di una scelta di campo definitiva tra diritto comunitario e diritto comune, l'idea di una disciplina unitaria europea invoca necessariamente una *policy* di controllo, raccordo e armonizzazione normativa delle fonti attuali, che possa dedurre dalle esperienze più diverse linguaggi e protocolli operativi comuni in grado di mediare, nella scelta in concreto delle regole, tra posizioni distanti. Anche se sfugge l'identità di chi possa svolgere un simile compito, si tratterebbe di un'articolazione plurale dell'ordinamento giuridico complessivamente considerato, su più livelli, secondo la teorizzazione, di marca costituzionalistica, ritagliata sull'esperienza comunitaria di cittadinanza europea, di un

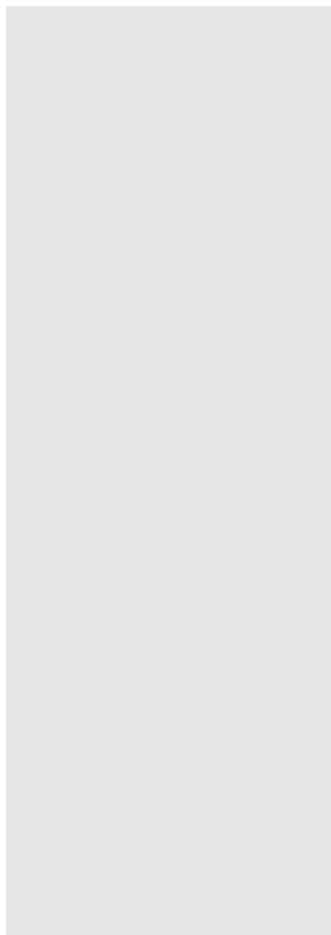
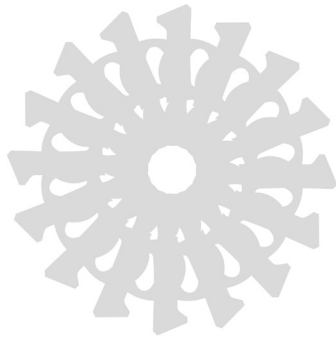
¹⁴ Le norme elaborate dai gruppi di studio possono certamente essere contenute in accordi negoziali di più ampio respiro, che oltre alla disciplina della responsabilità contrattuale prevedano un regime ad hoc anche per l'eventuale responsabilità extracontrattuale riferita all'oggetto dell'accordo. Si tratta intuitivamente di utilizzi più remoti rispetto agli analoghi principi previsti in materia contrattuale.

¹⁵ M. INFANTINO, *Verso un diritto europeo della responsabilità civile? I progetti, i metodi, le prospettive*, cit., pp. 292-303.

modello di *multi-level governance*¹⁶. Questa misura di integrazione, convergenza e unità è ciò che suggerisce e garantisce la categoria della cittadinanza plurima o differenziata anche con riferimento alla resa di una disciplina europea in tema di responsabilità civile: intesa in rapporto a vari livelli ordinamentali di produzione delle norme (codici e corti nazionali, *acquis* e corte europea, diritto comune), raccordati e uniformati nella loro applicazione simultanea pur nella diversa articolazione funzionale degli istituti giuridici di ordine generale e speciale. In ogni caso, è bene tenere a mente che l'Europa dei cittadini è anche l'Europa delle vittime dei danni, alle quali occorre dare una soddisfazione ragionevole ed equa, non occasionale, non casuale, non discriminatoria. D'altra parte, se i valori della persona, che sono i valori fondanti degli ordinamenti dell'Europa, debbono essere rispettati in ogni sito nel quale si trovi a vivere, lavorare o passare il suo tempo libero il cittadino europeo, sarebbe un controsenso consentire sperequazioni dettate dagli ordinamenti nazionali, pur ispirati ai medesimi valori e assertivamente fondati sui medesimi principi costituzionalmente riconosciuti. Allo stato attuale, una *governance* della responsabilità civile sembra l'unica risposta eticamente accettabile alla domanda di giustizia del danneggiato europeo.

¹⁶ Sul punto si veda L. MOCCIA, *La "cittadinanza europea" come "cittadinanza differenziata" a base di un sistema "multilivello" di diritto privato*, in *La Cittadinanza Europea*, 1/2005, pp. 59-71.

CULTURA E PROFESSIONE



Recensione a *La libertà professionale tra Costituzione e mercato. Liberalizzazioni, crisi economica e dinamiche alla regolazione pubblica* di Giuseppe Colavitti

Alarico Mariani Marini

Il libro di Giuseppe Colavitti non avrebbe potuto cogliere momento più favorevole per uscire alla luce.

Da un lato l'autore è studioso di diritto costituzionale e profondo conoscitore dei problemi delle libere professioni per avere unito all'attività accademica e professionale anche il ruolo di consulente dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale Forense.

Dall'altro, la libertà delle professioni ha subito nell'ultimo decennio gravi attentati per la tendenza dominante nelle sedi europee di privilegiare le regole del mercato anche nella disciplina della professione forense, e per una troppo zelante applicazione fattane dalla nostra politica, diversamente da quanto è avvenuto in altri Paesi dell'Unione e da quanto affermato in Risoluzioni del Parlamento europeo e nella giurisprudenza delle Corti europee.

L'avvocatura italiana si è così trovata al centro di una tensione diretta a incidere riduttivamente sui principi di libertà e di autonomia appartenenti alla sua storia, mentre un abnorme numero di iscritti e la devastante disfunzione della giustizia indebolivano il rilievo sociale del suo ruolo.

Conoscere i problemi e individuare le linee di sviluppo nella disciplina della professione nel complesso e controverso scenario dei diritti costituzionali, delle liberalizzazioni e della crisi economica richiede pertanto contributi competenti.

Questo avviene con il libro di Colavitti, come emerge sin dal capitolo introduttivo che racchiude una trattazione essenziale per la comprensione dei principi costituzionali e della evoluzione della legislazione italiana ed europea in materia di libere professioni e di quella forense in particolare.

Il discorso muove dalla premessa che la libertà professionale costituisce un diritto fondamentale riconosciuto dalla Carta dell'Unione Europea ed è dunque inserito nell'ordinamento costituzionale europeo al più alto livello delle fonti. Premessa indispensabile vista la cautela con cui la Carta, in generale ed anche nella legislazione sulle professioni, viene applicata o anche tranquillamente ignorata. Ed è con il proposito, che viene rigorosamente osservato nella trattazione di "prendere sul serio i diritti" che Colavitti sulla base del principio lavorista della nostra Costituzione inquadra in modo sistematico e criticamente la normativa che si è susseguita negli anni recenti, dalla libertà di stabilimento e dalla libera prestazione di servizi alla distinzione tra professione e impresa, alla applicazione del principio di concorrenza ed ai riflessi che ne sono derivati sulla libertà professionale.

A questo riguardo l'autore richiama, per l'influenza che ha prodotto nelle Carte Costituzionali europee, la valorizzazione che il principio della libertà professionale ha trovato nella tradizione costituzionale tedesca ove sin dalla Costituzione del 1849 veniva correlata alle scelte di vita fondamentali nelle quali la persona esprime e realizza la propria personalità e costruisce attraverso un percorso formativo la propria identità culturale e professionale.

Un orientamento disatteso da taluni interventi legislativi del recente governo tecnico che soprattutto in materia di formazione aveva esercitato ingerenze su attività attinenti alla costruzione del sapere specifico professionale, e quindi dell'identità culturale ed etica della professione, vincolando ai principi della concorrenza e del mercato scelte incidenti sulla libertà ed autonomia di regolazione delle modalità di esercizio dell'attività riservate agli organismi espressi dalla comunità professionale.

