

CULTURA E DIRITTI

4
2013

CULTURA E DIRITTI

PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista trimestrale • anno II • numero 4 • ottobre-dicembre 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 20/12/2013

Hanno collaborato a questo numero: Guido Alpa, Patrizia Bellucci, Elena Borsacchi, Stefania Cavagnoli, Maria Gabriella Di Pentima, Luca Licitra, Fabrizio Macagno, Alarico Mariani Marini, Roberto Negro, Valeria Panzironi, Federico Puppo, Stefano Racheli, Mario Sanino, Bianca Chiara Sinisi

Abbonamento Annuo: € 90,00

Numeri singoli: € 25,00

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

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

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

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

ISSN 2280-6334

ISBN 978-88-6741-189-4

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

Indice

Fuoricampo

- 9 Lo dico in prosa
Un laboratorio per la scrittura degli avvocati
Alarico Mariani Marini

Fomazione giuridica, formazione forense

- 15 Meditazioni in tema di motivazione
Stefano Racheli
- 21 Il resistibile declino dell'argomentazione razionale
Luca Licitra
- 33 La formazione del giurista tra teoria e pratica
Bianca Chiara Sinisi

Argomentazione e linguaggio

- 43 Giurisdizione e linguaggio
Patrizia Bellucci
- 55 La lingua di genere e il suo rapporto con il linguaggio giuridico italiano
Riflessioni introduttive
Stefania Cavagnoli
- 63 Argomentare in processo
Il "ragionamento per dicotomie" nella strategia difensiva
Parte seconda
Fabrizio Macagno e Federico Puppo

Diritti umani e fondamentali

- 77 Immigrazione e tutela dei diritti umani nel Mediterraneo:
le grandi sfide dell'avvocatura
Guido Alpa
- 89 Le quote di genere negli organi sociali delle s.p.a. quotate e a controllo pubblico
Profili applicativi e problemi aperti
Valeria Panzironi

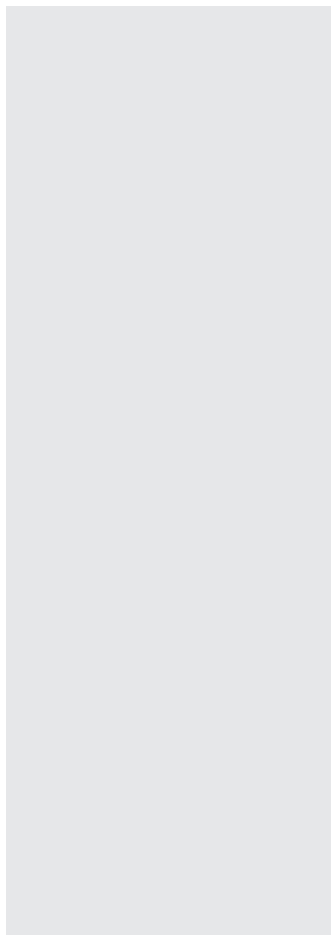
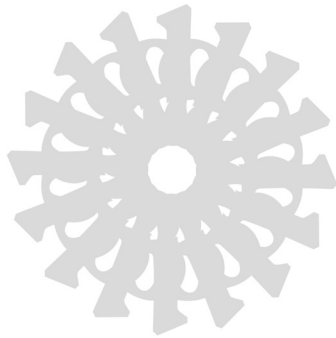
Approfondimenti

- 99 Il processo amministrativo: le impugnazioni
Il doppio grado di giudizio, i principi generali e i mezzi di impugnazione
Parte prima
Mario Sanino
- 111 L'illecito del minore d'età: ricostruzione storico normativa e profili di criticità
della cultura della responsabilità minorile
Elena Borsacchi
- 119 La responsabilità del medico
I rapporti contrattuali di fatto
Maria Gabriella Di Pentima

Cultura e professione

- 127 Giuseppe Verdi avvocato: la censura napoletana di *Un ballo in maschera*
Nicola Bianchi
- 137 Recensione a *Scritti sfaccendati su diritto e letteratura. Da Miguel de Cervantes a Philip K. Dick* di Michele Salazar e Melania Salazar
Roberto Negro

FUORICAMPO



Lo dico in prosa

Un laboratorio per la scrittura degli avvocati

Alarico Mariani Marini

La competenza linguistica degli italiani

È stata di recente pubblicata una indagine internazionale promossa dall'OCSE in 24 Paesi sviluppati sulle competenze alfabetiche e matematiche della popolazione (Piaac). In Italia l'indagine è stata condotta dall'ISFOL sulla popolazione adulta in età compresa tra i 16 e i 65 anni ed ha coinvolto 1.125 rispondenti a un questionario, individuati in aree territoriali dei Comuni italiani. I risultati dell'indagine ISFOL, confrontati con quelli di altri Paesi, dall'Australia alla Russia, al Giappone, agli USA, vedono l'Italia all'ultimo posto, anche dopo Cipro, l'Estonia, l'Irlanda per competenze linguistiche.

La stampa ha dato la notizia con titoli ad effetto mediatico (Italiani nuovi analfabeti-Solo un terzo ha competenze per vivere nel XXI secolo).

In realtà il rapporto avverte che i risultati vanno utilizzati con cautela e non interpretati come dati rappresentativi delle caratteristiche culturali e professionali della popolazione. Ed infatti la ristretta platea di intervistati (1.125 intervistati in Italia su 168.000 circa negli altri Paesi), i contesti di rilevazione in parte circoscritti agli ambienti di lavoro ed anche per competenze di individui a basse qualificazioni diversamente dalle altre esperienze internazionali, la estensione dell'intero questionario solo ad una parte del campione estratto, non consentono una lettura dei dati significativa in relazione alle aree scelte per l'indagine pilota.

Tuttavia il quadro negativo che emerge dall'indagine nel complesso non si discosta in misura rilevante dai dati emersi da indagini mirate e studi condotti in questi anni sui livelli di alfabetizzazione, di lettura e di competenza linguistica della popolazione italiana (De Mauro, Solimine, Istituto Europeo dell'Educazione).

Dalle più recenti statistiche (Istat 2012) emerge che solo il 45,3 per cento della popolazione con età superiore a 6 anni ha letto almeno un libro negli ultimi 12 mesi, percentuale che si riduce al 38,4 per cento nella fascia di età tra i 25 e i 34 anni, e quindi nelle generazioni alle quali è affidato lo sviluppo anche culturale della società nei prossimi anni. Inoltre il successivo test Pisa sulle competenze dei quindicenni nella lettura ha confermato che l'Italia è ferma a quota 490 al di sotto della media OCSE di 496 punti.

Anche i risultati delle indagini sulla competenza linguistica e sulla capacità di comprensione di un testo da parte dei laureati nella fascia di età 25-34 non si discostano dal quadro generale, e ciò ha indotto la Scuola Superiore dell'Avvocatura a promuovere lo scorso anno il "Progetto libro" per accrescere la fre-

quentazione di letture tra i giovani laureati che si accingono ad abbracciare la professione forense.

Lettura, comprensione, scrittura

La scarsa competenza linguistica manifesta i suoi effetti negativi, a volte drammatici, sulla capacità di scrivere, di comporre un testo, di esprimere idee con un uso corretto e appropriato del linguaggio.

Esiste una stretta e inesorabile correlazione tra la applicazione alla lettura, la capacità di comprensione di un testo e l'abilità linguistica per esprimere con efficacia comunicativa il proprio pensiero.

Si tratta infatti di competenze interagenti e indispensabili nelle professioni giuridiche che richiedono la conoscenza dei rapporti umani, sociali, economici ed una formazione culturale che abbracci un insieme di saperi diversi per comprendere e ragionare sui fatti, sulle persone, sulla società in cui viviamo; una cultura che pertanto richiede anche una elevata competenza linguistica.

Il problema in Italia è dove e come si formi una tale competenza.

I dati Istat ci dicono che la percentuale di lettori di libri è più elevata tra gli 11 e i 14 anni (62 per cento), per poi declinare progressivamente con l'aumento dell'età.

Si direbbe che compiuta la scuola primaria le classi di studio superiori non contribuiscono ad accrescere l'applicazione alla lettura e la competenza nella scrittura; nelle università in molti casi scrivere è ritenuto un fuor d'opera.

Nelle facoltà giuridiche (ora Scuole di giurisprudenza) e in quelle letterarie la formazione di una abilità linguistica non è affatto prevista nei corsi di studio, e la scarsa propensione degli studenti ad esercitarsi nella scrittura è considerata una lacuna che si ritiene non spetti agli studi accademici colmare, attenendo ad una dimensione pragmatica degli studi incompatibile con il livello teorico degli insegnamenti.

Scrivere nel diritto e per il diritto

Senonché nelle professioni giuridiche una elevata qualità nello scrivere costituisce la condizione per svolgere con efficacia e utilmente il lavoro.

Per questo la Scuola Superiore dell'Avvocatura ha dato vita ad un "Laboratorio di Scrittura", che si colloca in continuità con il "Progetto libro" diffuso tra i giovani che frequentano le Scuole forensi.

Il progetto si propone di affrontare su un terreno operativo la criticità rappresentata da una crescente disabilità nello scrivere non soltanto tra i giovani, che moltiplica i suoi effetti negativi in una professione nella quale l'uso della parola e la capacità di comunicare sono strumenti indispensabili e non solo nelle aule di giustizia.

Per questo non contempla direttamente le tecniche di redazione degli atti giudiziari, anche se questi trarranno grande giovamento da una accresciuta

competenza linguistica e nella costruzione di un testo destinato al processo. L'obiettivo è soprattutto quello di sollecitare un impegno sulla centralità di una cultura cartacea dello scrivere per ancorare la parola ad un pensare razionalmente ed eticamente corretto e fortemente radicato nella realtà.

Si scrive infatti per trasmettere conoscenze, opinioni, idee, argomenti o per raccontare e descrivere fatti attraverso saggi, pareri, memorie, relazioni, rapporti, articoli per giornali o riviste. A seconda di ciò che intendiamo comunicare e dei contesti e dei destinatari della comunicazione, e quindi se vogliamo esprimere conoscenze o opinioni o tesi argomentative, occorrerà narrare dei fatti o esporre giudizi o svolgere ragionamenti.

In ogni caso si tratta di forme di comunicazione che richiedono abilità narrative, senso critico, applicazione delle tecniche di costruzione del ragionamento persuasivo, correttezza nell'uso appropriato del linguaggio e nella formazione di un testo.

Anche quando il discorso verte su temi che riguardano in modo diretto o indiretto il diritto, e quindi le conoscenze, le discipline, le tecniche che costituiscono la necessaria dotazione culturale del giurista, la scrittura rappresenta il tessuto linguistico (testo da *textus*) che si realizza con l'uso della parola come strumento di comunicazione del pensiero.

Sebbene non si tratti di scrittura letteraria e romanzesca, anche la creatività è un elemento che, se abilmente impiegato, può concorrere alla efficacia della comunicazione, alla qualità e alla originalità della scrittura, alla capacità di esprimere il proprio pensiero e quindi di determinare la comprensione e l'adesione del destinatario del messaggio.

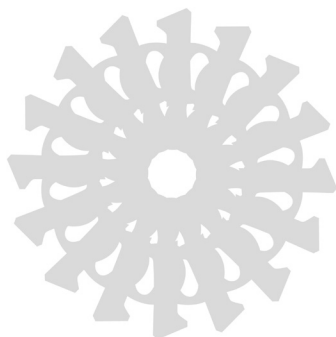
Scrivere come navigare

La forma della scrittura e il linguaggio di cui è intessuta, sono anche in funzione dell'etica e dei valori ai quali ogni pensiero si ispira. Si è sostenuto, ad esempio, che il linguaggio del racconto che descrive la violenza sulle donne può contribuire a creare nuovi modelli culturali di genere e un immaginario in cui il rispetto della persona costituisca un valore condiviso.

Inoltre la chiarezza e la precisione nei discorsi complessi, la linearità e la concisione nella scrittura argomentativa realizzano la forma e lo stile di un testo i cui contenuti razionali si coniugano con il rigore nel metodo e con la fedeltà ai fatti, e rifiutano l'ambiguità e l'artificio del discorso ingannevole.

Come ha scritto Patrizia Bellucci rivolta ai giuristi: "In sintesi è linguisticamente abile chi ha un'alta competenza comunicativa, cioè nel nostro caso, chi possiede il più alto numero di varietà e registri dell'italiano e conosce le regole sociali d'uso e di selezione. Come diceva già Ferdinand de Saussure, 'La lingua è fatta per vivere nella società come un vascello è fatto per navigare in mare'. E nessuno può guidare un vascello dritto e sicuro sulla sua rotta e verso la sua meta senza aver imparato a farlo".

FORMAZIONE GIURIDICA, FORMAZIONE FORENSE



Meditazioni in tema di motivazione*

Stefano Racheli

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

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

Il mio cammino, lungo l'*Holzweg* di cui vado trattando, iniziò tanti anni or sono, quando – uditore giudiziario nuovo di zecca – sentivo immancabilmente risuonare, in camera di consiglio, il quesito di rito: “Reggerà la motivazione?”. Mi incuriosiva il fatto che, nella preoccupazione di chi era chiamato a giudicare, prevalesse la “veste” della decisione sul contenuto e l'appropriatezza della

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

¹ Così P. CHIODI, *Introduzione* a M. HEIDEGGER, *Sentieri interrotti*, La Nuova Italia, Firenze 1968, p. 9.

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

decisione stessa³. La mia curiosità si trasformò ben presto in un quesito che vorrei qui esprimere, parafrasandole, con le parole di Gadamer: «Al di là di ciò che intendiamo fare, cos'è che accade quando applichiamo una norma?»⁴. Possiamo affermare che ciò che avviene nel processo è – al fondo – la costruzione di un sillogismo che trova epifania nella motivazione?

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

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

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

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

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

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

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

⁷ ARISTOTELE, *Retorica*, 1374b12 ss.

⁸ Afferma Kant: «Se l'intelletto, in generale, è definito come la facoltà delle regole, la capacità di giudizio è allora la facoltà di sussumere sotto le regole, cioè di distinguere se qualcosa cada o no sotto una regola data (*casus datae legis*). [...] Allora risulta chiaro che l'intelletto è bensì capace di venir istruito e provveduto mediante regole, ma che la capacità di giudizio è un talento particolare, il quale non può essere insegnato, ma soltanto essere *esercitato* [...]. Perciò un medico, un *giudice* o un uomo politico, può avere in capo molte belle regole patologiche, giuridiche o politiche, al punto di poter diventare un profondo insegnante in

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

Qualcosa di simile¹⁰ andava dicendo L.A. Muratori, allorché, nel suo *Dei difetti della giurisprudenza*, affermava: «Ho conosciuto giudici, che s'erano logorato il capo in leggere libri di giurisprudenza ed aveano sotto mano zibaldoni grossissimi di conclusioni e notandi, tutti scritti dalla loro infaticabile mano. Saran pure stati gran dottori. Certamente erano creduti tali. E al sentire poi, che sfibbiavano tanti paragrafi, tante decisioni ed altre autorità legali, non si potea di meno di non tenerli per arche di sapere. Ma per disgrazia mancava loro il meglio, cioè quel giudizio di cui ora parlo. Non sapevano essi trovar le ragioni e le diversità delle cose, dette anche dagli altri, non entravano queste nelle ristrette loro teste. Possedevano gran copia di conclusioni, ma senza conoscere quai calzari si dovessero applicare ai diversi piedi. L'ordinario contegno di questi tali, che raziocinar non sanno, suol essere di far gran capitale dell'autorità dei dottori e dei tribunali che han deciso su quelle controversie. Quanto più lunga è la fila degli autori allegati, tanto più si figurano essi d'aver trovato il sicuro fondamento del decidere. Si può egli mai dare (dicon il lor cuore) che uomini grandi, e in tanto numero e in libri stampati, abbiano potuto convenire in quella conclusione o decisione, senza potentissime ragioni? Così sulla fede degli altri, e non per chiara cognizion dei motivi concludenti, arrivano essi a dar, come Dio vuole, una sentenza. Hanno eglino colto nel segno? Può essere che sì, ma potrebbe anche essere di no»¹¹.

Sempre in Aristotele, troviamo una frase illuminante: «Dunque il pensiero non è il principio (*arché*) del pensiero né la deliberazione (*boulé*) della deliberazione»¹². Per dirla con un proverbio russo, «se il tuo cuore è una rosa, la

proposito, e tuttavia cadere facilmente in errore nell'applicazione di esse, o perché manca di capacità naturale di giudizio (sebbene non manchi di intelletto) ed egli può sì intendere l'universale *in abstracto*, ma non sa distinguere se un caso, in concreto sia subordinato ad esso» (I. KANT, *Critica della ragion pura*, Adelphi, Milano 1976, pp. 214 ss.).

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

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

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

¹² ARISTOTELE, *Eth. Eud.*, 1248a21. Mi corre l'obbligo di avvisare che l'affermazione di Aristotele cade in un contesto correlato ad una problematica affatto diversa da quella qui affrontata.

tua bocca dirà parole profumate» ovvero, parafrasando il noto proverbio latino, «*rem tene, expositio argumentorum sequitur*». Il discorso non è autosufficiente, ma è sempre in relazione ad una realtà¹³ e alla “qualità” di chi si esprime. Per questo Aristotele afferma che «il giudice intende *essere* come la giustizia vivente»¹⁴: una “giustizia vivente” che non si fonda sull'appartenenza ad una casta, ma all'avvenuta conquista della saggezza, così divenendo ragionevole che il giudice sia appellato con i termini (usati dal linguaggio aristotelico) di “eccellente” (*spoudaios*) ovvero “saggio/prudente” (*phronimos*).

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

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

Insistere sulle radici non meramente logiche della decisione (e, conseguentemente della motivazione) non vuol dire, ovviamente, negare rilevanza alla logica e alla necessità di una corretta argomentazione, ma significa evidenziare il fatto che il “giudicare” è attività composita, che non si identifica né si esaurisce con la motivazione: «le virtù pratiche dell'uomo» – afferma Gadamer – «sono fondamentalmente strutture dell'essere e ciò significa che queste ultime hanno la loro dimora nell'essere: nell'essere-giusto e non nel mero sapere». Significa, soprattutto, acquistare consapevolezza del fatto che il “giudicare”, proprio in quanto attività non “matematica”, non è attività che possa compiersi in solitudine.

La “dialettica processuale” è molto più che consentire a ciascuno, democraticamente, la possibilità di dire la sua o – cosa ancor più rilevante – permettere

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

¹⁴ Cfr ARISTOTELE, *Eth. Nic.*, 1132 a 22. Il corsivo, ovviamente, è mio.

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

¹⁶ ARISTOTELE, *Eth. Eud.*, 1216b20.

l'esercizio del diritto di difesa: è un ricollegarsi al fondamento dall'agire umano e alla distinzione tra *praxis* e *poiesis*; come dire: la legge del produrre non è la legge dell'essere.

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

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

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

Sarebbe certo un errore, come sopra si è accennato, dimenticare gli aspetti "logici" implicati dall'applicazione della norma (detta applicazione, infatti, presuppone anche un conoscere), ma errore ancor più grande sarebbe ridurre il suo fondamento ad una mera logicità, così riducendo la applicazione stessa – e l'argomentazione che ne costituisce epifania – a evento meramente logico. Ecco perché Aristotele parla con insistenza di "un certo sapere": «Le cose che è proprio dell'uomo buono fare, non è per il fatto di conoscere che noi siamo più atti a farle, se è vero che le virtù sono delle "disposizioni"»²¹. "Disposizioni" traduce il termine greco *exis*, difficilmente traducibile, stante il suo significato filosofico di fondo, che allude a uno stato abituale e "radicale" ottenuto; a una sorta di "attuazione permanente" di ciò che siamo chiamati a essere.

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

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

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

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

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

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

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

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

Il resistibile declino dell'argomentazione razionale

Luca Licitra

Nel recente decreto legge denominato «del fare» (d.l. 21 giugno 2013 n. 69) l'art. 79 interveniva sull'art. 118 disp. att. c.p.c. «semplificando» ulteriormente la motivazione della sentenza civile e prevedendo che la stessa potesse consistere «nella concisa esposizione dei fatti decisivi e dei principi di diritto su cui la decisione è fondata, anche con esclusivo riferimento a precedenti conformi ovvero mediante rinvio a contenuti specifici degli scritti difensivi o di altri atti di causa». La disposizione entrava in vigore il giorno successivo alla pubblicazione del decreto legge in gazzetta ufficiale (e quindi il 22 giugno) ma è stata espunta in sede di conversione.

La motivazione della sentenza (civile) era già stata oggetto di «semplificazione», da parte del legislatore del 2009, con l'espunzione dalla stessa della «concisa esposizione dello svolgimento del processo» (art. 132 c.p.c. nel testo previgente) e dell'«esposizione dei fatti rilevanti per la causa», sostituita da una esposizione degli stessi fatti che deve essere «succinta» (art. 118 disp. att. c.p.c.). E l'esposizione dei «motivi in fatto e in diritto» è stata sostituita dall'esposizione delle «ragioni di fatto e di diritto» (art. 132 c.p.c.), con una modifica non facilmente intellegibile (non è insomma chiaro in cosa le «ragioni» si distinguano dai «motivi»), mentre infine le «ragioni giuridiche della decisione» possono farsi anche «con riferimento a precedenti conformi» (art. 118 disp. att. c.p.c.). È probabilmente vero che non sembrano novità «da far tremare le vene»¹, almeno se si guardano le cose da un punto di vista esclusivamente interno al processo; tuttavia il tentativo del legislatore di intervenire, fra l'altro in via di urgenza, sulla motivazione della sentenza, ulteriormente semplificandola, fa sorgere qualche perplessità.

C'è ovviamente la massima comprensione nei confronti dei magistrati che, spesso gravati da un carico non indifferente, non devono essere tenuti alla redazione di atti giudiziari dal contenuto esorbitante rispetto alle effettive necessità, anche se si può forse convenire con Pascal che, nello scrivere una lettera, si scusava con il destinatario della stessa della sua prolissità e si giustificava dicendo di non avere avuto il tempo di scriverne una più breve (è insomma

¹ R. RORDORF, *Nuove norme in tema di motivazione delle sentenze e di ricorso per Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, I/2010, p. 135. Il quale però sottolinea come si siano notevolmente aggravati gli oneri per gli avvocati che, nei successivi gradi del giudizio e, in particolare, in quello di Cassazione (ove va rispettato il principio dell'autosufficienza del ricorso), allorché intendano far valere *errores in procedendo* a fronte di una sentenza che non contiene più l'esposizione dello svolgimento del processo.

vero che scrivere un testo breve talvolta necessita di più tempo che scriverne uno lungo). E si è anche consapevoli che la necessità, per avvocati e magistrati, di redigere atti «in maniera chiara e sintetica» è addirittura imposto dalla legge (art. 3 codice processo amministrativo) e da una serie di istruzioni dettate dalle Alti Corti (da ultimo è intervenuto in tal senso anche il primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione). Si vuole tuttavia sottolineare l'importanza della motivazione dell'atto con il quale si esprime al massimo grado la funzione giurisdizionale (la sentenza) e dei rischi che si possono correre a volerla semplificare eccessivamente.

La motivazione nella Costituzione

Il punto di partenza di ogni considerazione deve essere la Costituzione repubblicana che, all'art. 111, prevede che «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati». È significativo che, mentre con riguardo agli atti amministrativi, la costituzione ne prevede la necessaria motivazione solo in alcuni casi (cfr. artt. 17, 125 e 130 Cost.)², con riguardo ai provvedimenti giurisdizionali (e solo con riguardo ad essi) se ne prevede l'obbligo generalizzato di motivazione³. Un obbligo di motivazione così esteso, costituzionalmente imposto, è previsto solo dalla costituzione greca e da alcune costituzioni di paesi sudamericani, mentre in Germania si è tentato di farlo derivare da altre garanzie costituzionali⁴. La dottrina tedesca che ha sviluppato questo tentativo coglie nel segno: la nostra costituzione, infatti, secondo la tesi che appare preferibile, non si è limitata a fare proprio un obbligo di motivazione già imposto dalle norme processuali ma lo ha inserito nel più ampio tessuto di garanzie costituzionali che circondano la funzione (e il potere) giurisdizionale tra le quali – in particolare – la soggezione del giudice solo alla legge, l'esercizio della giurisdizione in nome del popolo con possibilità per questo, in determinate forme, di parteciparvi, la garanzia del diritto di difesa, ecc. In questo modo si è esaltata la funzione della motivazione non solo all'interno ma anche e soprattutto all'esterno

² È però significativo che la Corte Costituzionale abbia affermato che «l'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi è diretto a realizzare la conoscibilità, e quindi la trasparenza dell'azione amministrativa. Esso è radicato negli artt. 97 e 113 Cost., in quanto, da un lato, costituisce corollario dei principi di buon andamento e d'imparzialità dell'amministrazione e, dall'altro, consente al destinatario del provvedimento, che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela giurisdizionale» (Corte Cost., sent. n. 310/2010, cit. in F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, I-II/2012, pp. 65-66). Anche la motivazione del provvedimento amministrativo, pertanto, come quella del provvedimento giurisdizionale (su cui v. *infra* nel testo), risponde alla duplice esigenza di controllo da parte della collettività e di garanzia di giustiziabilità in favore dell'interessato.

³ P. CARETTI, *Motivazione. I) Diritto costituzionale*, in *Enc. Giur.*

⁴ M. TARUFFO, *Motivazione. VI) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.*

del processo: essa garantisce la possibilità di controllo del *decisum* sia agli avvocati e alle parti (che contro di esso possono proporre le impugnazioni in ipotesi previste dall'ordinamento) sia, in senso più ampio, alla società e, anzi, al popolo, in nome del quale la giustizia viene amministrata⁵.

Storicamente, infatti, l'obbligo di motivare le sentenze si fa risalire al tentativo del sovrano di controllare le decisioni dei giudici e fu infatti osteggiato dai giudici dell'*ancien régime*⁶: di tale vicenda storica può conservarsi il fatto che, essendo oggi sovrano il popolo (art. 1 Cost.), questo ha il diritto di controllare l'operato dei giudici che la giustizia amministrano in suo nome, appunto mediante la pubblicità e l'intellegibilità delle motivazioni delle sentenze. Ferrajoli ha al riguardo sottolineato che la giurisdizione è essenzialmente attività di accertamento cognitivo (di fatti, di atti o di situazioni); per questo essa deve trovare la necessaria giustificazione in una "motivazione" che dia conto dei risultati cui perviene (cognizione del fatto e ri-cognizione del diritto). Se la (duplice) argomentazione (in fatto ed in diritto) su cui la sentenza si fonda è vera, allora essa sarà "valida" dal punto di vista interno al processo e giusta dal punto di vista esterno al processo (e cioè della legittimazione politica del giudice)⁷.

Ciò dà anche conto della differenza tra i sistemi di *civil law* nei quali l'obbligo della motivazione è in genere imposto dalla legge e quelli di *common law* nei quali un tale obbligo non c'è, anche se vi è in tal senso una prassi giudiziaria consolidata (in Inghilterra peraltro più che negli Stati Uniti)⁸: la diversa

⁵ P. CARETTI, *op. cit.*, p. 2.

⁶ A. MARIANI MARINI, *Il tempo che verrà. Avvocatura e società*, Pisa University Press, Pisa 2012, pp. 121-127.

⁷ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia - 2. Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2009, pp. 212-214. L'Autore, fra l'altro, dal carattere cognitivo dell'esercizio della giurisdizione, volto all'accertamento della verità dei fatti, fa discendere l'imparzialità, la terzietà e l'indipendenza della magistratura da qualsiasi altro potere, ivi compresi quelli rappresentativi della maggioranza popolare: «Nessuna maggioranza, neanche l'unanimità dei consensi o dei dissensi, può rendere vero ciò che è falso o falso ciò che è vero. Consensi e dissensi non aggiungono nulla alla falsità o alla verità delle motivazioni». Considerazioni – queste – che confermano come gli avvocati (che, con la magistratura, condividono, sia pure da punti di vista e con ruoli diversi, lo sforzo della ricerca della verità nella tutela dei diritti garantita dall'esercizio della giurisdizione) debbano essere guardinghi nei confronti di quanti attentano all'indipendenza della magistratura: «L'indipendenza dell'avvocato è [...] speculare all'indipendenza della magistratura [...] Difendere l'indipendenza della magistratura significa quindi anche dare effettività all'indipendenza dell'avvocatura» (A. MARIANI MARINI, *op. cit.*, p. 84). Sulla motivazione come strumento per il controllo sociale dell'operato del giudice (intrinsecamente «politico» in quanto comporta scelte discrezionali tra più soluzioni possibili) cfr. anche P. CARETTI, *op. cit.*, p. 2. Si anticipa qui che non vi è contraddizione tra l'affermazione secondo cui l'esercizio della giurisdizione è orientato all'accertamento della verità e quella secondo cui la stessa implica scelte discrezionali: cfr. quanto si dirà *infra* a proposito della duplice operazione ermeneutica compiuta dal giudice, in fatto ed in diritto.

⁸ M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 1.

fonte di legittimazione del giudice nei due sistemi (burocratica e di carriera nei primi, elettivi nei secondi, in particolare in quello statunitense) fa sì che nei secondi si stemperi l'obbligo di motivazione quale garanzia extra-processuale di controllo sull'operato del giudice stesso.

La motivazione come relazione (e non *per relationem*...)

La motivazione della sentenza, allora, “risponde”(all'interno del processo) alla “pro-vocazione” delle parti che, contendendo davanti al giudice, ne “in-vocano” giustizia; essa, inoltre, “risponde”(al di fuori del processo) alla pretesa di controllo sociale sull'operato del giudice⁹. La motivazione, allora, è per sua intrinseca natura “responsiva”; è necessariamente un atto di comunicazione linguistica che entra in relazione con le parti, gli avvocati e, in definitiva ed almeno potenzialmente, con l'intera società.

È un testo che quindi vuole comunicare qualcosa in modo significativo a tutti i possibili uditori cui si rivolge. Deve pertanto essere “comprensibile”, “vero”, “verace” e “giusto”: deve cioè argomentare in modo sensato e comprensibile ciò che sostiene, deve presupporre la possibilità della verità e della validità delle sue affermazioni, deve essere esso stesso seriamente e sinceramente persuaso della verità di quanto afferma e deve infine rispettare le norme che governano il suo stesso argomentare (ad esempio il principio del contraddittorio, ecc.). In tal modo il testo motivato interpella l'interlocutore dell'argomentazione, dal quale è stato pro-vocato e a sua volta lo pro-voca all'adesione e ad esprimere il proprio consenso in ordine all'esito dell'argomentazione stessa o, viceversa, lo pro-voca al dissenso, con l'esercizio del diritto di impugnativa¹⁰.

Il *decisum* del giudice, il suo *ver-dictum*, quindi, non solo deve essere ma deve anche apparire “giustificato” e la motivazione costituisce appunto il percorso logico che fonda la giustificazione della decisione e la pone al riparo da ogni accusa di arbitrarità e di infondatezza, con la pretesa di essere anche “persuasiva”, nei confronti delle parti e della società, in ordine agli esiti ultimi cui perviene¹¹.

⁹ P. CARETTI, *op cit.*, collega l'obbligo costituzionale di motivazione anche al tema della responsabilità civile del magistrato.

¹⁰ Sono le quattro «pretese di validità» di ogni argomentazione sviluppate per primo da J. HABERMAS (*Teoria dell'agire comunicativo*, Il Mulino, Bologna 1986) e poi riprese da K.O. APEL (*Limiti all'etica del discorso?*, in AA.VV., *Etiche in dialogo*, Marietti, Genova 1990). È interessante notare come un «principio di sincerità» (analogo a quello di “veracità” esposto nel testo) sia stato individuato anche nell'ordinamento costituzionale italiano da M. LUCIANI, *Il «principio di sincerità» nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol dir.*, IV/2010, pp. 575-607.

¹¹ M. TARUFFO, *Motivazione. III) Motivazione della sentenza - dir. proc. civ.*, in *Enc. Giur.*, sottolinea la necessità della “giustificazione” della sentenza come diretta conseguenza dell'obbligo di motivazione costituzionalmente imposto. S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà*

Motivazione «in fatto e in diritto»: la posizione e l'interpretazione della norma...

Quali allora le caratteristiche dell'argomentazione racchiusa nella motivazione di una sentenza, nel duplice profilo del "fatto" e del "diritto"? Certamente la bontà della motivazione non si misura con la sua lunghezza (sarebbe ovviamente inutile inserirvi *obiter dicta*), ma con la sua qualità, data dalla completezza, esaustività e forza persuasiva.

Utilizziamo, per semplicità, lo schema del "sillogismo del giudice", presupponendone l'attuale validità, nel quale la premessa maggiore è data dalla norma giuridica, quella minore è data dall'accertamento del fatto (e conseguente sussunzione nella fattispecie astratta) e la conseguenza è il *decisum* del giudice.

Innanzitutto la posizione della premessa maggiore: operazione questa già di per sé complessa perché postula, a sua volta, la risoluzione del triplice problema: *a)* dell'individuazione della norma, in un sistema complesso e multilivello quale è ormai il nostro; *b)* dell'interpretazione della norma individuata; *c)* della possibilità che la fattispecie non si "sussuma" in nessuna norma in quanto nessuna norma disciplina il caso concreto.