Veniva in tal modo tradotta in disciplina normativa la tendenza di limitare la libertà e l'autonomia della professione forense per ricondurla ad un ruolo ausiliario dell'iniziativa economica, derivandolo dalla equiparazione di matrice comunitaria dell'avvocato ad impresa e dell'ordine ad associazione di imprese, con esasperati effetti, ad esempio in materia di pubblicità, auspicati anche in recenti relazioni al parlamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Di notevole interesse in proposito è l'analisi condotta da Colavitti sui sistemi di regolamentazione delle libere professioni e di quella forense sotto i profili dell'autonomia e dell'autogoverno nel quadro costituzionale italiano. Un aspetto che dopo le reazioni alle modifiche introdotte dal d.p.r. 137 del 2012 ha registrato una sensibile correzione nella impostazione della nuova legge professionale maggiormente conforme al modello costituzionale fondato sul principio delle libertà associative e dell'autonomia delle formazioni sociali.

E ciò anche se nella legge attuale permangono ambiguità e zone d'ombra per l'esteso potere regolamentare del Ministro ed aperture a soggetti privati indeterminati in settori nei quali la tutela dell'interesse pubblico non può essere affidata ad imprese commerciali che di esso non fanno che farsene.

L'opera affronta quindi aspetti relativi alla crisi economica, e in generale ai riflessi prodotti che ne sono derivati nei settori produttivi, per approfondire in tale scenario problemi specifici riferiti alle professioni quali la liberalizzazione, il valore legale dei titoli di studio e l'accesso. Si tratta di questioni che da anni hanno formato oggetto di dibattito in occasione delle ipotesi di riforma in gran parte incompiute, o mancate come per gli studi universitari, oppure, come è avvenuto per la recente legge n. 247 del 2012, approdate dopo tortuosi percorsi parlamentari a soluzioni disomogenee e ancora lontane da una regolazione coerente con i valori costituzionali e con la evoluzione del diritto e della giustizia nel quadro europeo.

Ciò emerge nettamente dalla puntuale ricostruzione compiuta dall'autore del contesto internazionale, nel quale oggi si colloca la professione forense quale presidio della società democratica e dello stato di diritto.

Rispetto ad esso si è manifestata nei recenti interventi normativi la sfiducia nella autoregolamentazione della categoria, che si è tradotta in tentativi di limitarne autonomia e indipendenza e a svalutarne il ruolo sociale circoscrivendolo alla funzione difensiva concepita in chiave meramente privatistica al di fuori del rapporto tra professione e società, con gravi riflessi sulla libertà professionale prodotti anche attraverso un abnorme procedimento di delegificazione che Colavitti acutamente analizza nelle sue problematiche e preoccupanti implicazioni.

Non poteva mancare, a completamento di una trattazione che ha composto un quadro documentato e significativo dell'attuale condizione delle libere professioni, una analisi dell'impatto prodotto sulla professione forense da improvvisati interventi precedenti la riforma oggi in vigore nella materia di determinazione dei compensi, condotta anche in relazione alla giurisprudenza di legittimità e del diritto europeo della concorrenza.

L'abrogazione delle tariffe è rappresentata dall'autore come un segnale di portata simbolica dato ai mercati "esigenti e insaziabili" dal governo con il decreto "Cresci Italia", non solo nel quadro della liberalizzazione dei servizi ma anche per la razionalizzazione del sistema giustizia.

Un giudizio condivisibile, considerata la modesta portata sostanziale della riforma nella normalità dei rapporti professionali, ma certamente gradito, per la confermata abrogazione dei minimi di tariffa già in vigore dal 2006, ai contraenti forti dell'economia in una platea professionale inflazionata nel numero e debole contrattualmente.

Un significato simbolico che appare evidente, come osserva Colavitti, nel fatto che l'esigenza di mantenere comunque alcuni riferimenti monetari ha dato vita a un sistema di parametri assai simile alle vituperate tariffe, ma sul quale ciononostante si è concentrata una infiammata reazione della categoria forense meno attenta a ben più rilevanti lesioni su caratteri essenziali della professione, ma questo è un altro discorso che l'avvocatura dovrà pur affrontare e per il quale il libro di Colavitti offre importanti contributi conoscitivi e motivi di riflessione.

Il libro, pubblicato alla fine dell'anno 2012, conclude necessariamente la trattazione prima della recente approvazione della nuova legge professionale sulla quale sono appena iniziati approfondimenti anche ai fini della predisposizione dei numerosi regolamenti.

Qui si può semplicemente anticipare il giudizio che se il precedente parlamento alle battute finali ha in parte eliminato taluni più evidenti caratteri dell'impronta mercantile impressa alla disciplina professionale dal governo tecnico, il prodotto legislativo che ne è risultato è modesto, disomogeneo e, nel complesso, deludente. Ciò soprattutto per la mancanza di una visione del ruolo della professione forense adeguato ai valori costituzionali e alla specificità che la Carta gli attribuisce e al quadro giuridico-politico del diritto europeo e dei diritti fondamentali, valori e riferimenti che la nuova legge semplicemente ignora.

All'esito di una lettura certamente di grande interesse per gli avvocati, per gli organismi dell'avvocatura e per gli studiosi della materia, l'opera di Colavitti si presenta con un evidente rilievo per la completezza, il rigore dell'approfondimento e per l'analisi dei principi sovraordinati alla regolazione della professione.

Una trattazione che per la sua attualità non ha analoghi riscontri e che costituisce uno strumento indispensabile per procedere nello studio della nuova disciplina in una visione complessiva della evoluzione del sistema professionale nel nostro ordinamento.

In questa analisi Colavitti accompagna il lettore con particolare riguardo a quell'elemento storicamente peculiare nei sistemi continentali della libertà professionale dell'avvocato, mai come oggi insidiata da un'economia indifferente ai diritti fondamentali della persona e riluttante alla loro effettiva tutela.

Ma dei valori costituzionali e del nuovo sistema dei diritti fondamentali dovranno essere gli avvocati a farsene innanzitutto carico, senza attendere che ciò venga loro somministrato a piccole e inutili dosi da chi sinora ha mostrato di poterne fare tranquillamente a meno.

Recensione a *Il tempo che verrà. Avvocatura e società* di Alarico Mariani Marini

Stefano Racheli

Per apprezzare a pieno l'ultima fatica di Alarico Mariani Marini, occorre, paradossalmente, "leggere" l'opera al di là dell'opera stessa. Non si intende – sia ben chiaro – deprezzare lo spessore culturale dei temi proposti al lettore, ma, al contrario, evidenziare con forza i principi, i valori – l'*humus* insomma – su cui lo spessore culturale si fonda. Non è raro trovare libri dai contenuti oggettivamente interessanti, mentre è assai difficile imbattersi in opere in cui i contenuti siano espressione di una cultura militante al servizio dell'uomo. Ecco: leggendo il libro di Alarico Mariani Marini torna alla mente un'opera di N. Bobbio *Una filosofia militante. Studi su Carlo Cattaneo*.

È infatti del tutto evidente che i singoli temi affrontati dall'autore acquistano un *surplus* di valore e manifestano la loro valenza profonda in quanto inseriti in una particolare "atmosfera" che li pervade e li lega, l'uno all'altro, come un sottile filo rosso. Un'atmosfera che fa eco, come accennavo, alle parole di Bobbio e non potrebbe essere altrimenti, essendo *Il tempo che verrà* frutto evidente di una filosofia e di una cultura fortemente militanti.

«Non mi nascondo» afferma Bobbio nella Prefazione «che il bilancio della nostra generazione è stato disastroso [...]: abbiamo realizzato ben poca giustizia e forse stiamo perdendo la libertà. Sarebbe da stolti truccare le cifre del conto finale per farle apparire in pareggio».

Anche la nostra generazione ha «realizzato ben poca giustizia e forse sta perdendo la libertà». E Alarico Mariani Marini non truca certo le cifre del conto finale, ma, come ben afferma Umberto Vincenti nell'Introduzione, ha «il coraggio di fare ("veramente") un discorso di verità dall'interno dell'avvocatura». Basti leggere ciò che egli scrive paventando «lo spettro del tecnicismo servile», di un agire, cioè, non permeato da valori forti e da quella verità per la quale – diceva Kierkegaard – vale la pena di vivere o morire.