- a)* Che per decidere una controversia occorra ormai avere presente non solo il diritto interno ma anche quello comunitario e la giurisprudenza della corte di Strasburgo sulla convenzione europea dei diritti dell'uomo è ormai un dato assolutamente pacifico che qui si dà per scontato e non bisognoso di ulteriore argomentazione. Si vuole far presente che la posizione del «diritto vivente» quale premessa maggiore della sentenza comporta spesso la necessità di interpretare la norma nazionale, quella comunitaria e quella convenzionale e di procedere poi al confronto tra le stesse per tirarne le relative conseguenze: interpretazione "convenzionalmente e comunitariamente" orientata della norma interna, rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea o disapplicazione del diritto interno per applicare quello comunitario o, infine, rimessione degli atti alla Corte costituzionale nel caso di contrasto della norma interna con quella convenzionale.
- b)* La norma, comunque individuata, va poi interpretata dal giudice prima di sussumervi in essa il caso concreto. L'interpretazione della norma è operazione non eliminabile in quanto il testo normativo (ogni testo, sia esso letterario o normativo, ma lo stesso è a dirsi per ogni opera d'arte), nel momento stesso in cui viene in vita, vive di vita propria, superando la stessa soggettività ed intenzionalità di chi lo ha "posto" (lo ha cioè fatto diventare "positivo"), così aprendosi all'interpretazione dei contemporanei e

delle norme, Giuffrè, Milano 1981, considera la giustificazione della norma di legge il fondamento della sua vincolatività giuridica. Il parallelismo tra sentenza e norma di legge, peraltro, è più che legittimo, consistendo entrambe in un comando dal carattere vincolante, tanto che la giurisprudenza pacificamente ritiene che per l'interpretazione della sentenza deve aversi riguardo ai canoni ermeneutici fissati nelle disp. prel. cod. civ. per l'interpretazione delle leggi e non a quelli fissati dal cod. civ. per l'interpretazione dei contratti.

dei posteri; l'interprete, ovviamente, non si muove nel vuoto, ma si inserisce nella storia delle interpretazioni di coloro che lo hanno preceduto¹². Sotto questo profilo c'è chi ritiene che «si può convenire con Richard Dworkin che il diritto non si trova nei diritti e nei codici bensì nella grande catena dei giudici che, tutti insieme, narrano un indeterminabile racconto cui ciascuno contribuisce con un singolo capitolo»¹³. Anche la Corte di Cassazione ha sottolineato la necessità di considerare il «diritto vivente» atteso che l'«evoluzione interpretativa [...] si comprende più agevolmente adoperando la distinzione tra disposizione e norma, basata sulla circostanza che tra il momento dell'introduzione da parte del legislatore della regola [...] ed il momento dell'interpretazione e dell'applicazione della regola stessa a fattispecie concrete, per lo più in situazioni conflittuali e perciò portate all'esame del giudice, intercorre una certa distanza temporale durante la quale possono intervenire svariati fattori. Tra questi primeggia l'interpretazione dei giudici di legittimità [...] ma anche dello stesso giudice delle leggi [...]». In altri termini, si può anche affermare come nel sistema costituzionale delle fonti la disposizione è considerata parte di un testo non ancora confortato dal lavoro interpretativo [...] mentre la norma, in un'accezione più ristretta di quella comunemente adoperata, è un testo già sottoposto ad elaborazione interpretativa rilevante [...]. L'attività di interpretazione, infatti, da un lato, comporta pur sempre una serie di scelte o di opzioni tra i diversi significati desumibili dal testo della disposizione o ritenuti possibili alla stregua dei principi costituzionali, dall'altro è influenzata, sotto il profilo sistematico, da una serie infinita di collegamenti tra varie disposizioni appartenenti al macrosistema [...]. Tali operazioni interpretative, da non considerare come momenti di precomprensione (*Vorverständnis*), vengono a determinare la formazione di un "diritto vivente" in continua evoluzione che risulta più o meno differenziato dall'originario significato della disposizione scritta, introdotta in una certa epoca dal legislatore»¹⁴. È sufficiente ricordare l'evoluzione interpretativa dell'art. 2043 c.c. (ad esempio con riguardo alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi) o dell'art. 2059 c.c. (con riguardo alla risarcibilità del danno non patrimoniale) per intendere con facilità di cosa si stia parlando. Ma è sufficiente anche guardare all'infinità dei casi che vanno sussunti in "clausole generali" o "norme elastiche" (buona fede, giusta causa, giustificato motivo, abuso del diritto, ecc.) per capire le difficoltà cui va incontro l'interprete, specie quando, con riguardo ad una

¹² Su entrambi tali assunti cfr. H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Bompiani, Milano 2001, *passim*.

¹³ C. MESSNER, «Diritto vivente» - *performativo, non discorsivo*, in *Pol. dir.*, III/2011, pp. 422-423, che cita R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge University Press, Harvard, 1977.

¹⁴ Cass., sez. un., 2 agosto 1994 n. 7194, Pres. Brancaccio, Rel. Carbone, citata nell'interessante relazione tematica n. 31 della Corte Suprema di Cassazione: *L'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, in www.cortedicassazione.it, Roma, 29 marzo 2011.

fattispecie concreta nuova ed inedita, non si è ancora formato un “diritto vivente” da seguire.

- c) Ma c'è un'ultima possibilità: che non ci sia norma che disciplini il caso concreto che il giudice è comunque pro-vocato a decidere. Sono i casi considerati da Natalino Irti¹⁵, nei quali il sillogismo non funziona più, atteso che questo presuppone la precisa individuazione della norma, e nei quali pertanto il giudice è costretto ad ascendere dalla legge ai valori e a decidere la controversia in base a questi ultimi¹⁶. Il caso di Eluana Englaro, in cui la Suprema Corte ha pronunciato un *dictum* decisivo¹⁷ nell'assordante silenzio della politica su questi temi eticamente sensibili, è chiaramente indicativo di un'ipotesi del genere: «la scelta finale sembra più che altro dettata da differenti concezioni filosofiche e culturali della vita e della libertà dell'individuo, più che da sicure ragioni giuridiche che possano realmente condurre ad affermare la prevalenza di un bene supremo (la dignità connessa all'autodeterminazione) rispetto ad altro bene supremo (la vita)»¹⁸.

In definitiva, già la “posizione” della norma (= premessa maggiore del sillogismo = «ragioni giuridiche della decisione», secondo la dizione del vigente art. 118 disp. att. c.p.c.), costituendo un'operazione interpretativa discrezionale, nella quale inevitabilmente il giudice svolge un ruolo “politico”, esige una motivazione adeguata, sincera e persuasiva, che dovrebbe dare conto dell'opzione seguita, delle ragioni che la sostengono e la rendono preferibile rispetto a quella opposta (che parimenti dovrebbe essere enunciata e criticata) e, in definitiva, delle scelte valoriali che ne stanno alla base¹⁹.

¹⁵ Cfr. il capitolo «Il terzo decide la causa», di *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari 2011, pp. 65-73.

¹⁶ Su una forte critica alla giurisprudenza che voglia dare diretta attuazione a valori (anche, in ipotesi, costituzionali) cfr. C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Morcelliana, Brescia 2008: «In una comunità la cui costituzione contempla un legislatore e delle leggi, è compito del legislatore e delle leggi da lui poste stabilire la mediazione attraverso regole calcolabili e attuabili, e scongiurare il terrore dell'attuazione diretta e automatica del valore [...] Un giurista che accetti di diventare esecutore diretto di valori [...] si risolve] ad assumere il ruolo di colui che valuta, rivaluta, sopravvaluta o svaluta, e a pronunciare, in quanto soggetto portatore di valori e sensibile ad essi, sotto forma di sentenze aventi forza di legge, le determinazioni di un ordinamento gerarchico di valori soggettivi o addirittura oggettivi» (pp. 67-69; corsivo nostro).

¹⁷ Ci si riferisce a Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, I/2007, 3025.

¹⁸ G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, I/2011, pp. 75-76.

¹⁹ E ciò anche a voler prescindere dalla questione posta da Irti (*op. cit.*) e, cioè, se, come egli ritiene, la scelta tra i valori in conflitto costituisca esclusivamente un atto di pura volontà da parte del “decidente”.

... e l'accertamento del fatto

La premessa minore del sillogismo del giudice è costituita dall'accertamento in fatto. Al momento, il codice di rito prevede la «succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa» (art. 118 disp. att. c.p.c.). In coerenza con le «pretese di validità» riportate sopra, deve anzitutto convenirsi che il processo è strumento volto all'accertamento della verità e che pertanto esso a tale accertamento deve istituzionalmente tendere, almeno come «ideale regolativo che non si raggiunge nella pratica, ma che tuttavia è indispensabile per orientare nella direzione corretta le scelte – anche conoscitive – che si compiono nelle esperienze più diverse»²⁰.

Anche sotto questo punto di vista le cose spesso non sono semplici perché i contorni del “fatto” non sempre sono chiari. Taruffo²¹ ha mostrato di recente come possano darsi moltissime combinazioni possibili in ordine alle situazioni probatorie emerse nel corso del processo: un fatto è provato come vero; esiste una debole prova della verità di un fatto; non esiste la prova della verità di un fatto; un fatto è provato come falso; esiste una debole prova della falsità di un fatto; non esiste prova della falsità di un fatto. Di tutte tali situazioni è poi possibile la più varia combinazione a fronte della molteplicità di fatti che entrano nel processo.

Se così stanno le cose, la motivazione in fatto dovrebbe argomentare, in modo persuasivo perché coerente dal punto di vista logico-formale, le fonti del convincimento del giudice, l'attendibilità e la concludenza in ordine alla scelta, tra le complessive risultanze del processo, di quelle ritenute maggiormente idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad essi sottesi, dando così prevalenza all'uno o all'altro dei mezzi di prova acquisiti.

Correlativamente, almeno fino ad oggi, a tanto si è esteso il potere di controllo del giudice di legittimità in forza del motivo di ricorso di «omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione» di cui all'art. 360, comma 1, n. 5) c.p.c., senza ovviamente alcuna possibilità di riesaminare il merito dell'intera vicenda processuale²². Tale norma è però stata modificata dal legislatore del 2012 (d.l. 22 giugno 2012 n. 83) che, non a caso, ha espunto ogni riferimento alla «motivazione», prevedendo quale motivo di ricorso unicamente «l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio». La giurisprudenza che si formerà sul punto ci dirà come

²⁰ M. TARUFFO, *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, IV/2012, pp. 1117-1135; la citazione è a p. 1130.

²¹ M. TARUFFO, *Situazioni probatorie. Aspetti logici della decisione sui fatti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, II/2013, pp. 497-506.

²² Cfr., esemplificativamente, la massima di Cass. civ., sez. trib., 16 dicembre 2011 n. 27197, in *Giust. civ. mass.*, XII/2011, p. 1786; analogamente, parla della necessità che la motivazione contenga una «disamina logico-giuridica che lasci trasparire il percorso argomentativo seguito» e che espliciti «il ragionamento critico volto a giustificare l'adesione ed il rifiuto alle opposte ragioni di diritto espresse». Cass. civ., sez. trib., 20 luglio 2012, *ibid.*, VII-VIII/2012, p. 940 (corsivo nostro).

la Suprema Corte vorrà interpretare tale norma e, in particolare, la latitudine che si vorrà assegnare al vizio in questione; è certo però che anche tale novella segna un ulteriore “depotenziamento” della motivazione, che non potrà più essere censurata in modo altrettanto penetrante come in passato²³. È peraltro significativo che nel previgente (e soppresso) vizio di insufficienza della motivazione venivano in genere ricondotti dalla giurisprudenza i casi in cui il giudice di merito si era distaccato dagli *standard* logici che sovrintendono all'interpretazione delle “norme elastiche” (quelle che contemplano concetti quali “buona fede”, “giusta causa”, ecc.), mutevole con la mutevolezza dei tempi e del contesto sociale²⁴. La modifica pertanto rende probabilmente impossibile il sindacato della Corte sull'interpretazione che i giudici di merito daranno di quei concetti elastici che tanta parte hanno ormai in parecchi settori del vivere civile e nell'uso dei quali maggiormente si è espresso da ultimo il ruolo “politico” del giudice (la casistica in tema di buona fede e abuso del diritto, ad esempio, è ormai sconfinata)²⁵.

Allargando lo sguardo

Bastano queste rapide pennellate per chiarire come il tema della motivazione incroci e coinvolga problematiche ben più vaste che vanno dall'autonomia ed indipendenza della magistratura (e, di converso, dell'avvocatura), alla verità nel processo, dall'interpretazione alla partecipazione popolare all'esercizio della giurisdizione, ecc.

Inoltre, se queste sono le argomentazioni, in fatto ed in diritto, che dovrebbero giustificare la motivazione, appare allora condivisibile la preoccupazione, espressa in dottrina, che le modifiche (già) apportate agli artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c. possano portare a una motivazione dalla quale non si evinca chiaramente la *ratio decidendi*²⁶. Ed ancor più si può dubitare della possibilità di un penetrante controllo extra-processuale della sentenza (specie per il richiamo a precedenti conformi e/o addirittura ad atti di parte interni al processo – per quest'ultimo aspetto come previsto nel decreto legge c.d. «del fare»).

La “de quotazione” della motivazione della sentenza (perpetrata ed ulteriormente tentata dal legislatore) non mi pare fra l'altro un caso isolato: essa non è che uno dei fenomeni in cui si manifesta il pericoloso declino dell'argomentazione razionale nella sfera pubblica.

²³ Sarebbe in verità auspicabile che i giudici di merito, proprio per la consapevolezza dell'allentamento del controllo da parte della Suprema Corte, si sentano doverosamente impegnati a scrivere motivazioni in fatto ancora più complete e convincenti.

²⁴ Cfr. G.F. RICCI, *Il giudizio civile di Cassazione*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 172-173.

²⁵ Salvo a volerne ammettere il recupero ritenendo che l'«omesso esame circa un fatto decisivo» possa configurarsi anche come omessa considerazione del contesto sociale entro il quale operare una siffatta interpretazione: cfr. G.F. RICCI, *op. cit.*, p. 189.

²⁶ C. CAVALLINI, *Verso una giustizia «processuale»: il «tradimento» della tradizione*, in *Riv. dir. proc.*, II/2013, pp. 316-327, soprattutto p. 321.

Basti considerare, al riguardo, il mutato rapporto tra Parlamento (luogo naturale del confronto politico) e Governo, che vede la progressiva crescita del peso del secondo a discapito del primo, con l'uso abnorme della decretazione di urgenza e della delega legislativa, spesso bocciato dalla Corte costituzionale²⁷; fenomeno spesso andato di pari passo con il restringimento degli spazi di discussione parlamentare sui decreti legge imposto a colpi di questione di fiducia su maxi-emendamenti proposti dallo stesso Governo durante l'*iter* di discussione della legge di conversione. Anche il Presidente della Repubblica è intervenuto sul tema per evidenziare che ciò concretizza una «pesante compromissione del ruolo del Parlamento»²⁸.

Anche l'esperienza del governo tecnico, salutato da taluno come "semplificazione" del quadro politico, può costituire un (sia pur ardito) parallelo della "semplificazione" della motivazione e, cioè, dell'argomentazione razionale: la scelta delle politiche pubbliche, in un sistema democratico multipartitico demandata all'elaborazione delle forze politiche (che ne "rispondevano" ai cittadini al momento del voto elettorale²⁹), viene in questo caso imposta da una pretesa "neutralità tecnica" della quale nessuno sembra voler rispondere³⁰.

Ed infine, anche la scelta di far intervenire un comitato di "saggi" nel procedimento di revisione di *magna pars* della Costituzione, con procedura sottratta anche alle garanzie dell'art. 138 Cost., è il suggello sull'incapacità di affrontare la revisione della Costituzione in modo pieno da parte del Parlamento, pur essendo questo la sede naturale della relativa discussione pubblica³¹.

Divagazioni queste forse eccessive e forse eccessivamente fuori tema, ma non troppo se, come scriveva Bobbio nella prefazione al *Trattato dell'argomentazione*, quest'ultimo «rivalutando l'uso pratico della ragione, s'ispira ad un ideale di società in cui vi sia posto anche per le scelte guidate razionalmente [...] Il procedimento argomentativo è un antidoto alle tentazioni opposte del

²⁷ Da ultimo con la dichiarazione di incostituzionalità del d.l. n. 138/2011, con il quale si era addirittura anticipata la riforma costituzionale dell'abrogazione delle Province.

²⁸ Sulla vicenda cfr. F. POLITI, *I rapporti Parlamento-Governo*, in *Libro dell'anno del diritto 2012*, Treccani, Roma 2012, pp. 409-414.

²⁹ Cfr. F. RANIOLO, *I partiti politici*, Laterza, Roma-Bari 2013, pp. 161-180.

³⁰ F. POLITI, *Governo tecnico*, in *Libro dell'anno del diritto 2013*, Treccani, Roma 2013, pp. 318-321. Per una critica della "neutralizzazione" della politica cfr. C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spolitizzazioni* in *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna 1972, pp. 167-183.

³¹ È necessario infine un rapido accenno anche alla c.d. "de quotazione" dei vizi formali dell'atto amministrativo imposta dall'art. 21-octies, l. 7 agosto 1990 n. 241: anche in questo caso si svilisce l'argomentazione razionale, sia in quanto consacrata nella motivazione dell'atto amministrativo sia come apporto partecipativo dell'interessato, nel senso che il relativo vizio è irrilevante (si discute se solo dal punto di vista processuale o anche dal punto di vista sostanziale) qualora sia solo "formale", cioè sostanzialmente ininfluenza sul *decisum* finale dell'amministrazione.

fanatismo e dello scetticismo [...] La teoria dell'argomentazione rifiuta le antitesi troppo nette: mostra che tra la verità assoluta e la non-verità c'è posto per le verità da sottoporsi a continua revisione mercé la tecnica dell'addurre ragioni pro e contro. Sa che quando gli uomini cessano di credere alle buone ragioni, comincia la violenza»³².

Conclusioni: tornando a Platone

Ne *Le leggi* Platone istituisce un parallelismo tra il legislatore ed i medici in quanto l'uno e gli altri, nel prescrivere determinati comportamenti, devono non solo minacciare ma anche "persuadere": «il medico di condizione libera [...] generalmente cura e indaga le malattie dei liberi e studiandole dal principio secondo la loro natura e facendone partecipe il malato e i suoi cari impara qualcosa egli stesso dai malati e nel contempo impartisce nozioni all'infermo per quanto gli è possibile e non dà alcuna prescrizione prima di averlo convinto: solo allora, rassicurando il malato tramite la persuasione e un'assidua preparazione, cerca di restituirlo alla perfetta salute»³³. Non così il medico degli schiavi (in genere schiavo anch'egli) il quale non dà e non riceve indicazione alcuna in merito alle singole malattie ma si limita alle prescrizioni terapeutiche «con l'alterigia di un tiranno»³⁴.

Argomentare, dialogare e persuadere è proprio dei cittadini liberi; prescrivere senza queste necessarie premesse è proprio degli schiavi.

Far declinare l'argomentazione razionale, nei più svariati ambiti del vivere civile e della sfera pubblica, insomma, è operazione dagli esiti assai discutibili, alla quale gli avvocati sono chiamati ad opporsi sia nell'esercizio responsabile del ministero difensivo, sia nell'uso pubblico della ragione³⁵ che va esercitato in adempimento della responsabilità sociale. Nell'uno e nell'altro caso devono anzi portare un personale e fattivo contributo ad una argomentazione quanto più possibile completa: essi vogliono fortemente, infatti, che tutti siano trattati da cittadini liberi e non da schiavi.

³² N. BOBBIO, *Prefazione*, in C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, Einaudi, Torino 1966, p. XIX.

³³ PLATONE, *Le leggi*, libro IV, 720d [trad. di Ferrari e Poli], BUR, Milano 2005, pp. 375-376.

³⁴ *Ibid.*, 720c, p. 375.

³⁵ Cfr. I. KANT, *Che cos'è l'illuminismo?*, in N. BOBBIO - L. FIRPO - V. MATHIEU (a cura di), *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, UTET, Torino 1965².

La formazione del giurista tra teoria e pratica

Bianca Chiara Sinisi

Saper fare una cosa e non farla significa, in realtà, non saperla fare.

Imparare una cosa e non farla significa non averla imparata

Anonimo

Dimentico ciò che odo. Ricordo ciò che vedo. Imparo ciò che faccio

Confucio

La formazione del giurista inizia con l'università. Negli anni di studio il giurista si avvicina al mondo del diritto considerandolo, inizialmente, solo da un punto di vista teorico, con poche occasioni di mettere in pratica quanto va via via imparando sui libri, per poi ritrovarsi, dopo la laurea a dover operare improvvisamente nel mondo del lavoro. All'improvviso non c'è più teoria ma pratica, e la domanda che probabilmente ogni neolaureato si pone è: "E ora cosa devo fare?".

La formazione durante l'università

Durante i cinque anni di università lo studente si confronta per la prima volta con il mondo del diritto.

In Italia lo studio è incentrato su un approccio fortemente teorico. La formazione è strutturata in una serie di lezioni, in larga parte frontali, volte a illustrare il mondo del diritto per lo più attraverso un'esposizione delle diverse dottrine in materia, con un limitato ricorso all'illustrazione dei casi pratici e delle problematiche che le norme intendono risolvere.

Si viene a conoscenza delle varie branche del diritto, si impara cos'è una legge, come è organizzato lo stato italiano, cosa prescrive il codice civile, quali sono i reati e quando una persona può essere considerata colpevole, quali sono le norme che disciplinano lo svolgimento del processo. Lo studente impara pagine e pagine di libri, centinaia di disposizioni normative e altrettante nozioni che gli serviranno per la sua futura carriera lavorativa. Durante il corso degli studi, però, non ha mai la possibilità di metterle in pratica.

Questo rende notevolmente più difficile lo studio: è complesso capire veramente cosa si sta studiando, comprendere come porsi in relazione all'applicazione di una norma, sapere come si svolge un processo, se lo si impara solo sui libri. La formazione teorica è certo necessaria, ma rimane limitata se non

completata con l'esperienza. Non basta sapere cosa dispone la legge se poi non si sa come applicarla, non basta conoscere il diritto per acquisire la capacità di ragionamento giuridico.

Così durante gli anni di università ci si trova persi tra un libro e l'altro, con la volontà di applicare quanto imparato senza poterlo fare. È infatti assente il contatto con il mondo del lavoro: difficilmente si entrerà in un'aula di tribunale o in uno studio legale. Non si viene a contatto con i professionisti, non si impara a scrivere atti, non si scrivono contratti, non si fanno esercitazioni per la risoluzione di casi pratici. È come se l'università dovesse formare dei teorici e non anche degli avvocati, dei giudici.

Questa strutturazione dei nostri studi è una delle maggiori differenze che l'università italiana ha con il resto del mondo. In altri stati i tirocini costituiscono attività essenziale per potersi laureare, gli esami sono strutturati come risoluzioni di casi pratici e non come interrogazioni teoriche, i corsi si svolgono secondo il metodo socratico, obbligando lo studente a imparare sin dall'inizio il metodo del ragionamento giuridico per rispondere prontamente. L'università spesso prevede simulazioni processuali e corsi obbligatori per imparare a scrivere atti giuridici. Vengono scritti saggi, permettendo allo studente di fare esperienza di ricerca legale sin da subito, e si richiedono presentazioni orali al fine di imparare a parlare in pubblico. La varietà delle attività, al contrario di quanto avviene nelle nostre università, permette allo studente di sviluppare tutte quelle capacità di base necessarie per dedicarsi alle professioni legali, indipendentemente dalla scelta di una o di un'altra professione in particolare.

Certamente la nostra formazione è più organica e completa di quella, a volte eccessivamente pragmatica, in uso in altri paesi, ma la mancanza di formazione pratica nel corso dei nostri studi rende più difficile la formazione durante il praticantato: è certamente più difficile per noi imparare a scrivere un atto o un contratto non avendolo mai fatto prima e questo inoltre scoraggia i professionisti ad assumere più praticanti, dovendo impiegare del tempo nell'insegnare ai neolaureati tali nozioni di base. Inoltre determina uno svantaggio dei laureati italiani rispetto a quelli di altri paesi nel caso si scelga di lavorare all'estero finiti gli studi, emergendo in tal caso la nostra mancanza di formazione pratica e favorendo così i neolaureati degli altri paesi nella ricerca di un impiego.

Tale mancanza è poi difficile da colmare anche dopo la laurea. Infatti, benché si inizi la pratica, questa è spesso molto settoriale, in dipendenza delle attività svolte dallo studio professionale e volta a massimizzare il profitto per lo studio professionale e non l'apprendimento del praticante. Si rischia così di essere introdotti all'improvviso in un frammento del mondo del lavoro dovendo imparare velocemente e senza essere seguiti solo alcune cose, perdendo spesso la ricchezza e varietà della formazione teorica ricevuta, al contrario di come invece sarebbe possibile fare durante l'università. E così al primo atto che si scrive o alla prima udienza in tribunale non solo si ha un impatto diretto con una attività a cui non si è preparati, ma si rischia di essere formati in modo

del tutto empirico e casuale. Sarebbe invece sicuramente più opportuno se tale preparazione fosse oggetto di insegnamento durante il corso di studi ed anche come supporto al praticante dopo la laurea.

Sia durante l'università sia subito dopo la laurea si cerca, perciò, qualcosa in più di quanto normalmente viene offerto. Si cerca di rafforzare la propria preparazione e arricchire la propria esperienza.

Alla ricerca della formazione. L'esperienza all'estero ed i tirocini

Se la formazione istituzionale nazionale non è attualmente sufficiente non rimane altra soluzione che ricercare quello che si vorrebbe altrove.

Una prima possibilità è data dall'opportunità di integrare il proprio *curriculum* di studi con una esperienza presso una università straniera. Molto variegate sono le opportunità di studio all'estero, sia durante l'università sia dopo la laurea: programma Erasmus, corsi estivi in università estere, corsi di specializzazione, master. Tali esperienze arricchiscono notevolmente la formazione del giurista: permettono di confrontarsi con sistemi diversi, di acquisire nuove conoscenze, di ampliare la propria prospettiva sul mondo del diritto, di sperimentare diversi metodi di studio, spesso maggiormente vocati alla pratica dei nostri. Il problema principale di tale opzione formativa è però dato dal numero sostanzialmente ristretto di posti disponibili e dai costi spesso non indifferenti da sostenere, non alla portata di tutte le tasche.

Altra soluzione possibile è quella dei tirocini: sia durante l'università, per iniziare a mettere in pratica quanto studiato, sia dopo, per avere una visione più ampia di quella data dalla pratica legale, potendo sperimentare diverse situazioni lavorative, sia in Italia che all'estero. La possibilità di formazione attraverso i tirocini però è molto limitata. Gli studi legali spesso non hanno interesse ad avere dei tirocinanti, dovendo investire nella loro formazione mentre questi rimarranno presso lo studio solo per un breve periodo di tempo. E molte sono state le resistenze quando la possibilità di tirocinio durante il corso di laurea è stata prospettata in sede legislativa. Diverso potrebbe essere il discorso se i tirocini fossero invece integrati nella attività di studio, anche con un controllo sulle attività effettivamente svolte.

Le possibilità sopra menzionate, oltretutto limitate, sono inoltre spesso difficilmente accessibili per la mancanza di organizzazioni che svolgano funzioni di intermediazione tra gli studenti o neo-laureati e i professionisti. Qui vi è un'altra notevole differenza con gli altri paesi, specialmente quelli di cultura anglosassone, dove esistono molte strutture con funzione di collegamento tra i giovani giuristi e i professionisti. Inoltre diversa è l'apertura dei professionisti di tali paesi ad assumere studenti e neolaureati, anche per brevi periodi di tempo, permettendo a questi di completare la loro formazione e di sperimentare anche le diverse opzioni che il mercato di lavoro offre al fine di costruire la propria carriera.

In un mondo dove ormai tutto gira molto velocemente, dove la lotta per entrare nel mondo del lavoro è più dura e ogni conoscenza in più dà un grande vantaggio, mentre ogni anno in più dedicato a imparare quanto non si è appreso in precedenza è uno svantaggio, rischiamo di rimanere indietro.

Unica soluzione è perciò cercare strade alternative per integrare la propria formazione e assicurarsi il contatto con il panorama internazionale.

Moot Court Competitions

La gran parte dei laureati che poi accedono alle professioni forensi entra nell'avvocatura, ma non è mai entrato in un'aula di tribunale durante l'università, né ha mai scritto un atto. Un prezioso strumento per sviluppare e mettere in pratica le proprie capacità e conoscenze nel settore del contenzioso è la partecipazione a *Moot Court Competitions*. Queste sono simulazioni processuali, organizzate sulla base del modello anglosassone, in cui gli studenti e i giovani laureati hanno la possibilità di mettersi alla prova e risolvere questioni giuridiche pratiche. Tali simulazioni sono per esempio organizzate, tra le altre, da ELSA (*The European Law Students' Association*)¹. Le simulazioni possono svolgersi sia a livello locale, che nazionale ed europeo. Gli argomenti sono vari, dalla responsabilità professionale ai diritti umani, dalla proprietà intellettuale alla responsabilità penale. Viene preparato un caso fittizio in relazione al quale le squadre partecipanti dovranno redigere le memorie, per poi passare in una fase successiva al dibattimento orale. L'intero lavoro viene poi valutato da professionisti del mondo del diritto: avvocati, giudici e professori.

Tali simulazioni sono frequenti nei paesi anglosassoni e costituiscono parte del normale programma di studio nelle facoltà di giurisprudenza, tanto che alcune università costruiscono anche delle finte aule di tribunale all'interno della loro struttura per rendere la simulazione più realistica, proprio allo scopo di fornire agli studenti già un'idea della loro futura professione. All'estero non è infrequente che una parte dell'esame si svolga, ad esempio, nelle forme della redazione di atti giudiziari e discussione dei medesimi in contraddittorio con un altro esaminando, con il docente nel ruolo di giudice/esaminatore.

In mancanza di tale approccio educativo all'interno dell'università nel nostro paese, la partecipazione a queste simulazioni permette non solo agli studenti,

¹ ELSA (*The European Law Students' Association*) è un'organizzazione internazionale, indipendente, apolitica e senza scopo di lucro aperta agli studenti di giurisprudenza e ai giovani giuristi fino a cinque anni dopo la laurea. Si propone di accompagnare il giurista nella sua formazione, attraverso l'organizzazione di attività integrative al suo normale percorso e nell'ottica dell'integrazione europea. Diverse sono le attività che l'associazione propone al fine di arricchire la preparazione dei giovani giuristi: dalla possibilità di avere un primo contatto con le istituzioni giuridiche al confronto con professionisti del mondo del diritto, dallo svolgimento di attività di approfondimento teorico alla possibilità di mettere in pratica quanto imparato, attraverso progetti di ricerca, tirocini e simulazioni.

ma anche ai neolaureati di avere un primo contatto con le aule di tribunale e con la scrittura di atti processuali e la risoluzione di questioni giuridiche senza trovarsi direttamente catapultati in un vero processo. È un'attività di supporto non solo agli studenti universitari, ma anche al praticante che voglia arricchire la propria preparazione e rafforzare la propria esperienza durante gli anni di studio successivi alla laurea.

Attraverso la partecipazione a tali attività i giovani giuristi possono perciò eliminare quel divario che dopo l'università si trovano ad avere con gli studenti di altri paesi, sia approfondendo la preparazione pratica che venendo in contatto con studenti e laureati in giurisprudenza di tutta Europa, superando le barriere nazionali per sviluppare una cultura di respiro internazionale e acquisendo quelle competenze che faranno la differenza nella propria carriera.

MUN (*Model United Nations*)²

Un'ulteriore opportunità di accrescimento delle proprie conoscenze e sviluppo delle capacità oratorie, consiste nella partecipazione ai *Model United Nations* (MUN). Questi consistono in simulazioni dei lavori delle Nazioni Unite, in cui ogni partecipante assume il ruolo di delegato di un Paese membro delle Nazioni Unite o di un'organizzazione non governativa, rappresentando le posizioni del proprio paese, scrivendo risoluzioni e confrontandosi con gli altri paesi membri attraverso il dibattito e il voto.

Benché sia un'attività formativa particolarmente idonea per chi, durante gli anni universitari, abbia mostrato una particolare predilezione o sviluppato uno specifico interesse per la carriera internazionale, non è in tal senso limitata. I giovani giuristi dovrebbero, infatti, individuare in tali simulazioni un'occasione per mettere alla prova le proprie capacità dialettiche e di mediazione, nonché per studiare e approfondire le caratteristiche di diversi sistemi giuridici e le principali problematiche a livello internazionale, legate anche alla necessità di trovare un punto di incontro tra ordinamenti giuridici tra loro spesso diversi in modo fondamentale.

***Legal clinics*³**

Ottima opportunità per integrare la propria carriera universitaria e la propria preparazione pratica, può essere poi riscontrata nella partecipazione alle *legal clinics*. Queste si configurano come dei "consultori legali" costituiti all'interno della realtà accademica e volti a fornire assistenza legale gratuita. In tali realtà è data così la possibilità agli studenti di svolgere un'effettiva e reale attività di consulenza legale, sotto la supervisione di avvocati e professori esperti nella materia oggetto del lavoro della *legal clinic*.

² Per riferimento vedi il sito <http://www.modelunitednations.it/>

³ Per riferimento vedi il sito <http://www.legalclinicmatre.org/>

Le *legal clinics* sono nate nelle università americane, nell'ottica di garantire una formazione pratica agli studenti ed offrire consulenza legale alle persone disagiate. In Italia, l'Università degli Studi di Roma Tre ha istituito una vera *legal clinic* con lo scopo di assistere gli immigrati, fornendo così a questi ultimi la possibilità di accedere a una consulenza legale gratuita, e permettendo agli studenti di approfondire la legislazione in materia di diritto di immigrazione e asilo, e di avere un primo approccio pratico alla carriera legale.

Il mondo accademico sembra così aver mosso un primo passo verso una costruzione della didattica universitaria che lascia spazio anche ad attività formative di tipo pratico. Dall'altra parte gli studenti dovrebbero approfittare di tale opportunità, costituendo questa una valida alternativa ai tirocini, con il vantaggio di poter essere inserita e integrata nella carriera universitaria.

La Scuola Superiore dell'Avvocatura e le Scuole Forensi⁴

Infine, prezioso strumento per la formazione del giurista è la partecipazione alle attività delle scuole forensi. Tali scuole hanno lo scopo di fornire ai giovani giuristi una preparazione mirata alla carriera forense, cercando di colmare il vuoto esistente tra la laurea e l'effettivo esercizio della professione legale. Si distinguono in tal modo dalle scuole per le professioni legali istituite presso le università, poiché queste ultime forniscono una preparazione meno focalizzata poiché rivolta a tutte le professioni legali e non solo a quella forense.

Attraverso la partecipazione a tali attività i giovani neolaureati hanno la possibilità di trovare un supporto durante i primi anni lavorativi, capendo come mettere in pratica quanto imparato in modo teorico e sviluppando il corretto metodo di analisi delle questioni giuridiche e di ricerca, nonché lavorando al fine di ottenere una preparazione specifica all'esame di stato, attraverso la redazione di pareri e di atti giudiziari.

Le attività delle singole scuole sono poi coordinate e integrate dall'attività della Scuola Superiore dell'Avvocatura, la quale, con ulteriori iniziative formative dirette ai giovani giuristi, permette di approfondire la preparazione giuridica degli anni successivi alla laurea, per esempio con corsi su argomenti specifici, corsi di inglese giuridico o visite alle istituzioni europee.

Il principale vantaggio del modello formativo basato sulla "scuola" rispetto al modello formativo basato sulla "pratica presso uno studio professionale" risiede nel fatto che la formazione "pratica" offerta da una scuola è necessariamente di più ampio respiro rispetto alla formazione "pratica" offerta da uno studio professionale, sia in relazione alla varietà sia alla qualità delle questioni trattate.

D'altro canto la formazione che si può ottenere partecipando alla vita attiva di uno studio professionale consente di toccare aspetti (ad esempio la parte-

⁴ Per riferimento vedi il sito <http://www.scuolasuperioreavvocatura.it/>

cipazione alle udienze) che nessuna scuola può offrire e i due percorsi formativi vanno necessariamente coordinati e considerati complementari, senza che l'uno possa escludere l'altro.