Riecheggia – come invitato di pietra – nell'opera di Mariani Marini l'antica distinzione (aristotelica) tra *praxis* e *poiesis*, alla quale è riconducibile la (immensa) distanza che separa il "fare l'avvocato" da l'"essere avvocato": distanza che ci ricorda da presso che l'"essere avvocato" è sottratto alle leggi del mero fare, incorrendo piuttosto nelle nobili regole dell'etica professionale. Di qui l'insistenza di Mariani Marini sui temi della deontologia, nobilitata dal legame che la stringe all'altro binario lungo cui corre il pensiero dell'autore: i diritti fondamentali dell'uomo.

Inevitabile dunque che il legarsi dell'etica professionale alla tutela dei diritti fondamentali finisca per mostrare un nuovo e inesplorato volto del futuro della

professione forense: un'assunzione piena di quella responsabilità sociale che Mariani Marini ritiene (correttamente e meritevolmente) debba conseguire al doveroso ripudio di «una nozione minimalista della deontologia».

Ma non si renderebbe giustizia all'opera di Alarico Mariani Marini se non si facesse menzione del fatto che essa, accanto a temi propri della professione di avvocato, si fa carico di inserire l'attività forense nel più ampio contesto postulato da una maturità culturale a tutto tondo, quale consegue non solo alla necessità di saper «decifrare testi spesso complessi e multidisciplinari», ma – fatto ben più qualificante – all'esigenza di «sviluppare capacità e di comprensione e approfondimento dei problemi, accrescere l'attitudine alla riflessione e quindi al ragionamento, sapersi esprimere con le parole e lo scritto e perciò riuscire a comunicare concetti e sentimenti».

Dicevo, all'inizio, della necessità di leggere l'opera di Mariani Marini «al di là del contenuto». Infatti è «al di là del contenuto» che si indovinano le forti linee ideali da cui derivano le tematiche dell'opera. Tra queste linee ideali spiccano l'amore per le libertà democratiche e la ferma tendenza a vivere la professione in modo da opporsi a tutto quanto sia «resistente e ostile ai diritti umani di libertà, di eguaglianza e non discriminazione». Ma non è – quello di Mariani Marini – solo un parlare di libertà: è anche (soprattutto?) un rivolgersi ai giovani per aiutarli ad acquistare con la lettura «la consapevolezza del mondo che ci circonda, dei problemi che nella loro complessità sono oggi e saranno domani la condizione del vivere, e nei quali si troveranno immersi sin dall'esordio nella professione». Si direbbe proprio che *Il tempo che verrà* sia un'opera giovane scritta per giovani, ispirata com'è (basti leggere «non combattere contro i mulini a vento!») al detto eracliteo «i cani, non gli uomini abbaiano alle novità».

Difficile definire l'opera di Alarico Mariani Marini, tante essendo le facce culturali, i temi di indagine e gli approcci proposti: dalla deontologia all'argomentazione, dal rapporto della professione con la società a quello con la cultura, dai diritti umani, nella loro portata attuale, alle loro vicende storiche, così come delineate dall'andar nel tempo della professione forense o da eminenti personaggi dell'avvocatura (primo tra tutti il «militante» Ambrosoli). Ma se proprio si volesse definirla, la si potrebbe dire un inno alla libertà; un inno che non vuol essere nostalgica evocazione di ciò che il mondo potrebbe essere, ma che suona, per così dire, come una «chiamata alle armi», in armonia con il pensiero «militante» di Carlo Cattaneo, il quale così intendeva la libertà: «una libertà che non guarda indietro come quella degli spartani, né pensa solo a morire come quella di Catone, ma guarda nel futuro, impavida e serena, perché aspetta di vivere e trionfare».

Recensione a *Informatica giuridica e metodo retorico. Un approccio "classico" all'uso delle nuove tecnologie* di Federico Puppo*

Giovanni Vaglio

Cos'è l'intelligenza? Se potessimo sbarazzarci di tutta la superbia, per definire la nostra specie, se ci attenessimo strettamente a quello che i periodi storici e preistorici ci mostrano come caratteristica costante dell'uomo e dell'intelligenza, non dovremmo dire *Homo sapiens* ma *Homo faber*. In breve l'intelligenza, considerata in quella che pare essere la sua caratteristica originale, è la «facoltà di costruire oggetti artificiali, in particolare strumenti per costruire strumenti». Questa considerazione di Henry Bergson¹ sintetizza l'insieme dei quesiti e dei percorsi intellettuali affrontati dall'autore nel corso della sua ricerca e racchiusi nel volume. Posta sul piano della retorica forense, della logica giuridica, del metodo giuridico, la traduzione del concetto "strumenti per costruire strumenti" è assai calzante: l'informatica giuridica (nelle diverse *sub species* enucleate da Federico Puppo sulla scorta della classificazione "classica" di Sartor² e Pascuzzi della giuritecnica, della giurimetria, dell'informatica del diritto e del diritto dell'informatica) è uno strumento artificiale a disposizione del giurista destinato a supportare attraverso l'organizzazione delle conoscenze il processo logico di creazione continua del diritto, strumento a sua volta artificiale regolativo dei rapporti sociali, ma frutto dell'intelligenza naturale. Occorre chiedersi allora cos'è in questo contesto l'intelligenza? E come si differenzia l'intelligenza naturale dall'intelligenza artificiale della quale il processo logico di sistematizzazione informatica basata sulla logica booleana è espressione? È la capacità dell'operatore di sviluppare lo strumento artificiale (o gli strumenti), il suo prodotto nella consapevolezza della natura semplicemente strumentale e non sostitutiva. E questa ricerca critica della collocazione/contestualizzazione del prodotto artificiale rispetto al proprio padre naturale, pur nell'ambito degli strumenti per lo studio del diritto, è al centro della ricerca.

Volume che non rappresenta, per volontà dichiarata da parte dello stesso autore, un punto di arrivo, ma piuttosto si presenta come una fase intermedia posta tra un precedente lavoro³ da cui trae le basi per la riflessione e ne pone

* Tangram Edizioni Scientifiche, Trento 2012, p. 145.

¹ H.L. BERGSON (1859-1941): la citazione è tratta da *L'Évolution créatrice* del 1907 ed è richiamata da H. REINGOLD in *La realtà virtuale. I mondi artificiali generati dal computer e il loro potere di trasformare la società*, Bologna, Baskerville 1993, p. 519.

² Su questo aspetto v. il cap. 1 del saggio di F. PUPPO.

³ Il riferimento è a F. PUPPO, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di logica giuridica*, Cedam, Padova 2012.

di nuove per la prossima prosecuzione. È proprio questo “farsi ragionando”, questo progredire in una crescita continua e spiraliforme del pensiero verso nuove non definitive mete del ragionamento che stimola l’interesse del lettore, pur nella complessità e rigore scientifico del lavoro di ricerca svolto. Il tutto nel complesso argomentare della logica giuridica e del rapporto, come lo stesso titolo disvela, fra informatica giuridica e metodo retorico, quando ciò che preme è «la relazione essenziale fra argomentazione, confutazione dialettica verità e dialogo» (p. 61 e in generale il cap. 2), a dimostrazione della costante attenzione al metodo che contraddistingue le attività del CERMEG, il Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica nato nel 2004 a Trento presso l’allora dipartimento di Scienze Giuridiche e del quale Puppo è segretario ed attivo protagonista.