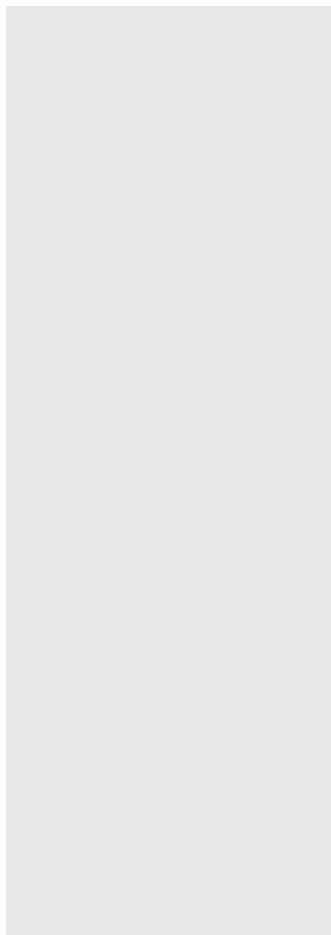
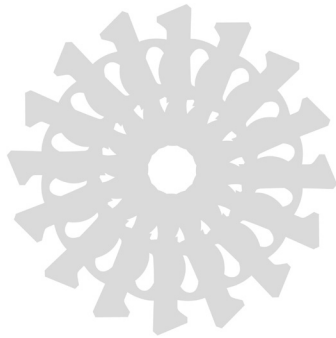
In una realtà dove si rischia di rimanere indietro se la propria preparazione è insufficiente, dove il tempo dedicato dagli avvocati ai propri praticanti a volte è insufficiente al fine di una piena comprensione degli insegnamenti dati e allo sviluppo della sicurezza necessaria per sfruttare al meglio le proprie capacità, avere un punto di connessione tra il mondo universitario e quello lavorativo può essere di grande supporto. La possibilità di apprendere in modo “scolastico” come trasformare in pratiche le proprie conoscenze teoriche, invece di trovarsi direttamente immersi nel mondo del lavoro e della pratica, può aiutare a costruire basi più solide per lo sviluppo della propria carriera.

Conclusioni

Anche se con modalità largamente insufficienti rispetto alla esperienza straniera, anche in Italia è possibile iniziare ad integrare il tradizionale approccio formativo, sostanzialmente teorico, con alcune attività formative volte a migliorare l'accesso al mondo del lavoro. Una maggiore “contaminazione” tra mondo del lavoro e quello accademico nel disegnare il percorso formativo è sicuramente necessario, non essendo possibile continuare ad andare ognuno per la propria strada. Un primo passo in tal senso potrebbe essere realizzato anche mediante una cooperazione tra le organizzazioni che si dedicano alla realizzazione delle attività rivolte agli studenti, e altre strutture, come la Scuola Superiore dell'Avvocatura, che si rivolgono ai neolaureati, al fine di favorire la continuità della formazione e di realizzare attività che possano interessare e supportare un pubblico più ampio, creando un ulteriore punto di contatto tra il mondo universitario e la realtà post-laurea.

Importante è acquisire la consapevolezza che per formare un buon professionista a non basta limitarsi ad un ordinato ed ordinario percorso di studi, ma bisogna cogliere ogni occasione possibile per avere quel qualcosa di più che faccia la differenza. In questo scenario la possibilità di lavorare sul proprio approccio pratico al mondo del diritto sin da subito, e con i giusti strumenti di supporto, costituisce un primo e fondamentale passo in tale direzione.

ARGOMENTAZIONE E LINGUAGGIO



Giurisdizione e linguaggio

Patrizia Bellucci

In scienza e coscienza

L'intera giurisdizione è tesa – nel suo complesso e in ogni suo grado – ad approdare ad una decisione “in scienza e coscienza”, a cui devono concorrere tutti i soggetti interessati, a partire ovviamente dagli operatori del diritto.

La “coscienza” è prerequisite essenziale – perché senza etica e deontologia a niente servono “le competenze” – ma perfino qui ci sarebbe, volendo, un primo nodo sotteso in quanto, ad esempio, l'optare preferenzialmente per le “tecniche di fascinazione” invece che per le più corrette “strategie argomentative” o per le “tecniche suasive” invece che per quelle “persuasive”¹ è da sempre socialmente accettato per pragmatismo ma non direttamente ispirato dall'etica.

La scienza richiesta poi è, scontatamente, anzitutto giuridica, ma – detto questo – va ricordato che magistrati e avvocati “operano” sempre ed esclusivamente su e mediante il linguaggio. Come ha opportunamente osservato, anche sulla base della lunga esperienza, non un linguista, non un accademico, ma l'avvocato Alarico Mariani Marini esperto anche di formazione: «La parola è strumento essenziale dell'avvocato e del giudice, poiché il processo è fatto di parole [...] l'uso corretto del linguaggio, e delle tecniche dell'argomentazione che da esso traggono l'efficacia pragmatica del ragionamento giuridico nel processo, costituisce essenzialmente [per gli operatori del diritto] anche una responsabilità insita nell'etica professionale. Non soltanto perché argomenti inadeguati e discorsi confusi violano precisi doveri deontologici, ma soprattutto perché i valori e i principi fondanti della società democratica e dello Stato di diritto, attraverso la giustizia applicata ai casi concreti delle persone, possano uscire dalle aule giudiziarie e diventare sentimento comune»².

Dunque, per quanto le scienze del linguaggio non appartengano in alcun modo alla formazione curricolare dei giuristi pratici e vengano di fatto delegate anzitutto all'apprendimento diretto nella prassi e alla prossimità con i colleghi più anziani, basta ricorrere all'evidenza del buon senso per aver ben presente

¹ Com'è noto, con “discorso suasio” si intende un discorso che attua tecniche di persuasione che però non si presentano e non si svelano immediatamente come tali, una sorta di entimema cortocircuitato: cfr. P. BELLUCCI, *A onor del vero. Fondamenti di linguistica giudiziaria*, Utet Libreria, Torino 2005, pp. 242-243 e *passim*; l'intero volume è scaricabile alla pagina web <http://www.patriziabellucci.it/>.

² A. MARIANI MARINI, *Presentazione*, in A. MARIANI MARINI - F. BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, Pisa University Press, Pisa 2013, pp. 7-9.

che avvocati e magistrati non sono chirurghi o altri professionisti che agiscono sulla materia, ma operano sempre e solo con linguaggi, verbali e non verbali³.

Ne discende, dunque, che la componente linguistica nell'attività forense non è semplice "questione di stile": è invece, provatamente e inderogabilmente, componente strutturale e pertinente nell'attuazione dei fini propri e specifici dell'Istituzione Giustizia. Le "scienze del linguaggio", cioè, sono incluse e pertinentizzate nella formula di rito "in scienza e coscienza", che è comando di legge dei fini specifici della intera giurisdizione, da cui nulla e nessuno può "chiamarsi fuori": i diritti di difesa dell'imputato sono inalienabili – come la stessa legge riconosce e garantisce – ma non possono (o quanto meno non dovrebbero) sovrapporsi, nemmeno dal punto di vista delle modalità di gestione tecnica, quelli della vittima e l'accertamento della verità processuale non dovrebbe essere ostacolato da disparità di competenze dei singoli operatori del diritto.

L'oralità nel dibattimento penale

Il dibattimento è un "evento linguistico ritualizzato e codificato" e la *cross examination* altro non è – tecnicamente – che una "conversazione faccia a faccia specializzata" normata da regole e prassi, che si qualifica come "interazione asimmetrica in contesto istituzionale".

Negli esami testimoniali, come ben insegna l'esperienza, perfino i silenzi⁴ e gli impliciti, la mimica o la prossemica e tutti i codici semiotici contemporaneamente attivi assumono la massima rilevanza.

In proposito, di necessità rinvio a quanto già scritto sul tema⁵, ma ricordo che non a caso pubblici ministeri e avvocati sono tecnicamente definiti – sulla base di norme contemporaneamente conversazionali e di legge – "registi dell'interazione" e il giudice "regista dei registi"⁶.

³ Cfr. T. DE MAURO, *Introduzione* a P. BELLUCCI, *A onor del vero. Fondamenti di linguistica giudiziaria*, cit., pp. IX-XIII e in particolare p. XI: «l'amalgama linguistico rappresentato dal processo. Nelle sue diverse fasi si affollano e incalzano tutti i tipi di testi e discorsi, tutti i tipi di atti linguistici e tutte le possibili tipologie di (in)comprensione».

⁴ Cfr. T. DE MAURO, *Introduzione*, cit., pp. IX-X: «se fuori dell'aula del tribunale e prima del giudizio c'è stato un atto, un fatto, e se, usciti dalla corte e chiuso il giudizio, ci sono atti e fatti consecutivi a una condanna o a un'assoluzione, ciò che sta in mezzo, tra il prima e il dopo, il processo, è non solo fasciato di parole, ma è costitutivamente, non derogabilmente intessuto e materiato di atti che sono parole e parole su parole accompagnate da più rari atti non verbali che tuttavia sono segni rigidamente rispondenti a norme semiotiche codificate e coercitive [...]. Qui tutto è costitutivamente intriso di manifesta verbalità e segnicità e gli eventuali stessi silenzi appartengono a quella categoria di silenzi che la presenza circostante e latente del parlare rende significativi».

⁵ Cfr. P. BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., pp. 149-261 e la bibliografia in esso elencata.

⁶ Cfr. P. BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., pp. 159-166 e *passim*; cfr. anche, con diversa terminologia, A. MARIANI MARINI, *Leggere per ragionare, per scrivere, per parlare*, in A. MARIANI MARINI - F. BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto*, cit., pp. 27-34: «Di parole è fatto il processo, dove

Rispetto alle specifiche competenze linguistiche che anche inconsapevolmente entrano in gioco negli esami, mi limito ad un unico esemplificativo cenno sul diverso “potere” delle domande nella “regia del discorso in tribunale”⁷, che la legge affida proprio agli Operatori del diritto.

Si osservino anche solo le tre domande seguenti:

1. PM: Che cosa ha visto dopo?
2. PM: Ha visto il signor X uscire dalla macchina?
3. AVV: Lei ha detto che ha ricordi vaghi sulla partecipazione delle persone al tentato omicidio, è vero?

Nell'esempio 1) l'atto di domanda viene realizzato nella forma di “domanda wh-estesa”⁸, per cui il “compito” assegnato al testimone è quello di individuare il “segmento della domanda” da riempire con la risposta, in questo caso costituito dal “che cosa” che autorizza una qualche narrazione o comunque concede un certo grado di libertà di risposta.

Nell'esempio 2) la “domanda polare” riguarda l'intero enunciato e assegna il solo compito di confermare o disconfermare con “un sì o con un no” ciò che è stato già detto.

L'esempio 3) è costituito infine da una “domanda-coda”, composta da un’“affermazione dell'interrogante” seguita da una “coda interrogativa” che consiste in un invito esplicito a rispondere [no?, (è) vero?, (è) giusto?, è corretto?]. Le domande costruite in questo modo sono domande con cui l'interrogante chiede formalmente conferma della propria comprensione dei fatti oggetto di discorso, così come codificati nell'atto di domanda, ma al tempo stesso segnalano che l'interrogante crede nella verità della proposizione da lui espressa in forma dichiarativa. Questo atteggiamento si proietta sulla risposta, nel senso che la domanda così formulata esprime anche una precisa aspettativa del parlante sulla risposta e la risposta attesa – non marcata – è proprio una conferma o una manifestazione di accordo. La sollecitazione a confermare appare ancora più stringente se si considera il potere interazionale di chi interroga e a cui, ad esempio, il testimone non può rifiutarsi di rispondere se non con “strategie di mitigazione” (come il non ricordo e simili)⁹.

il giudice governa il linguaggio da *maître du langage*, dove di parole è fatto il dialogo tra avvocato e giudice, con i testimoni, con i contraddittori. Di parole sono la legge e il diritto; e ogni argomento nel processo affida validità ed efficacia alla forza penetrante della parola» (la citazione è tratta da p. 27).

⁷ Cfr. P. BELLUCCI - M.C. TORCHIA, *La regia del discorso in tribunale: il potere delle domande*, in A. MARIANI MARINI - F. BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto*, cit., pp. 79-106, da cui sono tratti anche gli esempi di domanda e la Tabella 1; sul formato conversazionale – strutturato in domanda-risposta (terzo turno) – in dibattito cfr. anche P. BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., pp. 196-207.

⁸ Le domande aperte sono dette anche – con un calco dall'inglese – “domande wh-” perché sono introdotte da forme interrogative che in inglese cominciano per wh- (*who, what, why, when, where* ecc.).

⁹ Cfr. P. BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., pp. 182-183 e *passim*.

Perfino da questi pochi esempi si comprende allora che esiste una qualche correlazione tra la “forma della domanda” – il “come” si realizza linguisticamente l’“atto di domanda” – e le risposte, che di volta in volta si possono ottenere. Nell’interazione giudiziaria, dunque, il “grado di apertura/chiusura” delle domande va posto in correlazione con il “grado di coercitività” delle domande stesse, cioè con la capacità della domanda di fare pressione sull’interrogato perché produca un certo tipo di risposta e non un altro. Questo potenziale pragmatico associato alla forma della domanda è stato descritto in linguistica come indice di potere, di dominanza e di controllo del discorso da parte dell’interrogante. Le domande aperte e chiuse si dispongono, cioè, lungo un *continuum* che va da un grado minore di controllo per le “domande *wh*” estese a un maggior grado di controllo per le domande in forma assertiva: grado di apertura e grado di coercitività sono inversamente proporzionali – come indicato nella Tabella 1 – quanto meno in via tendenziale.

Tabella 1. Grado di apertura e coercitività delle domande.				
Grado di apertura	↑	Domande <i>wh</i> - estese o aperte	↓	Grado di coercitività
		Domande <i>wh</i> - ristrette o specifiche		
		Domande polari o sì-no		
		Domande disgiuntive o alternative		
		Domande-coda		
		Domande in forma assertiva		

È vero che gli operatori del diritto di fatto già “sanno” come porre le domande in modo efficace, perché lo hanno appreso per esperienza diretta nell’esercizio della professione, ma una maggiore consapevolezza teorica accresce libertà di movimento e d’uso dei mezzi linguistici e, in particolare, favorisce la possibilità di intervento proprio quando la comunicazione linguistica si inceppa e non fluisce nella maniera auspicata e attesa.

La scrittura giudiziaria¹⁰

Da una parte esiste l’oggettiva “esigenza di stabilità del linguaggio giuridico”: infatti, sono senz’altro da evitare innovazioni che possano produrre ambiguità d’interpretazione. Ma questa stabilità riguarda essenzialmente “la componente specialistica del linguaggio giuridico” – anche nei testi applicativi – e prima di tutto il lessico tecnico. La “nomenclatura tecnica” – propria del linguaggio giuridico o delle altre specializzazioni che tanto frequentemente si intersecano nei procedimenti (soprattutto in ambito civile) – ha lo svantaggio di essere scarsa-

¹⁰ Cfr. P. BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., pp. 263-418 e *passim* e ID., *La redazione delle sentenze: una responsabilità linguistica elevata*, in *Diritto e formazione*, 3/2005, pp. 448-466.

mente comprensibile ai non addetti ai lavori, ma offre agli specialisti di settore dei vantaggi essenziali: la “precisione”, l’“economia e la neutralità emotiva”.

Per quanto concerne la “precisione”, i tecnicismi tendono ad essere caratterizzati dalla “monoreferenzialità”: a differenza di gran parte del lessico comune – spesso polisemico o comunque con una maggiore o minore vaghezza semantica – i tecnicismi hanno, cioè, un significato univoco, quasi sempre definito attraverso un “processo di definizione convenzionale esplicito”. Si pensi a quanti termini sono addirittura definiti dal codice.

Per quanto concerne l’economia, quando ci troviamo a spiegare un termine tecnico a persone di altra professione, ci accorgiamo che per definire lo stesso significato abbiamo bisogno di una lunga serie di parole, perché l’accezione tecnica è definibile solo con una perifrasi.

Per quanto concerne la “neutralità emotiva”, è evidente che in ambito scientifico si ha bisogno di termini che servano solo a designare concetti e che non abbiano connotazioni affettive come avviene per molte parole dell’italiano comune¹¹.

Ma, dopo aver ricordato in modo inequivocabile che i linguaggi specialistici¹² – caratterizzati, appunto, da “monoreferenzialità, precisione, economia e neutralità emotiva” – sono funzionali, bisogna però avere anche il coraggio di affermare con altrettanta chiarezza che l’italiano giuridico in senso proprio è “lingua specialistica”, ma la sua componente burocratica è solo “lingua settoriale”, per molti aspetti addirittura “gergale”.

È ormai non più rinviabile – per chi ancora vi permane – l’affrontare la “stereotipia” e il “conservatorismo” che in ambito forense resistono pervicacemente e acriticamente proprio per l’assenza di una specifica e più solida formazione linguistica.

I linguisti sono concordi nelle loro analisi – che anzi vanno progressivamente implementando nella documentazione dei fossili lessicali e sintattici – e nell’invito corale ad abbandonare «uno stile che ha eletto a suo baluardo la lontananza compassata da modi di esprimersi meno artificiosi [...] una sorta di distintivo di appartenenza a un club molto esclusivo»¹³ e in cui la «stereotipia [è] tramandata come un marchio di fabbrica»¹⁴.

¹¹ Per concretizzare con un esempio evidente nella sua banalità, *felis catus* è tecnicismo scientifico, *gatto* è parola dell’italiano comune puramente “denotativa”, *micio* è parola dell’italiano comune “connotata”.

¹² Cfr. anche P. BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., pp. 217-220 e *passim*.

¹³ B. MORTARA GARAVELLI, *Strutture testuali e stereotipi nel linguaggio forense*, in A. MARIANI MARINI (a cura di), *La lingua, la legge, la professione forense*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 3-19; le citazioni sono tratte dalle pp. 8-10.

¹⁴ B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Einaudi, Torino 2001, pp. 153-154. Ma cfr. anche A. MARIANI MARINI, *Presentazione*, in A. MARIANI MARINI - F. BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto*, cit., pp. 7-9: «la parola dei giuristi pratici spesso appare costretta in un costume linguistico antiquato, gravato da stereotipi, spesso impervio, e afflitto dai vizi imperituri della prolissità, della pesantezza e dell’aridità gergale» [citazione da p. 7].

Dopo aver analizzato centinaia di procedimenti penali e civili – come abbiamo fatto nell’arco di più di venti anni all’interno dei lavori del nostro *Laboratorio di Linguistica Giudiziaria* di Firenze – siamo costretti a constatare che questo tipo di pessimi quanto radicati usi e abusi del linguaggio, fatti di stereotipie e incrostazioni tràdite, non ha niente a che vedere con le esigenze “strutturali” dei testi: non assolvono ad alcuna funzione reale. Per di più, la cristallizzazione e la stereotipia un tempo erano spiegabili alla luce della peculiare storia linguistica italiana – per cui fino a pochi decenni fa “si viveva” in dialetto e l’italiano era solo lingua scritta e quindi “congelata”¹⁵ – ma oggi non hanno veramente più ragion d’essere.

Linguaggio e cognizione: dal pensiero al testo

Ma la prima cosa di cui bisogna tener conto nella “progettazione di un testo” – scritto o orale che sia – è che c’è un inscindibile “rapporto fra linguaggio e cognizione”, ragion per cui i nodi linguistici irrisolti sono spesso anche nodi problematici dal punto di vista cognitivo: a volte lo sono addirittura nel parlare/scrivente e sicuramente rendono difficile la decodifica da parte dell’ascoltatore/lettore.

Occorre poi tener presente che – mentre i linguaggi iconici (basati sull’immagine e su ciò che vediamo) attivano quella che Raffaele Simone chiama «intelligenza simultanea» – il linguaggio verbale, la parola detta e scritta, seleziona la più complessa «intelligenza sequenziale».

L’«intelligenza simultanea» – filogeneticamente più “primitiva” rispetto a quella sequenziale – ha un approccio olistico e la capacità “globale” di trattare nello stesso tempo più informazioni, ma senza che sia possibile stabilire tra loro un ordine e, quindi, una gerarchia.

L’«intelligenza sequenziale» – più complessa e filogeneticamente posteriore – è presupposta da ogni “discorso” (orale e scritto): in tutto ciò che è “verbale”, nel capire si procede «un passo per volta», linearmente, seguendo il testo, così come nel parlare e nello scrivere occorre codificare i propri pensieri – che nell’intrapsichico possono essere simultanei tra loro – in modo da renderli «successivi, ordinati e correlati»¹⁶.

Allora si comprende meglio che la «progettazione testuale e sintattica» – sia a livello informativo che di superficie linguistica – è determinante nell’attività di decodifica e comprensione del destinatario. Il disordine di resa linguistica superficiale – l’incapacità di organizzazione gerarchica di un testo – genera inesorabilmente un parallelo e simmetrico disordine e ostacolo semantico e cognitivo.

¹⁵ Cfr. T. DE MAURO, *Storia linguistica dell’Italia unita*, Universale Laterza, Roma Bari 1979² [1963] e S. GENSINI, *Elementi di storia linguistica italiana*, Minerva Italica, Bergamo 1982.

¹⁶ Cfr. R. SIMONE, *Perché guardare è più facile che leggere*, in R. SIMONE, *La Terza Fase. Forme di sapere che stiamo perdendo*, Laterza, Roma-Bari 2000, pp. 271-295.

Si osservi il brano seguente di una motivazione, linguisticamente analogo a tanti altri passi degli scritti difensivi:

Va anzi rilevato che proprio le circostanze che sono state evidenziate, costituite dalla formulazione del testo contrattuale, nella parte in cui subordinava il perfezionamento del contratto alla manifestazione di volontà della venditrice, dalla emissione dell'assegno per il pagamento della caparra non alla venditrice ma ad una società terza, la mancata spendita del nome della convenuta da parte del chiamato in causa, indirettamente confermata anche dalla consegna del biglietto da visita prodotto dall'attore, che non reca alcun riferimento alla convenuta, portano ad escludere l'esercizio da parte del signor Rossi di un arbitrario potere rappresentativo per conto della convenuta.

Si tratta di un estensore che per lo più scrive decisamente meglio di altri e il brano riportato è nella posizione conclusiva della "motivazione" e quindi in una fase tutt'altro che marginale della sentenza: infatti, anche più in generale, l'apertura e la chiusura di un testo sono quasi sempre "posizioni enfatiche" occupate da salienze linguistiche e cognitive.

Tuttavia, nel lunghissimo periodo – di ben 98 parole! – l'incapacità di progettazione del periodo e la mancanza di linearità sono tali da rendere ardua l'individuazione delle relazioni sintattiche e testuali e, di conseguenza, anche dei legami semantici e cognitivi: la mancanza di "coesione" linguistica rende problematica anche la "coerenza" dell'argomentazione¹⁷.

Sottopongo al giudizio del lettore la ricostruzione delle relazioni fra i "costituenti" del brano rappresentata nella Figura 1. In tutta evidenza la consequenzialità proposizionale e informativa è assai intricata, eppure nel testo non ci sono barriere connesse ad esigenze giuridiche o tecniche: gli ostacoli ad una più immediata e corretta decodifica dipendono esclusivamente dalla errata progettazione del testo. La principale «Va rilevato che» regge una proposizione oggettiva di ben 93 parole, a doppio soggetto – «le circostanze» e «la mancata spendita» – coordinato addirittura per asindeto anche se il secondo si presenta a distanza di ben 43 parole dal primo; l'uno e l'altro reggono dipendenze estese e poco lineari e il predicato verbale «portano» – che peraltro attiva altra reggenza – è così lontano dai soggetti da richiedere impegno perfino di memoria. Si noti anche – perché è tipica della scrittura forense – la «nominalizzazione» sovraestesa¹⁸. Potrei continuare nell'analisi delle disfunzioni, ma il lettore può farlo da solo.

In ogni caso, l'esperienza degli operatori del diritto può confermare che non ho scelto un esempio a marcata "patologia" – di cui pure abbonda la do-

¹⁷ Sulla differenza fra i tecnicismi coerenza e coesione cfr. P. BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., pp. 274-279.

¹⁸ La "nominalizzazione" è la trasformazione in nome – per lo più attraverso un suffisso – di azioni (o simili) più comunemente designate da verbi: inflizione, ricorrenza, scorporo ecc.

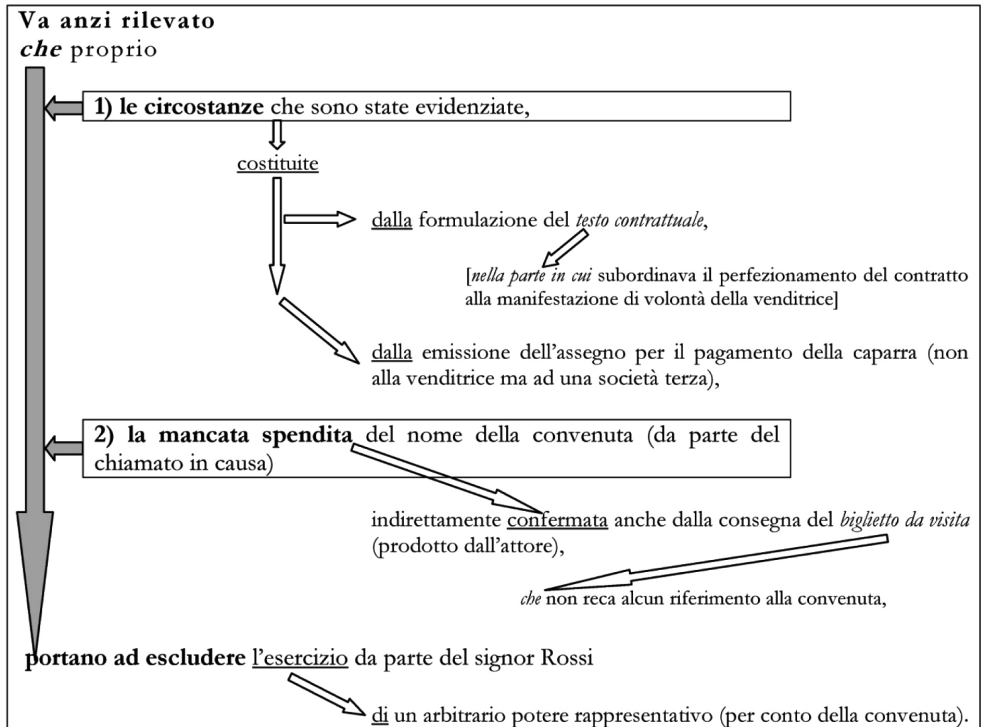


Figura 1. Le reggenze.

cumentazione – e tanto meno un florilegio di fossili lessicali o sintattici: questa è solo una della infinita miriade di documentazioni dell’oscurità di vario livello che sarebbe opportuno abbandonare e superare. Infatti, la modalità di scrittura qui esemplificata si pone a ostacolo perfino per la decodifica di chi è istituzionalmente deputato a comprendere e giudicare e quindi, a maggior ragione, si pone a baluardo che segna distanza fra i cittadini comuni e l’Istituzione Giustizia che “prende corpo” e si sostanzia nelle parole degli Operatori del diritto.

Lo scrivere chiaro

A questo punto mi sembra opportuno richiamare alcune indicazioni di base a favore della leggibilità e della comprensibilità dei testi¹⁹, una sorta di «raccomandazioni» dello «scrivere chiaro»²⁰, ormai diffusamente “accreditate”, quan-

¹⁹ Sui tecnicismi leggibilità e comprensibilità cfr. P. BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., p. 26.

²⁰ Cfr. P. BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., pp. 25-30, 314-334 e *passim*, con gli indispensabili rinvii anzitutto agli studi di Maria Emanuela Piemontese – che per prima ha elaborato e

to meno a partire dal *Codice di stile* (1993) per la Pubblica Amministrazione dell'allora Ministro Sabino Cassese²¹. È evidente a me per prima la banalizzazione delle questioni e dei problemi introdotta dalla riduzione quasi formulaica di un sapere linguistico ben più complesso e articolato, ma le "raccomandazioni" sono operativamente preziose:

- Abituarsi a spezzare i periodi sovraestesi. Infatti, il periodo – per essere facilmente leggibile da tutti – non dovrebbe oltrepassare le 20-25 parole; questa soglia è valicabile – anche perché nei provvedimenti si possono per lo più presupporre alti livelli di scolarizzazione degli eventuali lettori – ma, in ogni caso e sempre, quanto più lungo è il periodo, più alta deve essere l'abilità di redazione e più complesse e faticose saranno lettura e decodifica: dopo le 40 parole "si rallenta" notevolmente anche la decodifica delle persone altamente istruite.
- Evitare l'eccesso di subordinate, soprattutto implicite. In ogni caso ricorrere soprattutto a proposizioni esplicite con verbi di modo finito²² e limitare l'uso di proposizioni implicite con modi non finiti (participi²³, presenti²⁴ e passati, gerundi, infiniti).
- Limitare il ricorso a incisi e parentetiche poiché, interrompendo la continuità della frase, complicano la lettura: quando gli incisi sono isolabili possono essere espressi con una frase autonoma, altrimenti conviene porli alla fine della frase o, quanto meno, delimitarli con i trattini – e non con le virgole – che ne rendono visibilmente evidente l'inizio e la fine.

prodotto le principali tecniche di scrittura controllata – e di Tullio De Mauro: cfr. almeno M.E. PIEMONTESE, *Capire e farsi capire. Teorie e tecniche della scrittura controllata*, Tecnodid, Napoli 1996. Cfr. anche – a maggior ragione per la interdisciplinarietà degli approcci – il già citato volume A. MARIANI MARINI - F. BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto*, cit. e, in particolare, D. CERRI, *Efficienza e comprensibilità nel linguaggio del civilista*, pp. 69-78, con "raccomandazioni" per alcuni versi confrontabili alle pp. 76-77.

²¹ Molti linguisti hanno già notato che – incredibilmente quanto deprecabilmente – la norma contenuta nel *Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, art. 11, comma 4 [«Nella redazione dei testi scritti e in tutte le altre comunicazioni il dipendente adotta un linguaggio chiaro e comprensibile»] non compare ora nel nuovo Codice, emanato con il Decreto del Presidente della Repubblica n. 62 del 16 aprile 2013 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 4 giugno del 2013).

²² Infatti i modi finiti – indicativo, congiuntivo, condizionale e imperativo – hanno il pregio di indicare nella desinenza verbale la persona con cui concordano, esplicitano il soggetto e precisano la relazione logica e temporale.

²³ Le proposizioni participiali sono spesso facilmente e auspicabilmente sostituibili con relative esplicite. Fra l'altro, il participio presente con valore verbale è in progressivo decremento nell'italiano comune ed è intensivamente utilizzato solo nel linguaggio giuridico-burocratico.

²⁴ Sull'uso del participio presente in sostituzione di una frase relativa e sui numerosi participi presenti sostantivati di ambito giuridico, cfr. B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia*, cit., pp. 166-167.

- Quando si usa il passivo, controllare che il soggetto logico sia inequivoco o esplicitarlo.
- Quando possibile, preferire la forma personale a quella impersonale.
- Esplicitare i nessi logici²⁵ e cercare di ridurre il numero di inferenze²⁶ richieste al lettore.
- Mantenere i tecnicismi opportuni – eventualmente chiarendo i termini con glossa di definizione esplicita ogni volta che sia opportuno ed eliminare invece al massimo pseudotecnicismi²⁷, burocratismi e arcaismi²⁸, perifrasi ridondanti²⁹, latinismi superflui, selezioni lessicali non trasparenti o ambigue.
- Per i tecnicismi abbandonare – a favore della chiarezza e della precisione – la regola scolastica della *variatio*: in tutte le lingue specialistiche termini tecnici e vocaboli o espressioni puntuali vengono normalmente ripetuti, in quanto i sinonimi non hanno esattamente lo stesso significato e non sono altrettanto precisi.
- Ridurre l'eccesso di nominalizzazioni e cumuli nominali, di sostantivi astratti o indeterminati³⁰.
- Limitare l'uso di sigle, abbreviazioni, simboli e acronimi ai casi in cui siano correnti e funzionali: quando è possibile, giustapporre lo scioglimento almeno alla prima comparsa della forma ridotta.
- Controllare l'interpunzione³¹ e l'organizzazione grafica.

²⁵ In particolare i connettivi – cioè parole, espressioni, elementi grammaticali (congiunzioni e avverbi) – che esplicitano le relazioni tra enunciati o frasi (connettivi frasali) o tra periodi o parti di un testo (connettivi testuali); sulla specifica rilevanza nei testi ad alto vincolo interpretativo come quelli giuridici, cfr. ancora P. BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., pp. 276-278.

²⁶ Com'è noto, si definiscono “inferenze” – che sono fondamentali negli interi procedimenti – le informazioni che non sono esplicitate in un testo, ma che vanno dedotte logicamente sulla base del resto del testo (*cotesto*) o della situazione comunicativa (*contesto*).

²⁷ Si definiscono “pseudo tecnicismi” o “tecnicismi collaterali” le espressioni stereotipiche, non dettate da esigenze di denotatività scientifica – in quanto non aggiungono precisione nella designazione – ma preferite per la loro connotazione apparentemente più tecnica: ad esempio, se nell'italiano comune un magistrato interroga dei testimoni, nel linguaggio giudiziario, procede alla loro escussione.

²⁸ Sono i noti casi di effettuare (fare), onde, indi, ove, ancorché, cagionare (causare), ecc., purtroppo documentati e irriducibilmente perduranti a iosa nella scrittura forense.

²⁹ Fra i tanti esempi possibili, si pensi a formulazioni del tipo: provvedere agli approfondimenti del caso (approfondire), dare lettura o dare comunicazione (leggere, comunicare), portare a compimento (concludere), apporre la firma (firmare), ecc.; in questi casi, si ricorre al sostantivo per esprimere il significato e al verbo per il collegamento sintattico invece di affidarsi alla selezione della base lessicale di un unico verbo.

³⁰ Le parole di significato astratto e indeterminato introducono vaghezza e ambiguità: quando è possibile, è meglio ricorrere a parole concrete.

³¹ B. MORTARA GARAVELLI, *Prontuario di punteggiatura*, Laterza, Roma-Bari 2003.

Concordo totalmente con l'avvocato David Cerri, quando osserva: «Le regole dello scrivere – alla fine, per tutti, non solo per i civilisti – sono allora quelle della Scuola di Barbiana di Don Milani: “A Barbiana avevo imparato che le regole dello scrivere sono: aver qualcosa di importante da dire e che sia utile a tutti o a molti. Sapere a chi si scrive. Raccogliere tutto quel che serve. Trovare una logica su cui ordinarlo. Eliminare ogni parola che non serve. Eliminare ogni parola che non usiamo parlando. Non porsi limiti di tempo”. Se i montanari del Mugello e il curatore del *Black's Law Dictionary*, e Presidente di *Law-Prose*³², sono arrivati alle stesse conclusioni, qualcosa vorrà pur dire»³³.

Da sociolinguista, infine, non posso che concludere ribadendo che c'è un ineliminabile vincolo che connette “pratiche linguistiche e pratiche sociali”, di cui occorre imparare a tener conto nell'interesse pubblico e nel rispetto delle regole democratiche.

³² Il riferimento è a B.A. GARNER e ai suoi studi, da cui prende le mosse il contributo di D. CERRI, da cui è tratta la citazione.

³³ D. CERRI, *Efficienza e comprensibilità nel linguaggio del civilista*, cit., pp. 77-78.