Ho scritto di quesiti, spunti di riflessione che assumono la molteplice contemporanea veste di ipotesi di lavoro, tesi da sviluppare e conclusioni non conclusioni, spazi mentali costruiti e pronti per nuove riflessioni: può la tecnica mutare la natura del diritto? Si può condividere l’assioma della neutralità della tecnica rispetto ai diversi ambiti di applicazione? Può il governo della tecnica garantire un modo migliore? Vi è nell’autore una condivisibile posizione critica rispetto a queste tesi di carattere generale. E la critica si fa più incisiva nell’ultimo capitolo, quando dalla delineazione del quadro generale del rapporto fra tecnica e contenuto si passa alla valutazione degli effetti dell’informatica, e in particolare della sistematizzazione della conoscenza giuridica attraverso i codici booleani dei data base relazionali (basati sul principio di identità, il cui sistema logico l’autore contrappone criticamente alla logica aristotelica “classica” basata sul principio di non contraddizione); di qui all’analisi della presunta capacità mutante e creativa della sistematizzazione informatica sull’azione creativa del diritto che, conclude l’autore, è e resta prodotto dell’uomo che regola se stesso nella coabitazione con i propri simili. Se il diritto, ritornando a quanto scritto all’inizio, è un prodotto dell’intelligenza naturale che può avvalersi dell’apporto strumentale del prodotto dell’intelligenza artificiale, esso però non può (almeno, e fortunatamente, nello stato attuale delle cose) sostituirsi alla prima.

In ultima analisi fra la formazione del diritto e la conoscenza del diritto vi è un rapporto di progressione.

Il diritto formato contiene la conoscenza: ne rappresenta per così dire il plusvalore rispetto alla prima.

Nella logica del pensiero umano sarà sempre la macchina, il prodotto artificiale, ad aspirare a diventare umano (a imitare l’essere e l’essenza dell’uomo) e non viceversa, e come nell’incisione di Flammarion sarà sempre l’uomo che cercherà con la conoscenza di oltrepassare i propri confini.

Recensione a *Il giudizio di rinvio. Struttura e logiche probatorie* di Marco Maria Monaco

Alessandra Bozza

Con quest'opera l'autore ci propone di approfondire taluni aspetti del giudizio nascente dal c.d. "rinvio" operato dalla Cassazione penale. Si tratta di una fase piuttosto frequente all'interno del *iter* processuale: accade, infatti, spesso che la vicenda giudiziaria non possa essere conclusa dalla Corte di Cassazione perché, come noto, i limiti imposti alla sua cognizione non consentono di compiere indagini sul fatto. In tali casi, pertanto, il processo viene rinviato ad un giudice di merito.

L'A. inizia la trattazione prendendo in esame svariate questioni fra cui si segnala un'interessante riflessione in ordine al criterio a cui la Corte di Cassazione deve fare riferimento per decidere se pronunciare una sentenza di annullamento "con rinvio" o "senza rinvio". Partendo dai due interessi che la Corte è chiamata a soddisfare (e cioè quello della legge, da intendersi quale interesse alla corretta interpretazione e applicazione delle norme, e quello della giustizia, da intendersi quale interesse a realizzare la giustizia nel caso concreto), l'A. prosegue la propria analisi sostenendo che ogni volta che la Cassazione è in grado di soddisfarli pienamente e contemporaneamente entrambi, pronuncia una sentenza di annullamento senza rinvio; qualora, invece, non le è possibile realizzare tale coincidenza, pronuncia una sentenza di annullamento con rinvio poiché si pone come indispensabile una nuova valutazione di merito.

Altrettanto interessante risulta la riflessione condotta dall'autore in ordine alla distinzione tra annullamento totale e parziale.

A tal proposito Monaco richiama quella parte della dottrina secondo la quale, in caso di annullamento totale, il giudizio di rinvio realizzerebbe una funzione "restitutoria": in altri termini, il giudice sarebbe chiamato a sostituire la sentenza precedentemente emessa con una decisione in tutto nuova; in caso di annullamento parziale realizzerebbe, invece, una funzione "prosecutoria" non dovendosi rinnovare o ripetere l'attività processuale svolta, ma solo integrare la pronuncia già adottata dalla Cassazione.

Monaco è persuasivo nel ritenere non condivisibile oltre che non coerente con il sistema delineato dal codice la netta distinzione così prospettata dalla dottrina. Lo stesso rileva, infatti, come la fase rescissoria sia sempre costruita come prosecuzione del processo celebrato innanzi la Corte di Cassazione. È vero che tale processo si svolge attraverso la necessaria ripetizione di una delle fasi del giudizio, tuttavia ciò non determina alcuna modifica oggettiva o soggettiva del rapporto processuale che pertanto è e rimane il medesimo.

Ciò che differenzia le due ipotesi, secondo l'autore, è lo scopo che deve essere realizzato: nell'annullamento parziale esso si identifica con la necessità di completare la decisione della Cassazione con una serie di statuizioni che si inseriscono in un unico contesto di cui la sentenza del giudice del rinvio è la conclusione; nell'annullamento totale, invece, con la necessità di celebrare nuovamente e per intero la fase in cui si è verificato il vizio o la situazione che ha determinato la pronuncia della Cassazione.

L'autore si sofferma a valutare la natura del punto della sentenza di annullamento in cui si dispone la trasmissione degli atti al giudice ritenuto competente e conclude ritenendo che esso abbia natura meramente dichiarativa.

A sostegno di tale conclusione Monaco spiega che, in materia di designazione del giudice competente, non sia riconosciuto alla Corte alcun potere di scelta. Il giudice competente al rinvio è, infatti, determinato direttamente dalla legge. La Cassazione, pertanto, disponendo l'annullamento, si limita a dare atto di una designazione precostituita per legge.

A questo punto dell'indagine affronta anche un altro importante problema, quello relativo alla possibilità da parte del giudice di rinvio di sindacare la competenza.

Prendendo le mosse dall'esame del primo comma dell'art. 627 c.p.p. (secondo cui non è ammessa discussione sulla competenza attribuita con la sentenza di annullamento) viene confutata l'opinione di chi ritiene che la determinazione del foro commissorio non possa essere in nessun caso oggetto di discussione. In realtà Monaco chiarisce come la scelta di riconoscere natura meramente dichiarativa e non attributiva al *dictum* della Cassazione consenta di superare l'interpretazione letterale del sopra citato art. 627 c.p.p. Ed invero si fa notare come un'interpretazione strettamente letterale della norma potrebbe condurre a conseguenze assurde quali l'obbligatoria celebrazione del giudizio innanzi un giudice erroneamente individuato, contravvenendo così ai valori che la nostra Carta Costituzionale mira a preservare. L'art. 627 c.p.p. non escluderebbe, dunque, la possibilità di correggere l'errata designazione del giudice operata dalla Cassazione. Tale disposizione, da intendersi quale specificazione del principio dettato nell'art. 25 c.p.p., si riferirebbe esclusivamente alle decisioni della Corte di Cassazione espressamente interpellata – a seguito di specifico motivo di ricorso – sulle questioni di competenza del giudice delle precedenti fasi del giudizio.

Pare, inoltre, molto efficace e puntuale l'illustrazione elaborata in ordine all'ambito entro il quale il giudice del rinvio può esercitare il proprio *ius dicere*. In particolare l'A. si sofferma sull'annullamento parziale, e più precisamente sulle questioni ritenute dalla Corte valide. Si rileva come il primo comma dell'art. 624 c.p.p. (che stabilisce che «se l'annullamento non è pronunciato per tutte le disposizioni della sentenza, questa ha autorità di cosa giudicata nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata») pone un rilevante limite cognitivo di cui il giudice del rinvio deve tener conto: la sua

decisione dovrà, infatti, mantenere ferme le questioni risolte dalla Corte di Cassazione e a queste ultime uniformarsi. Monaco evidenzia che al riguardo la Corte di Cassazione, con ben cinque sentenze a Sezioni Unite, ha affermato che in ordine alle parti non annullate della sentenza si verifichi un fenomeno di “formazione progressiva o parziale del giudicato”. Il giudicato avrebbe una formazione graduale che prescinderebbe dall’esaurimento dell’*iter* processuale. Tale fenomeno, come precisato dalla giurisprudenza citata dall’autore, sarebbe tuttavia configurabile soltanto in ordine alle parti della sentenza aventi ad oggetto l’esistenza del reato e la responsabilità dell’imputato e non in rapporto di connessione essenziale con quelle annullate. L’esame condotto dall’A. concerne una questione molto delicata poiché affermare la definitività della decisione su tali parti determina, quale conseguenza principale, l’esclusione dell’operatività delle cause di non punibilità di cui all’art. 129 c.p.p. Tali cause, infatti, pur essendo rilevabili in ogni stato e grado del procedimento, non possono superare la barriera del giudicato. L’autore, tuttavia, sottolinea come il tentativo di applicare pedissequamente l’istituto del giudicato distorce il reale significato delle disposizioni che evidenziano un voluto e non casuale significato atecnico di alcuni termini.

Come è stato osservato da Monaco, è verosimile ritenere che attraverso l’uso della locuzione «autorità di cosa giudicata» il legislatore non abbia inteso realizzare una meccanica attribuzione degli effetti del giudicato, bensì abbia inteso rinviare ad un concetto elaborato dagli studiosi del diritto processuale che rendesse intellegibile come la preclusione operante per le parti per le quali non è disposto l’annullamento, costituisca un limite assoluto alla cognizione del giudice del rinvio.

All’interno di tale indagine l’autore fa presente l’esistenza di un altro orientamento giurisprudenziale secondo cui, in caso di annullamento di punti diversi da quello concernente l’affermazione di responsabilità dell’imputato, sarebbe più corretto ritenere che sia preclusa al giudice di rinvio la discussione sulla responsabilità dell’imputato, ma non la possibilità di rilevare di ufficio l’esistenza di una causa estintiva del reato.

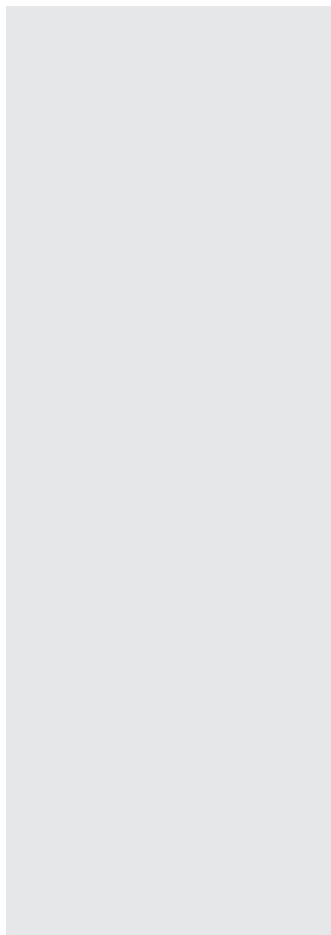
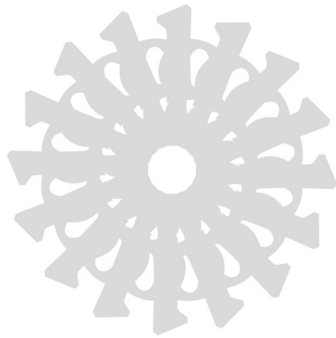
Stimolante appare anche la riflessione proposta da Monaco con riguardo a quelle questioni non dedotte alla cognizione della Cassazione, ma comunque “deducibili” in via interpretativa, per le quali non vi è stato alcun accertamento né in positivo né in negativo. L’autore, contrariamente a coloro che fanno riferimento al c.d. “giudicato implicito” anche in relazione alle parti non devolute, sottolinea come la carenza di valutazione non possa in alcun modo corrispondere ad un accertamento “implicito”. Per quanto non espressamente devoluto, nella totale assenza di previsione analoga a quella per le disposizioni valutate ma non annullate, parrebbe più corretto ritenere che operi la preclusione tipica dell’effetto devolutivo la cui efficacia è tale da ammettere che, in determinati casi, il giudice possa intervenire, consentendo così l’immediata declaratoria di cause di non punibilità.

Molte altre questioni affrontate dall'autore meriterebbero di essere menzionate; tra esse rientra sicuramente l'indagine condotta nel sesto capitolo sul diritto alla prova nel giudizio di rinvio.

Un'ultima notazione. Come è noto, il c.d. principio di diritto fissato dalla Cassazione in sede di annullamento limita il giudice del rinvio: questi dovrà, infatti, uniformarsi alla sentenza della Corte «per ciò che concerne ogni questione di diritto con essa decisa». Monaco segnala, però, una recente sentenza che ha riconosciuto la possibilità per il giudice di rinvio di controllare la correttezza dello stesso principio di diritto formulato dalla Cassazione. La Corte ha, infatti, statuito che deve essere annullata la sentenza del giudice di rinvio che abbia fatto applicazione di un principio di diritto affermato in conseguenza di un errore percettivo, che abbia comportato il mancato esame di alcuni motivi di ricorso per Cassazione (Cass. Sez. III, 6 aprile 2011, 19992, in Cass. pen., 2012, 1815).

La possibilità di dedurre il vizio percettivo con i motivi di ricorso e ritenere che questo sia rilevabile anche *ex officio*, appare, come messo in luce da Monaco, davvero dirompente poiché costituisce, per l'appunto, un implicito riconoscimento del potere del giudice di rinvio di pronunciarsi preliminarmente in ordine allo stesso.

L'AVVOCATURA DEI GIOVANI



La formazione che vorrei*

Elena Borsacchi, Matteo D'Angelo, Izaura Puka, Roberta Sorrentino e Maria Adele Venneri

La nuova legge professionale

Si apre oggi un nuovo scenario che colloca il luogo di formazione dell'avvocato non più all'interno di un singolo studio, ma in quella che potremmo definire una potenziale "accademia" rappresentata dalle Scuole forensi presenti su tutto il territorio nazionale.

Il nuovo anno, infatti, è iniziato con una serie di significativi cambiamenti, introdotti dalla legge del 31 dicembre 2012 n. 247 (pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 18 gennaio 2013) e destinati a rivoluzionare il mondo forense. Di fondamentale importanza è la formazione ed il funzionamento delle Scuole forensi. L'attività svolta da queste ultime, un tempo affidata alla mera ed arbitraria volontà dei singoli Consigli dell'Ordine viene ora modificata.

La legge recante "Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense" prevede, ai sensi di quanto disposto ex art. 43, che il tirocinio, oltre alla pratica svolta presso uno studio professionale, consista nella frequenza obbligatoria e con profitto per un periodo non inferiore a diciotto mesi di corsi di formazione di indirizzo professionale tenuti da Ordini e associazioni forensi, nonché dagli altri soggetti previsti dalla legge. Modalità, condizioni e contenuti di questi corsi di formazione saranno disciplinati con regolamento dal Ministro della Giustizia, sentito il CNF.

Oggi più che mai, quindi, la formazione dei futuri avvocati si configura quale fenomeno complesso nel quale la pratica legale non rappresenta più l'unico punto di riferimento.

In tale processo formativo la funzione primaria delle Scuole forensi è, e sempre di più lo sarà, quella di affrontare il problema di una metodologia didattica che è ancora in prevalenza ancorata al tradizionale insegnamento del sapere giuridico attraverso lezioni frontali, perché non si può più prescindere da un metodo didattico addestrativo-pratico. Un metodo basato su simulazioni, su lavori di gruppo, sul confronto delle esperienze sì da stimolare il ragionamento argomentativo e dare notevole impulso a quel processo di autoformazione connaturato al praticante avvocato oltretutto nel far comprendere che la conoscenza di qualsiasi tema si fonda sulla necessità di sostenere il proprio

* Lo scritto rielabora temi che hanno formato oggetto delle relazioni svolte in occasione del convegno *Pratica legale e Scuola forense: la formazione che vorrei* tenutosi a Venezia l'8 marzo 2013, relatori: dott. Matteo D'Angelo, avv. Roberta Sorrentino, avv. Emma Filippelli.

punto di vista argomentando come se ci si trovasse di fronte ad un contraddittore ed in presenza di un organo giudicante.