La lingua di genere e il suo rapporto con il linguaggio giuridico italiano

Riflessioni introduttive

Stefania Cavagnoli

La riflessione sul rapporto fra linguaggio giuridico italiano e lingua di genere è relativamente recente. Di lingua di genere in senso più ampio in Italia se ne parla da molti anni, dalla pubblicazione di Alma Sabatini del 1987, edita per i tipi del Consiglio dei Ministri¹. Una pubblicazione ufficiale, che avrebbe potuto avere molto seguito. La riflessione e soprattutto l'applicazione di poche regole, che hanno lo scopo di rendere più oggettiva la comunicazione, più chiara e maggiormente corrispondente alla realtà che essa rappresenta, non si è invece diffusa ed ancora oggi ci si trova a dover fare il punto della situazione, spesso trovandosi di fronte a grandi resistenze o a reazioni esagerate.

Pare che la lingua di genere, il declinare al femminile ciò che la grammatica italiana prevede, crei difficoltà alle parlanti ed ai parlanti, che spesso si rifiutano di applicare semplici regole con la motivazione che esse creino espressioni “che suonano male”. Ciò che suona male, dà fastidio, è frutto di una mancanza di condivisione dell'uso. È attraverso l'uso che la lingua si modifica e si configura. Ma l'uso si implementa se le persone utilizzano certe espressioni, che con il tempo diventano comuni. Si arriva al paradosso che, per non utilizzare certe forme al femminile, si producono frasi insostenibili dal punto di vista grammaticale («la ministro Lorenzin si è recata...»). Le producono i giornalisti, le producono le professioniste e i professionisti.

Eppure la lingua è fondamentale nei rapporti fra le persone, di tipo personale e professionale. Non si tratta di una questione marginale, come spesso viene commentato e sostenuto, da tanti punti di vista. Serianni lo esprime bene, su uno dei maggiori quotidiani italiani:

«Il ministro Fornero, la ministra Fornero o magari la ministro Fornero? E ancora: Fornero o la Fornero? Non si tratta, a differenza di quel che ritiene qualcuno, di minuzie grammaticali: come spesso accade con le cose di lingua, è in gioco qualcosa di molto più importante; in questo caso il rapporto tra i generi e l'adeguamento del parlare comune a mutati rapporti di prestigio»².

In fondo basterebbe l'affermazione di Serianni a far capire quanto determinante possa essere la lingua, e soprattutto il suo uso, per una corretta comuni-

¹ A. SABATINI, *Il sessismo nella lingua italiana*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma 1987.

² L. SERIANNI, *Il Corriere della Sera*, 3 marzo 2012.

cazione. Corretta sia dal punto di vista grammaticale (la ministro Fornero è già un'infrazione alle regole elementari, che si imparano nella scuola primaria), sia soprattutto dal punto di vista sociolinguistico e pragmatico. L'uso del maschile nella lingua non significa forse un maggior prestigio di esso, e di conseguenza dell'uomo, sul femminile e sulla donna? La lingua non esprime sempre una realtà concreta a cui ci riferiamo, un'immagine di quello che consideriamo essere il mondo?

La crescente presenza di donne in posizioni alte, soprattutto dentro la politica e le professioni, porterà (ed in parte ha già portato) alla necessità di chiamarle con il loro nome: avvocat^a, primari^a, ministri^e. Nonostante molto si modifichi con le pressioni della realtà, già Sabatini, sosteneva che «molti di questi cambiamenti non si possono definire “spontanei”, ma sono chiaramente frutto di una precisa azione sociopolitica. Essi dimostrano l'importanza che la parola/segno ha rispetto alla realtà sociale e il fatto che siano stati assimilati significa che il problema è veramente diventato “senso comune” o che, per lo meno, la gente ormai si vergogna al solo pensiero di essere tacciata di “classista” o “razzista”»³.

In tempi molto più recenti, c'è un evidente bisogno di ribadire il pensiero, come fa Giuliani, «perché cambiamenti – linguistici e non – abbiano luogo, è necessario che maturino decisioni collettive. [...] Fornire un quadro di principi condivisi nel quale la discussione possa dispiegarsi liberamente e maturare azioni riconosciute come “corrette” da tutti»⁴. E ancora Giusti: «Per mezzo delle parole si designano cose e persone, eventi e stati di fatto, con la possibilità di attribuire loro (spesso in modo non del tutto cosciente o volontario) una connotazione “non neutra” ma positiva o negativa. Per tutte queste ragioni è evidente che le parole possono far male [...] Il linguaggio ci sembra uno dei punti chiave nel raggiungimento di pari opportunità e pari diritti, dato che è il codice formale che sta alla base di tutti i mezzi della comunicazione umana»⁵.

Nel riflettere e discutere su questo tema, la critica più diffusa è quella che si tratti di un sotto tema, che ci siano problemi molto più gravi di questo, anche in ambito di rispetto e di diritti per le donne (come, ad esempio, la questione del femminicidio). Naturalmente si condivide la critica: l'uso di una parola declinata al maschile per il femminile pare non avere conseguenze tragiche come certo ha la violenza fisica sulle donne. Con queste riflessioni si vuole però tentare di mostrare come invece l'uso di una lingua non adeguata al genere e alla posizione che questo genere dovrebbe rappresentare nella società contribuisca

³ A. SABATINI, *op. cit.*, p. 98.

⁴ F. GIULIANI, *Le parole, i concetti, l'esperienza. Riflessioni sulla semantica di “vita”*, in M.S. SAPEGNO (a cura di), *Che genere di lingua? Sessismo e potere discriminatorio delle parole*, Carocci, Roma 2010, pp. 91-111.

⁵ G. GIUSTI (a cura di), *Mi fai male...*, Atti del convegno, 18-20 novembre 2008, Cafoscarina, Venezia 2009, p. 89.

ad una costante sottovalutazione di competenze e ruoli e all'idea che quindi la donna ricopra una posizione di molto inferiore rispetto all'uomo⁶.

Per un'analisi sulla lingua di genere nel linguaggio giuridico e amministrativo si può partire dall'uso dei nomi di professione al femminile⁷, per allargare poi lo sguardo ai testi normativi, ai formulari giurisdizionali, alle routine comunicative in ambito giuridico. Le professioni giuridiche al femminile restano ancora un tema delicato, declinato al maschile. Forse perché, a differenza di altri ambiti professionali, la presenza femminile è subentrata tardi, sebbene abbia visto un potenziamento esponenziale, negli ultimi decenni, a cui avrebbe potuto seguire un adeguamento linguistico di genere. La realtà professionale del diritto si è modificata nel tempo. Se si pensa che solo nel 1963 le donne furono ammesse in magistratura, si capisce come, cambiando la realtà, sia stato necessario adattare la lingua, con neologismi, ma anche più semplicemente con l'uso al femminile di parole al maschile, che prevedevano, senza nessuna difficoltà, la modifica della desinenza in -a o la modifica dell'articolo (al femminile), essendo il sostantivo terminante in -e (epiceno). Si tratta di un problema culturale, in quanto in altre lingue (e culture) il tema è stato affrontato da anni ed è ormai divenuto normale usare sempre il femminile per riferirsi ad un'avvocata, una giudice, una procuratrice. "Suonerebbe male" il contrario. Una dimostrazione di come sia il tratto culturale a proporre una lingua adeguata al genere o meno emerge in situazioni che presentano più culture, come avviene nella Provincia autonoma di Bolzano/Südtirol, che da anni si occupa di lingua di genere nelle professioni e nei testi amministrativi, soprattutto come problema traduttivo. Se infatti nei testi elaborati in lingua tedesca il problema della lingua di genere è un non problema, ormai, è un'abitudine, nel momento del passaggio alla lingua italiana, come richiedono le norme costituzionali dello Statuto di autonomia⁸, si pone la questione di come nominare alcuni ruoli al femminile⁹. Lo stesso vale

⁶ Per il femminicidio si veda, fra gli altri, B. SPINELLI, *Femminicidio. Dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale*, Franco Angeli, Milano 2003.

⁷ Su tale argomento si vedano, fra gli altri studi, quelli di Cecilia Robustelli: C. ROBUSTELLI, *Linee guida per l'uso di genere nel linguaggio amministrativo*, Comune di Firenze, Firenze 2012 e C. ROBUSTELLI - G. KUSTATSCHER, *Vademecum per la sensibilizzazione dell'uso di un linguaggio non sessista*, Sigmamprint, CPO azienda sanitaria dell'Alto Adige, Bolzano 2008. Paolo di Stefano, *Corriere della Sera*, 18 novembre 2002, intitola una pagina intera con: *Infermiera sì. Perché ministra no?* «Il sessismo non è un problema grammaticale (il neutro non esiste in italiano) ma sociale. Accettato dalle donne che negli anni 90 confusero parità e omologazione al modello maschile». E continua, nel testo: «non di rado [...] ci troviamo di fronte a costruzioni contraddittorie del tipo: la ministro Carafagna, il presidente Marcegaglia è stato accolto, o l'architetto Gae Aulenti è morto».

⁸ <http://www.regione.taa.it/codice/statuto.aspx>, che prevede la pubblicazione di testi paralleli, corrispondenti anche dal punto di vista grafico.

⁹ Si veda la brochure *Buongiorno dottoressa*, curata da Robustelli e Kustatscher, ma soprattutto si consultino le direttive per il rispetto del genere nei testi dell'Amministrazione

per l'esperienza svizzera del Canton Ticino¹⁰. Ma è nel linguaggio giuridico che la donna sparisce; i testi sono quasi sempre androcentrici e considerano la donna "inclusa" nella parola utilizzata al maschile. I diritti dell'uomo, l'omicidio di un uomo. Espressioni che denotano clausole generali quali "buon padre di famiglia", "destinazione del padre di famiglia", così come singoli concetti tali "figlio naturale, legittimo, riconosciuto"¹¹, "tutore", "erede", comunicano immediatamente il deciso orientamento di genere del linguaggio alla realtà sociale e professionale italiana attuale. Diversamente, esistono espressioni che, nel panorama giuridico, hanno conosciuto un adeguamento a nuove realtà. Si pensi, ad esempio, all'espressione "patria potestà" poi sostituita da "potestà genitoriale", nell'ambito del diritto di famiglia.

L'analisi del linguaggio giuridico con uno sguardo sulla lingua di genere mette in evidenza come la società si muova più velocemente della lingua, e come il diritto abbia bisogno di più tempo per recepire i cambiamenti sociali. Mette altresì in rilievo che l'asimmetria attuale delle questioni linguistiche è solo un riflesso delle asimmetrie di fatto e che già le proposte di modifica sul piano linguistico inevitabilmente sollevano questioni di potere. Tuttavia, trasformando il linguaggio, si possono modificare alcune situazioni di potere e di asimmetria nel senso di un'uguaglianza sostanziale e non solo formale. Ciò vale per nuovi diritti, che hanno bisogno di nuove parole (si pensi all'ambito LGBT), ma anche per vecchi ruoli, che assumono connotazioni diverse (ad esempio le denominazioni al femminile dei termini "magistrata" e "avvocata").

Analizzando nei principali dizionari della lingua italiana i due termini, si trovano, per il termine avvocatessa, attestazioni già nel XIV secolo, con l'appellativo alla Madonna.

Con una ricerca nel dizionario online Sabatini Coletti si trova il lemma al femminile:

avvocata¹²

[av-vo-cà-ta] s.f.

- 1 non com. Donna avvocato
- 2 relig. (iniziale maiusc.) Appellativo della Madonna in quanto intercede per i peccatori sec. XIV

provinciale, pubblicati sul Bollettino Ufficiale il 24 gennaio 2011, http://www.provincia.bz.it/avvocatura/service/novita.asp?presanwt_action=4&presanwt_article_id=385517.

¹⁰ L. PESCIA, *Il maschile e il femminile nella stampa scritta del Canton Ticino e dell'Italia*, in M.S. SAPEGNO (a cura di), *Che genere di lingua? Sessismo e potere discriminatorio delle parole*, Carocci, Roma 2010, pp. 57-74.

¹¹ Mentre scrivo questo libro, si annuncia una modifica alla legge sui figli naturali. Un'ennesima dimostrazione che la realtà cambia le parole, e le parole modificano la realtà. D'ora in poi si parlerà, anche a livello di linguaggio giuridico, solo di figli.

¹² http://dizionari.corriere.it/dizionario_italiano/A/avvocata.shtml

Avvocata esiste, ma non è comune. Si deve ricorrere alla spiegazione “donna avvocato”.

Nel Grande dizionario Gabrielli¹³ il lemma è il seguente:

avvocata [av-vo-cà-ta] s.f.

1 non com. Donna che esercita l'avvocatura

2 scherz. Donna chiacchierona

3 RELIG Colei che protegge, che intercede, riferito alla Madonna

Anche in questo dizionario, il lemma è previsto, sebbene nella prima accezione lo si intenda come “non comune”, e nella seconda scherzoso, ma connotato negativamente e legato agli stereotipi della donna che chiacchiera.

In un'ulteriore ricerca, nel Dizionario italiano online¹⁴, si legge infine:

avvocàta [avvo'kata] s. *sf* protettrice

La professionista del diritto è addirittura sparita, è rimasta l'immagine di colei che protegge, magari su ispirazione divina.

Dall'analisi del Gradit, Grande dizionario dell'uso, di De Mauro¹⁵, ci si aspetta una visione più realistica e attuale. Il lemma è così redatto:

avvocata /avvo'kata/ (av-vo-ca-ta) s.f. 1. Scherz. → avvocato. 2 TS relig. [av. 1306; cfr. lat. *advocata*] solo sing. per anton. spec. con iniz. maiusc., appellativo riservato alla Madonna o a una santa, in quanto protettrice. 3 BU iron., donna che ama discutere 3. (19)

La lettura sorprende. Come prima accezione quella scherzosa? Con il significato di avvocato? Non è previsto dunque l'uso del sostantivo femminile come rappresentativo della donna che esercita in avvocatura?

Controllando il lemma al maschile, si legge che si tratta di: «Avvocato professionista laureato in giurisprudenza e iscritto all'albo degli avvocati e procuratori che, in forza di un mandato affidatogli dal cliente, lo assiste in giudizio».

Le accezioni continuano, sempre al maschile, nessun riferimento alla presenza femminile. Alla fine del lemma, sotto DER. (derivati) si legge «avvocata, avvocateggiare, avvocatéria, avvocatésco, avvocatessa, avvocatorio, avvocatúra, avvocazia». Alla seconda accezione, quella di «difensore, patrocinatore... si trova GRAMM. femm. scherz. avvocata».

¹³ http://www.grandidizionari.it/Dizionario_Italiano/parola/A/avvocata.aspx?query=avvocata

¹⁴ <http://www.dizionario-italiano.it/deinizione-lemma.php?definizione=avvocata&lemma=A0E7E400>

¹⁵ T. DE MAURO, *La fabbrica delle parole. Il lessico e problemi di lessicologia*, Utet, Torino 2005, p. 549. Si noti qui che il lemma “magistrata” non è neppure registrato nel Gradit.

Quindi non si tratta di un errore in uno dei due lemma, ma evidentemente di una convinzione. Non solo, ma contrariamente alle Raccomandazioni di Sabatini del 1987, nei derivati è riportata anche “avvocatessa”, senza nessuna indicazione aggiuntiva.

Eppure il sostantivo avvocatessa è diffuso già a fine Ottocento, si trova anche nella pubblicazione di Gabba, che nel 1884 pubblica a Pisa il libro *Le donne non avvocate*. Permane quindi l'oscillazione fra avvocatessa e avvocatessa, ma pare che quest'ultimo sostantivo sia il più diffuso da chi sostiene la presenza femminile in avvocatura. Anche il documento di Cogliolo del 1912, a difesa di Teresa Labriola, riporta: «concludo con dire che la legge professionale degli avvocati non contenendo divieto alcuno, le donne possono essere avvocate». Sebbene poi lo stesso aggiunga: «Che sia bene che esse si diano a questa professione è un'altra cosa: non siamo noi giuristi che dobbiamo occuparci di ciò»¹⁶.

La strada è ancora lunga, se ci affidiamo alla lessicografia. Ma il correttore di word ha già accettato “avvocata”. Forse l'uso prevale, una volta di più, sulla norma e sulla sua codificazione.

Esiste una differenza di adattamento nelle diverse branche del diritto, come per esempio nel diritto civile e in particolare di famiglia, nel quale si è passati dalla “patria potestà” alla “potestà genitoriale”, riconoscendo in questo modo non solo la presenza della madre, dal punto di vista linguistico, ma anche, e soprattutto, dal punto di vista giuridico, attribuendole competenze e potere. Modificando la realtà linguistica – in parallelo con la realtà sociale – si è infine modificata anche la realtà giuridica.

Chi ha il potere di modificare una lingua maschile come è, di fatto, quella giuridica?

La società, ma soprattutto gli esperti di questa disciplina, i giuristi e le giuriste che la usano e la (tras)formano ogni giorno. Il compito di questo loro lavoro è quello di individuare un punto di equilibrio fra rigidità ed elasticità, fra comprensibilità e chiarezza e inequivocabilità del messaggio. La lingua, e quindi anche il suo linguaggio giuridico, è dinamica, adattabile alle situazioni e alle persone che la utilizzano, volendo comunicare un pensiero.

L'uso delle parole è funzionale ad un determinato obiettivo. Tale uso può rivelarsi pericoloso, perché sempre veicola un mondo di riferimento con i suoi valori o disvalori. Questo è vero anche per il diritto, basato su valori (culturali), e per il suo linguaggio. E questo potrebbe essere il motivo per cui attualmente, nella lingua italiana, non si ha una grande attenzione al genere, soprattutto nel linguaggio giuridico, a maggior ragione se, come si è voluto dimostrare, confrontato con altre lingue. Ma il linguaggio giuridico dovrebbe utilizzare coscientemente una lingua di genere, perché i destinatari delle norme sono

¹⁶ In G. ALPA, *L'avvocato. I nuovi volti della professione forense nell'epoca della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna 2005, p. 82.

persone di genere diverso e la realtà sociale e le sensibilità delle persone sono cambiate rispetto al passato.