Come diceva l'eminente giurista Carnelutti: «attraverso il contraddittorio si perviene alla verità, i rapporti tra dubbio e giudizio sono così intrecciati che è difficile vederci chiaro».

Ovviamente la Scuola non può e non deve essere considerata come l'unico luogo della formazione giacché la pratica, rimane sempre e comunque esperienza imprescindibile per maturare il percorso professionale. Considerata tale esigenza, risulta evidente, ancora una volta, l'inadeguatezza dell'apporto dell'istituzione universitaria al processo formativo di coloro che si accingono ad intraprendere la professione forense.

Quelli che, *ictu oculi*, sembrano essere i principali difetti dell'insegnamento universitario in riferimento alle peculiari esigenze della professione in argomento sono:

- la totale assenza di contatto con gli “interlocutori” del diritto (magistrati inquirenti e giudicanti, avvocati, notai), con gli “oggetti” (contratti, sentenze, atti amministrativi, ecc.) e con gli “strumenti” (codici commentati, banche dati, riviste giuridiche);
- l'assoluta obsolescenza del metodo d'insegnamento rappresentato principalmente da lezioni frontali e la quasi completa assenza di un adeguato rapporto con la scrittura e la struttura organizzativa del ragionamento.

In buona sostanza, terminato il ciclo di studi universitari, i neo-laureati non sono nemmeno lontanamente in grado di applicare da un punto di vista pratico il diritto ad una controversia concreta che venga sottoposta al loro esame. Anche i più capaci e meritevoli infatti sono tutt'al più dotati di un soddisfacente bagaglio di conoscenze analitiche, ma assolutamente incapaci sia di considerare la dimensione sistematica dei singoli settori del diritto, sia di intravedere connessioni di tipo interdisciplinare.

È fuor di ogni ragionevole dubbio che nella fase critica in cui ci troviamo, i rapporti e le relazioni tra università e contesto professionale non sono tali da assicurare una comunicazione efficace ed un trasferimento del bagaglio di conoscenze e competenze.

Gli strumenti di formazione che un tempo si trasferivano da una generazione all'altra, allo stato attuale, risultano sempre più inadeguati ed insufficienti.

Galgano e il formalismo giuridico

C'è un illuminante ed anche simpatico aneddoto richiamato dall'avv. Alarico Mariani Marini nel suo ultimo libro *Il tempo che verrà. Avvocatura e società* che racchiude in sé la sintesi dell'imperante astrattismo giuridico. Si cita testualmente:

«Francesco Galgano, in uno dei suoi ultimi scritti sul diritto e le altre arti con il quale si rivolge ai giuristi perché, scrive, disimparino quella formale nozione del diritto alla quale sono stati educati, si stupisce che gli studenti di giurisprudenza non si af-

frettino in massa a cambiare facoltà appena appresa la nozione scolastica del diritto come quell'insieme di regole dirette a dirimere i conflitti della società»¹.

Siamo di certo dinanzi ad una provocazione, che tuttavia, con spiazzante lucidità, offre un'immagine dello studio e dell'insegnamento del diritto non troppo lontana dalla realtà.

Le università italiane, infatti, pregiandosi degli antichi riconoscimenti e dei passati fasti, rappresentano tutt'oggi il simulacro dell'astrattezza e del formalismo del diritto, non prestando – o non volendo prestare, a questo punto – ascolto alle sempre più numerose pressioni, affinché si proceda al tanto caldeggiato capovolgimento, o se vogliamo, più correttamente, “adeguamento di metodo” che consenta di conoscere e comprendere le nuove dinamiche giuridiche e di dare risposta alle mutate realtà sociali.

Si è costretti a vivere ancora di un caro e felice ricordo – (ma poi per chi?) – in cui il latino e non l'inglese sia fondamentale; in cui sia necessario sostenere esami che non si possono certamente considerare fondamentali come dimostrano le frequenti modifiche dei corsi di studio nei vari atenei (24 esami in quattro anni nel 2000; nel 2002 è stato introdotto il sistema 3 + 2 con complessivi 52 esami c.a.; nel 2006 è stato istituito il corso di laurea magistrale con 33 esami da sostenere in cinque anni; nel 2010 è stato istituito un ulteriore corso di studi che prevede 24 esami da sostenere in cinque anni).

Ma non appena si fa il proprio ingresso nel mondo del lavoro, le richieste sono completamente diverse: l'inglese fluente è fondamentale, quasi più dell'abilitazione alla professione; conoscenze ed esperienze lavorative in ambiti specifici e settoriali sono requisiti preferenziali per poter aspirare ad un certo tipo di carriera o per collaborare con le istituzioni europee e internazionali.

È facile, dunque, comprendere come il problema dell'inadeguata formazione dei praticanti sia da ricercare nella preparazione universitaria e post universitaria rimaste ancorate a logiche tradizionaliste, anacronistiche e miopi, con corsi di laurea strutturati attraverso un elevato numero di esami con approccio didattico tradizionale e con un inesistente rapporto tra professore/studente, (anche a causa dell'elevato numero di iscrizioni), con l'ausilio di manuali dall'approccio troppo teorico, senza il minimo tipo di orientamento professionale e pratico sul campo, con una stridente e vistosa noncuranza verso discipline di carattere economico ed organizzativo, informatica avanzata, lingue straniere, tecniche di risoluzione giudiziale e stragiudiziale delle controversie.

La soluzione a tali problematiche appare, dunque, a portata di mano, e, tuttavia, ancora molto lontana a causa di un accidioso metodo d'insegnare che forma studenti e futuri avvocati, tralasciando una questione fondamentale: la realtà.

¹ A. MARIANI MARINI, *Il tempo che verrà. Avvocatura e società*, Pisa University Press, Pisa 2012, p. 32.

Il bagaglio culturale universitario non basta ad evitare l'impatto (per molti traumatico) con la realtà totalmente nuova ed ignota in cui ci si trova catapultati agli albori della professione: aule di giustizia ed uffici dei giudici, dinamiche processuali, cancellerie, rapporti con i clienti, i colleghi e le controparti e tutto ciò che costella l'universo della professione forense sono realtà assolutamente diverse dalle teorizzazioni universitarie che risultano un terreno inadeguato ad accogliere tutta una serie di nozioni.

Pratica di studio e formazione

La pratica stessa, se non intrisa di contenuti utili alla professione e modellata da un metodo di studio e lavoro efficiente ed efficace, rischia di perdere la propria funzione primaria, sintetizzare le conoscenze acquisite durante gli anni universitari e sperimentarle sul campo, per ridursi ad un mero passaggio obbligato pre-esame. Con il rischio di disperdere il potenziale di cui ogni neo-laureato è portatore.

Certo, note sono le varie "scuole" cui ogni dottore aspira ad essere istruito (o cui molti avvocati si fregiano aver frequentato), ma la realtà, salvo rare ed illuminate eccezioni, è ben diversa: praticanti troppe volte utilizzati per compiti di parasegreteria, mandati nel "foro" allo sbaraglio (e che, quando va bene, sono sottopagati) non fanno altro che svilire la dignità della professione, ma, ancor prima, della persona.

Concetti quali libero professionista, dipendente, tirocinante, dottore, avvocato, ferie, vacanze, riposo, orario, rimborso spese, contributo, equo compenso, collaborazione vengono utilizzati alla bisogna, troppo spesso volutamente confusi in un interminabile "gioco delle tre carte".

L'assenza di una guida costante durante il (ora chiamato) tirocinio, poi, viene "venduta" come un vero e proprio insegnamento, quasi a voler stimolare lo spirito di sopravvivenza nel (più o meno) giovane dottore. E così assistiamo a praticanti che la guida la trovano in altri avvocati o in amici e colleghi casualmente incrociati nei corridoi o nel giudice che insegna loro come redigere un verbale d'udienza; nei formulari che vengono consumati; nei PM o, meglio e più spesso, nei V.p.o. che fanno vere e proprie microlezioni al praticante utile al *dominus* civilista per le difese d'ufficio cui non riesce (o non vuole) star dietro...

«Ci siamo formati tutti così eppure siamo sopravvissuti», dirà qualcuno, ma noi non lo crediamo.

E poi noi non vogliamo sopravvivere nella professione, vogliamo vivere la professione.

E, in ogni caso, poi non lamentiamoci se "la qualità scarseggia tra i colleghi" come troppo spesso si ode tra gli affollati corridoi ed uffici dei giudici.

Ed un peregrinar di studi legali alla ricerca della formazione migliore rischia di frammentare un percorso delicato e prezioso, solo raramente risolvendosi in un arricchimento per il futuro avvocato.

Certo, è un'utopia immaginare che si possa delegare al singolo studio l'integrale preparazione dell'aspirante Avvocato, ma è anche vero che il *dominus* ha il dovere di formare (e bene) il suo futuro collega e che quest'ultimo ha il diritto ad essere formato. E bene.

Nella realtà, quindi, formazione e pratica sono scisse quando, invece, dovrebbero essere strettamente correlate. Non basta la previsione ordinistica di una Scuola forense da frequentare durante il tirocinio. È un fatto culturale ed è a questo livello che bisogna intervenire.

Il ruolo ed il metodo d'insegnamento delle Scuole forensi anche e soprattutto alla luce della nuova riforma ad opera del d.p.r. 137/12, non può prescindere dalla considerazione della realtà che le circonda.

Come si legge, infatti, nelle Linee guida per le Scuole Forensi, predisposte dalla Scuola Superiore dell'Avvocatura «alla didattica delle materie, pertanto, la formazione sostituisce, integrandola, una didattica fondata sui principi e sul metodo».

Formazione che deve provenire non soltanto dalla tradizionale pratica di studio, a cui va restituita centralità, dignità e decoro, ma anche e soprattutto da un corso di preparazione che, pur tenendo presente l'immediato superamento dell'esame per i giovani aspiranti avvocati, sappia andare al di là, approfondendo maturità, senso critico ed etica professionale, coniugando sapientemente conoscenza e competenza.

Come sostiene l'avvocato Ilaria Giraldo del Foro di Venezia che per anni ha seguito la formazione a Pordenone, c'è bisogno di una «formazione fondata sul giusto equilibrio tra concettualismo accademico e tecnicismo forense dove ad assolvere questo compito siano le Scuole forensi, individuato come vero fulcro di un percorso formativo di crescita personale e professionale che attraverso il potenziamento delle capacità di dialettica e di analisi sia finalizzato all'affinamento della capacità critica».

Le Scuole, quindi, non dovrebbero essere dei luoghi di semplice moltiplicazione di concetti che si sono già assunti precedentemente, ma dovrebbero servire l'attività pratica del futuro avvocato, trasformandosi poi in un luogo dove cominciare a sperimentare la "colleganza", aspetto peculiare della professione difficilmente trattato sia negli studi che nelle Scuole, se non di sfuggita durante il corso di deontologia.

Senza contare che compito della formazione dovrebbe essere anche, ora più che mai, quello di approfondire tematiche quali:

- gli aspetti sociologici dei conflitti cui si va ad operare;
- l'analisi psicologica del cliente, del collega, della controparte e degli operatori del diritto in genere con cui ci si confronta;
- lo studio del linguaggio parlato, scritto e del corpo, ambito troppo poco "esplorato" e lasciato alla mera e diffusa convinzione che sia un dono divino e difficilmente tramandabile: o ce l'hai o non ce l'hai.

Serve un maggior impegno di tutti per giungere a soluzioni innovative e valide. Il ruolo della formazione forense (e di coloro che si sono assunti l'im-

pegno e l'onere di accompagnare i giovani praticanti nel tortuoso percorso verso la professione) dovrebbe contribuire a colmare le due maggiori lacune del sistema.

La prima è costituita dal gap tra la conoscenza del diritto, possiamo dire esclusivamente teorica, acquisita all'esito del percorso universitario e/o di specializzazione e la padronanza degli strumenti pratici per l'applicazione del diritto alla fattispecie concreta, la seconda è quella che si presenta fisiologicamente nel corso della pratica legale e che consiste nell'impossibilità per il praticante di cimentarsi in tutte le principali aree del diritto, questo perché ad esempio vi sono materie di cui lo studio presso cui svolgiamo il tirocinio non si occupa oppure per la difficoltà di dedicarsi ad uno studio individuale più approfondito in tal senso.

La *legal clinic* e le linee guida delle Scuole forensi

Fortunatamente ci sono Scuole forensi (ancora troppo poche) che portano avanti iniziative che vanno nella direzione di sopperire, in parte, a queste mancanze. Simulazioni con la collaborazione di magistrati e avvocati del Foro; gruppi di studio per la risoluzione di casi pratici; discussioni libere su specifiche questioni giuridiche; lezioni frontali di avvocati che espongono i retroscena e le scelte difensive in processi da loro seguiti; redazione e correzione di pareri e atti in materie di cui i dominus, generalmente, non si occupano.

Ci sono, però, anche altri possibili metodi che potrebbero avere maggiore spazio nella formazione: uno su tutti, l'innovativa *legal clinic*. Si tratta di un metodo di derivazione anglosassone, ma già adottato in alcuni atenei italiani, mediante il quale gli studenti, affiancati da esperti, vengono messi al lavoro per risolvere e patrocinare casi reali.

Un laboratorio di questo tipo, se organizzato dalle Scuole forensi, consentirebbe a noi professionisti in erba di ampliare il nostro bagaglio di conoscenze, renderci più consapevoli e responsabili del nostro ruolo e alimenterebbe la rete di collaborazione tra avvocati esperti e praticanti.

Ora più di prima, quindi, è giusto focalizzarsi sul ruolo che spetta alle Scuole forensi e su quanto ancora potrebbe essere fatto per i giovani aspiranti avvocati, in termini di qualità, efficienza e responsabilità, dato che è alle Scuole forensi, più che alle Università, che l'aspirante avvocato tenderà a rivolgersi.

Alla conferenza del 9 febbraio u.s. sul tirocinio e sul ruolo della Scuola forense tenutasi a Roma presso la Suprema Corte di Cassazione, sono state rese note le linee guida della formazione a cui la Scuola Superiore dell'Avvocatura intende far fronte, i contenuti essenziali della futura formazione improntati «sul metodo, sulle tecniche di espressione, sulla psicologia giuridica, l'etica professionale, la responsabilità sociale dell'avvocato, le tecniche di gestione di uno studio legale» tutti contribuiti efficienti per una formazione d'avanguardia, a cui ci si augura che tutte le scuole territoriali si ispirino.

Pertanto, se gli obiettivi sono quelli di andare oltre la soglia dell'esame di abilitazione e quindi di guardare in prospettiva di lunga durata, di formare avvocati di qualità, entusiasti e cultori di giustizia, preparati e con solide capacità intellettuali, tecniche e culturali, l'invito alla riflessione è ora più che mai necessario, perché da sola la formazione non basta.

Non si può sottovalutare l'aspetto della pratica di studio e lasciare che il giovane, affascinato e stimolato da tutto ciò che la Scuola forense può dare in termini di formazione, crescita relazionale e stimoli si trovi nei fatti da solo, e perciò necessitato a rubacchiare le tecniche del mestiere.

Tutto ciò determina l'irrimediabile conseguenza che, una volta raggiunto l'obiettivo del superamento dell'esame, il giovane finisca per disaffezionarsi alla professione.

Se vogliamo discutere di proposte efficaci sulla "pratica e formazione che vorrei", se vogliamo che tutto quello che si sta facendo per la formazione non venga perduto, bisogna interessarsi anche ad aspetti quali la qualità della pratica che i giovani svolgono oltre la scuola; bisogna capire, rendersi conto che è un enorme peccato che quel tempo d'oro venga sprecato.

Bisogna battersi affinché i "maestri" degli studi legali, nella cui cultura ed esperienza i praticanti investono ogni giorno in termini di tempo, speranze, voglia di imparare, siano davvero all'altezza di accogliere un praticante, abbiano l'esperienza, il merito e il metodo per insegnare loro la professione.

Giovani qualificati sì, ma anche *domini* qualificati!

La Scuola Superiore dell'Avvocatura ben potrebbe farsi garante nel creare e gestire una banca dati di *domini* o studi legali "accreditati", banca dati di maestri che abbiano *curricula* professionali di alto credito, professionisti che si impegnino con coscienza ad accogliere i giovani nei loro studi e si assumano la responsabilità di educare e formare i futuri giovani avvocati.

Se la pratica forense è un requisito necessario e insostituibile, se il praticante ha diritto ad un'istruzione professionale e all'educazione deontologica, non si può pensare che il solo requisito dei cinque anni di iscrizione all'albo dei domini, siano sufficienti a garantire che il diritto sia soddisfatto.

Ciò che domandano i praticanti è, in buona sostanza, di non essere chiamati a "subire" la formazione, quanto piuttosto di viverla in prima persona, coniugando proficuamente la preparazione alla professione con lo studio finalizzato innanzitutto al superamento dell'esame di Stato (obiettivo a cui, per la verità, è indirizzata gran parte delle energie del praticante).

Le radici culturali e l'Europa nella formazione giuridica

La Scuola Superiore dell'Avvocatura promuove numerose iniziative che, consentendo un confronto con esponenti illustri dell'ambito giuridico, rappresentano esperienze di considerevole rilievo professionale. Senza dimenticare la partecipazione alle visite guidate alle istituzioni e alle corti europee.

Vivere una realtà così affascinante attraverso un contatto diretto con dinamiche sociali e relazionali della realtà giuridica italiana e comunitaria non costituisce solo una formazione umana e culturale indimenticabile, ma esorta giovani come noi a fare sempre di più.

Noi praticanti e giovani avvocati che oggi siamo qui a scrivere, infatti, abbiamo trovato nella Scuola Superiore dell'Avvocatura (la cui funzione viene per la prima volta riconosciuta e, quindi, istituzionalizzata con la nuova legge forense) quel *quid pluris* di cui sentivamo il bisogno: non è un caso che, dopo aver partecipato alle visite alla Corte di Giustizia ed alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, abbiamo dato forma stabile al rapporto che tra noi è sorto dando vita al "Movimento per una avvocatura europea".

Ciò che ci lega è la volontà di dare il nostro contributo affinché l'avvocatura italiana possa assolvere pienamente il suo ruolo sociale, contrastando i fenomeni involutivi presenti nella società ed intensificando la sua presenza nell'Unione Europea, convinti che sia nostro compito quello di affermare il primato del Diritto sull'Economia.

Tutti noi, infatti, riconosciamo i principi di legalità, uguaglianza e fratellanza come nostre radici culturali e guardiamo all'Europa consci della antica tradizione giuridica italiana, fiduciosi che il nostro lavoro possa, nella attuale fase storica, imprimerle una nuova spinta vitale, per una professione libera e indipendente da ogni potere, attenta ai problemi della società e proiettata nel futuro.

Con l'intento di volgere lo sguardo verso un sistema improntato al rispetto delle regole di deontologia, al merito, alla qualità e alla concorrenza, al confronto con professionisti seri ed adeguatamente preparati. Siamo consci di avere bisogno di iniziative tali da determinare un arricchimento culturale e professionale che possa essere all'altezza di un sistema sempre più competitivo e transnazionale.

Se, infatti, da un lato ci rivolgiamo ai domini (o potenziali tali) affinché assolvano all'onere ed all'onore di formare il giovane avvocato con il faro non solo del codice deontologico, ma anche e soprattutto delle Carte fondamentali (e magari interagiscano maggiormente con la Scuola Superiore dell'Avvocatura), dall'altro ci rivolgiamo ai nostri colleghi praticanti e giovani avvocati affinché siano delle vere e proprie spugne che assorbano tutto il meglio che questa professione ha da offrire e, quindi, allo stesso tempo, rilascino solo il meglio, contagiando il prossimo, collega o cittadino comune che sia.

Siamo convinti di non aver bisogno di "azzeccagarbugli", ma di veri cultori del diritto.

Riteniamo sia giunto il momento di restituire alla professione forense il ruolo che si merita.

Perché se è vero che "Giuristi si diventa" come ha felicemente ed efficacemente sintetizzato l'avv. Giovanni Pascuzzi, l'augurio è che qualcuno abbia ancora la voglia ed il coraggio d'insegnarcelo.

Vogliamo ricoprire il ruolo da protagonisti che noi giovani avvocati e praticanti avvocati dobbiamo e intendiamo riprenderci. Per far questo crediamo che il primo passo sia rendersi promotori, ancor più di come stiamo facendo; chiedere, a volte fino a pretendere; pungolare i nostri maestri e non aver timore di presentare iniziative ai direttori e ai tutor delle Scuole di formazione.

La parola chiave per coltivare la professione dell'avvocato, svolta con passione entusiasmo e correttezza, è "collaborare".

Solo così si potranno realizzare le "Cliniche del diritto" cui teorizzava, prima ancora degli anglosassoni, l'avv. Carnelutti.

Solo così la formazione legale, interamente intesa, potrà essere un ponte tra il sapere ed il saper fare.

Solo così l'avvocatura potrà essere a buon diritto considerata allo stesso tempo faro e traino della società italiana ed europea.

Notizie sugli autori

Carmen Andreuccioli

Consigliere parlamentare presso l'Ufficio centrale delle Commissioni permanenti e speciali del Senato della Repubblica.

Gian Luca Ballabio

Avvocato in Perugia.

Nicola Bianchi

Avvocato in Parma e già componente del Consiglio Nazionale Forense.

Elena Borsacchi

Praticante avvocato del foro di Pisa.

Alessandra Bozza

Avvocato in Livorno.

Roberto Conti

Consigliere di Cassazione e componente del Comitato Scientifico del Consiglio Superiore della Magistratura.

David Cerri

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

Matteo D'Angelo

Praticante avvocato del foro di Venezia.

Emanuele Guerrieri Ciaceri

Cultore di Diritto Privato e docente presso l'Università degli Studi di Catania.

Paola Anna Lacorte

Avvocato in Perugia. Presidente A.D.G.I. (Associazione Donne Giuriste Italiana), Sezione di Perugia.

Fabrizio Macagno

Ricercatore e professore ausiliario presso l'Universidade Nova de Lisboa.

Titta Madia

Avvocato in Roma. Componente del Comitato Scientifico della Scuola Superiore dell'Avvocatura.

Alarico Mariani Marini

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

Federico Puppo

Avvocato in Trento. Ricercatore di filosofia del diritto presso l'Università di Trento e segretario del CERMEG, Centro di ricerca sulla metodologia giuridica.

Izaura Puka

Praticante avvocato del foro di Perugia.

Stefano Racheli

Già Sost. Proc. Generale presso la Corte di Appello di Roma. Componente del Comitato Scientifico della Scuola Superiore dell'Avvocatura.

Eva Vittoria Rigamonti

Juris Doctor, Yale Law School (2012), ricercatrice Fulbright Scholar.

Roberta Sorrentino

Avvocato in Napoli.

Giovanni Vaglio

Avvocato in Pisa. Direttore della Scuola forense Alto Tirreno.

Maria Adele Venneri

Praticante avvocato del foro di Cosenza.

Maria Giovanna Ziccardi

Dottore di ricerca in Studi Giuridici Comparati ed Europei presso l'Università degli Studi di Trento.