Di fronte alla legge siamo tutti uguali, esiste dunque l'uguaglianza formale. Ma nella realtà? In uno Stato democratico di diritto il principio di uguaglianza non può essere soltanto formale senza considerare la specifica situazione individuale, ma impone altresì che essere differenti significhi poter avere un trattamento paritario, seppur adeguato alla persona che ne è destinataria. La grande sfida va quindi verso una uguaglianza sostanziale, che si esprime anche nel linguaggio utilizzato. Sfida che può essere affrontata e vinta partendo dalla formazione, diffondendo il tema sia fra chi si occupa di diritto sia tra chi si occupa di linguistica, investendo nella formazione di avvocate e avvocati, anche attraverso la Scuola superiore dell'avvocatura e l'università, la cultura della lingua di genere per la scrittura di testi giuridici. Punto di partenza potrebbe essere la collaborazione fra linguisti e giuristi per una revisione dei principali testi d'uso, con l'obiettivo di uniformare il linguaggio giuridico, a livello nazionale, anche dal punto di vista della lingua di genere. Con l'obiettivo di creare "norma" linguistica. Lo stesso dovrebbe avvenire a livello legislativo, come avviene in tanti paesi esteri, anche qui con il doppio obiettivo di semplificare i testi giuridici, senza snaturarli o renderli troppo complessi per l'uso, e adeguarli ai destinatari.

Analizzando diverse tipologie testuali, la scelta di partire dalla Costituzione sostiene l'idea che l'analisi di documenti costituzionali sia un primo passo molto significativo sia per i valori di riferimento di un sistema giuridico, sia per le modifiche del linguaggio. Basti pensare all'adeguamento dei vecchi diritti ("lavoratore" e "lavoratrici") e alla creazione di nuovi diritti (come l'introduzione delle quote "rosa"), e alla conseguente necessità di trovare denominazioni.

Pare che partire dalle istituzioni, come aveva tentato la Presidenza del Consiglio dei Ministri nel 1987, non serva a molto nonostante l'importanza (simbolica) della parità di genere anche nei testi normativi. Cerchiamo di partire (anche) dal basso, e dall'educazione di bambine e bambini, già dalla scuola dell'infanzia, rafforzando quanto si sta facendo, e si è fatto, nei percorsi formativi a livello nazionale e locale. E chissà che, fra non molti anni, ci si stupisca di tutte quelle discussioni legate all'anormalità di un femminile in posizione di prestigio (un'amministratrice delegata alla Fiat?).

In questo contesto, linguisti e giuristi sono chiamati a riflettere insieme sul futuro della lingua giuridica, in quanto veicolo di realtà, anche al fine di sensibilizzare il legislatore futuro circa quale realtà si voglia veicolare con il linguaggio scelto nei testi giuridici.

Resta l'auspicio che, dalle "minuzie grammaticali", si passi ad un vero cambiamento linguistico che rappresenti la realtà sociale e professionale di donne e uomini, almeno per le nuove generazioni.

Bibliografia

- M. APRILE, *Dalle parole ai dizionari*, Il Mulino, Bologna 2008.
- S. CAVAGNOLI, *Linguaggio giuridico e lingua di genere: una simbiosi possibile*, Edizioni dell'Orso, Alessandria 2013.
- A. DURANTI, *Cultura e discorso, un lessico per le scienze umane*, Meltemi, Roma 2002.
- F. FUSCO, *La lingua e il femminile nella lessicografia italiana. Tra stereotipi e (in)visibilità*, Edizioni dell'Orso, Alessandria 2012.

Argomentare in processo

Il “ragionamento per dicotomie” nella strategia difensiva

Parte seconda

Fabrizio Macagno e Federico Puppo

Come dicevamo in precedenza, il ragionamento per opposti interviene fondamentalmente a quattro diversi livelli: la sussistenza dei fatti, la loro definizione e qualificazione e, infine, la valutazione degli aspetti procedurali. Dopo avere analizzato le due prime fasi della controversia, vale a dire la sussistenza e definizione dei fatti, è necessario analizzare il momento della loro qualificazione, ovvero valutazione, e la dimensione strategica della correttezza procedurale. In questi due livelli il ragionamento per opposizioni può fornire tecniche difensive estremamente efficaci.

L'uso delle dicotomie nella valutazione dei fatti

La valutazione dei fatti è un livello subordinato ai primi due, poiché esso si presenta una volta che la sussistenza e la definizione dei fatti medesimi siano già state compiute: in questa fase si tratta, in effetti, di qualificare il fatto tramite cause di giustificazione, scriminanti o scusanti, oppure aggravanti¹. Per esempio, la qualificazione di un'aggressione muta laddove si sia dimostrato che il soggetto attivo abbia agito in stato di legittima difesa ovvero abbia fatto ricorso all'uso di armi bianche o da sparo.

L'esempio classico che la tradizione latina fornisce di questa fase è la qualificazione di un omicidio di un adultero: dopo avere, cioè, stabilito che il fatto sussiste e che esso deve essere definito come omicidio volontario, la discussione verte sul fatto se si sia o meno in presenza di una scriminante, poiché la vittima era un adultero. In queste ipotesi le dicotomie si riversano sulla *stasis* della *qualitas*, cioè del movente:

L'imputato deve fornire il movente dell'omicidio: “Per adulterio”, afferma, “perché per legge si possono uccidere coloro che commettono adulterio”. La legge è chiara [...] e dalla confessione emerge che questi fossero amanti adulteri. “Ma tu” afferma l'accusa, “non potevi ucciderli: tu non eri nel possesso dei tuoi diritti civili”².

A volte, a questo livello, le definizioni possono essere oggetto di controversia, come dimostra il seguente esempio:

¹ CIC., *De Invent.*, I, 12.

² QUINT., *Inst. Or.*, VII, 1, 7-8. Per altro esempio cfr. *ibid.*, V, 10, 32.

Si consideri il caso di un eunuco che commetta adulterio. Il marito è legittimato ad uccidere l'adultero se colto sul fatto; un uomo trova un eunuco a letto con la moglie e lo uccide e viene accusato di omicidio. Qualsiasi cosa l'eunuco stesse commettendo, chiaramente non lo si può definire con sicurezza un adulterio; il fatto (e pure lui) non presentava qualche caratteristica essenziale per definire il reato come adulterio. Tuttavia, questo adulterio incompleto può essere classificato e giudicato come un adulterio? Nel caso lo fosse l'omicidio è da giudicarsi nell'ambito della legge sull'adulterio; nel caso contrario, l'omicidio è volontario³.

Qui la controversia riguarda la valutazione dell'omicidio sulla base della classificazione di un comportamento che dipende dall'introduzione di una nuova categoria, vale a dire i comportamenti illeciti di natura sessuale: è in essi che, in effetti, si colloca l'adulterio, in opposizione ad altri comportamenti che escludono il rapporto sessuale. Le conseguenze di questa classificazione ricadono sulla valutazione dell'omicidio poiché, secondo la legge del tempo, l'omicidio di un adultero escludeva l'antigiuridicità; tuttavia, la classificazione di un eunuco come adultero appare controversa. Anche in questo caso l'opposizione è di natura definitoria e il ragionamento su di essa fondato può essere descritto come segue:

<i>Ragionamento per opposti - valutazione</i>	
PROPOSIZIONI AFFERMATE	PREMESSE IMPLICITE
1. L'omicidio di un adultero è legittimo.	
2. L'omicidio di una persona che non abbia commesso adulterio è illegittimo.	
3. Un eunuco può solo commettere un adulterio incompleto.	
4. DICOTOMIA	O una persona è un adultero, o ha rapporti che non possono essere considerati relazioni matrimoniali.
5. Un adulterio incompleto non può essere considerato una relazione matrimoniale.	
6. (da 4 e 5)	Quindi un adulterio incompleto non è un adulterio.
7. Conclusione preliminare (da 3 e 6) Quindi l'eunuco non può aver commesso adulterio e non può essere considerato un adultero.	
CONCLUSIONE (da 2 e 7) Quindi l'omicidio di un eunuco non è legittimo.	

³ M. HEATH, *The Substructure of Stasis-Theory*, cit., p. 114.

Come si vede, ai fini della costruzione della dicotomia in 4, ciò che è rilevante è la caratteristica semantica “essere una relazione matrimoniale”, che per sua natura comporta un rapporto sessuale. Definendo una nuova categoria semantica, l'accusa non prova che l'eunuco non sia un adultero, ma che non possa essere classificato come tale. La dicotomia fonda, quindi, più che una classificazione vera e propria, un ragionamento che procede da una mancanza di classificazione (un eunuco non ricade nell'interpretazione di “adultero” perché non può avere una relazione matrimoniale) ad una nuova classificazione che esclude l'adulterio (un eunuco è colpevole di una relazione che non è di natura matrimoniale, e quindi il suo omicidio non è legittimo).

Il ragionamento per dicotomie a questo livello della discussione giuridica nell'ambito del *common law* può essere applicato a due differenti tipi di argomentazione: il ragionamento per classificazione ed il ragionamento deliberativo. Dal momento che la *stasis* della *qualitas* riguarda la fase decisoria, la caratteristica peculiare di questo momento dibattimentale è il ragionamento per conseguenze, in cui una decisione è valutata in base alle possibili conseguenze sociali o etiche che essa può avere. Come sottolineato in precedenza nell'esempio del processo ad O.J. Simpson⁴, il ragionamento retorico per dicotomie può essere usato per mostrare come una decisione possa comportare un rischio che l'alternativa esclude. Lo stesso rischio di fornire inesatte istruzioni alla giuria può comportare fraintendimenti nella valutazione delle circostanze attenuanti, generando un ragionamento dicotomico da parte della difesa o della Corte nell'introduzione o nell'ammissione dei fattori attenuanti. Un esempio utile a questo riguardo riguarda l'interpretazione proprio di circostanze attenuanti relativamente alla decisione della condanna capitale nello stato del Texas. In un processo di questo tipo è ovvio che le attenuanti debbono essere considerate; tuttavia la modalità della loro valutazione ha spesso creato gravi conseguenze:

In alcuni stati americani come il Texas, Ohio ed Oklahoma, la condanna capitale dipende essenzialmente dalla valutazione di un fattore controverso, cioè «se vi sia una probabilità che l'imputato commetta in futuro atti criminali violenti che costituiscano una minaccia costante per la società»⁵. Fattori come disturbi mentali o psicosi, o un trascorso di vittima di forti violenze possono essere usati come attenuanti⁶. Tuttavia in alcune cause in Texas ed in Oklahoma (si veda *Streetman v. Lynaugh* e *Eddings v. Oklahoma*) tale istruzione non veniva fornita alla giuria, che si trovava di fronte ad una dicotomia inesatta dal punto di vista interpretativo: cioè se la circo-

⁴ V. la parte prima del saggio pubblicato sul numero 2/2013 di questa *Rivista*.

⁵ Tex. Code Crim. Proc., art. 37.071, (b).

⁶ Per una chiara interpretazione dei fattori mitiganti, si vedano le istruzioni alla giuria dello Stato dell'Ohio, in *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586, 98 S. Ct. 2954, 57 L. Ed. 2d 973 (1978).

stanza attenuante potesse o meno eliminare la probabilità di future azioni criminali violente da parte dell'imputato⁷.

Più precisamente, nel caso *Streetman v. Lynaugh*, la dicotomia interpretativa ha generato un forte dibattito in cui venivano evidenziate due conseguenze a livello valutativo: in primo luogo, la giuria, posta di fronte a due possibilità classificatorie fondate sull'unico fattore della possibilità di azioni criminali future, avrebbe finito con il classificare la prognosi sulla pericolosità sociale dell'imputato non come attenuante, ma anzi come un'aggravante; ed ecco perché, in secondo luogo, la difesa, temendo proprio tale conseguenza, preferì non introdurre la discussione su tali fattori attenuanti, che apparivano fondati su prove difficilmente confutabili⁸. Nel caso *Eddings v. Oklahoma* fu invece addirittura la Corte ad escludere tali circostanze in quanto irrilevanti: in questo caso si può notare come la valutazione di una pena ridotta (da sentenza capitale a carcere a vita) dipese da due distinti fattori, ossia la valutazione del carattere del reo (e quindi il fattore della pietà) e la previsione di sue possibili azioni future (e quindi il fattore conseguenze).

L'uso delle dicotomie nella *translatio*

Infine, come ricordavamo, il ragionamento per dicotomie interviene nell'ultima fase della *stasis*, cioè nella procedura, anche chiamata *translatio*: quella fase, cioè, che verte sulla valutazione delle condizioni del giudizio, come per esempio le scadenze o la giurisdizione, che si situa al livello di una meta-discussione:

Ma quando la causa dipende da questa circostanza, cioè quando un uomo non cita in giudizio chi dovrebbe, o non può rappresentare la parte in giudizio, o non perora la causa dinanzi alla corte preposta, o non rispetta le scadenze, o le disposizioni di legge, avanzando la dovuta accusa e richiedendo la dovuta pena, essa dipende dalle eccezioni⁹.

A questo livello, le dicotomie possono essere usate per dimostrare che la procedura utilizzata non è accettabile perché quella che avrebbe dovuto essere adottata era di tipo differente. Mostrando la ragionevolezza di una procedura, di una giurisdizione o di un tipo di domanda si evidenzia quindi l'errore nel perseguimento della possibilità ad essa alternativa. Si veda, per esempio, la seguente parafrasi di un passo di Quintiliano che illustra questa strategia relativa alle dicotomie nella *stasis* della *translatio*, il cui punto controverso è se la domanda di restituzione presentata dall'attore fosse da considerarsi legittima o meno¹⁰:

⁷ *Streetman v. Lynaugh*, 484 U.S. 992 (1988) at 591. Si veda anche *Eddings v. Oklahoma*, 455 U.S. 104, 102 S. Ct. 869, 71 L. Ed. 2d 1 (1982).

⁸ *Streetman v. Lynaugh*, cit., at 591.

⁹ C.I.C., *De Invent.*, I, 10.

¹⁰ QUINT., *Inst. Or.* III, 6, 70-72.

Si doveva richiedere la restituzione della somma depositata al console e non al pretore, dal momento che la somma è troppo elevata per la competenza del pretore. Non bisognava procedere con una richiesta di restituzione di proprietà (*interdictum*), ma con una domanda (*petitio*) di possesso.

In casi come questo il ragionamento si fonda sui criteri di competenza, che prevedono una disgiunzione tra la giurisdizione del console e quella del pretore, ovvero sulle condizioni di procedibilità di un'azione, diverse a seconda che si tratti di restituzione di proprietà o di possesso. La forza dialettica di questi esempi, soprattutto del primo, è molto forte, perché la dicotomia viene usata per incrementare, fino potenzialmente a renderlo insostenibile attraverso i meccanismi dell'eccezione processuale, l'*onus probandi* della controparte, deducendo ad esempio dalla negazione della legittimità della giurisdizione adottata la competenza alternativa.

Il ragionamento per dicotomie può a tutt'oggi essere usato a questo livello della discussione giuridica, come dimostra il seguente caso del *common law* statunitense, che si riferisce ad un esempio di natura penalistica:

La difesa eccepiva che un perito psicologo di parte aveva fornito una perizia giurata inaccettabile, comprovante la colpevolezza dell'imputato e la credibilità delle dichiarazioni della vittima. La Corte riteneva che la testimonianza dello psicologo relativa alle dichiarazioni della vittima, riguardanti il fatto che la vittima fosse stata oggetto di abusi da parte dell'imputato, era ammissibile, in quanto lo psicologo aveva in cura la vittima e l'identificazione da parte dell'esperto dell'autore dell'abuso era parte essenziale della diagnosi e della cura. La Corte dichiarava che, sebbene l'identificazione da parte dello psicologo dell'imputato come l'autore del crimine costituisse un parere non ammissibile relativo alla colpevolezza dell'imputato, essa non ricadeva in un errore evidente, in quanto la difesa non aveva dimostrato la pregiudizialità di tale testimonianza¹¹.

In questo caso, una dicotomia viene creata tra due tipi di errore: l'errore evidente (c.d. *plain error*), che comporta l'annullamento della decisione, e l'errore procedurale (c.d. *trial error* o "errore per se"), che non provoca tale conseguenza¹². L'accusa, invece di provare che l'errore era semplicemente di questo secondo tipo, sceglieva di mostrare che le condizioni per classificarlo come errore evidente non si verificavano. Il ragionamento può essere rappresentato come segue:

¹¹ *Large v. State*, 2008 WY 22, P 23, 177 P.3d 807, 814 (Wyo. 2008).

¹² Si veda M. TURCONI, *Insufficienza di prova e giudizio di merito sulla colpevolezza in sede di impugnazione nel sistema processuale statunitense*, in *Arch. nuova proc. Pen.*, 1/2010, pp. 1-16.

Ragionamento per opposti a livello procedurale	
PROPOSIZIONI AFFERMATE	PREMESSE IMPLICITE
1. L'errore evidente comporta tre fattori: l'errore, per essere evidente, deve (1) essere chiaramente riportato nella documentazione; (2) essere in chiara e inequivocabile violazione di una legge; e (3) comportare la mancata attribuzione di un diritto al ricorrente che provoca un pregiudizio essenziale.	
2. Il controricorrente non ha provato che la testimonianza era pregiudizievole.	
3. (da 1 e 2)	Il controricorrente non poteva provare che l'errore era evidente.
4. DICOTOMIA	Un errore o è evidente o non è evidente.
5. Conclusione preliminare (da 3 e 4) Quindi non è un errore evidente.	
6.	Un errore o è evidente o è un errore <i>per se</i> (procedurale).
CONCLUSIONE (da 5 e 6) Quindi si tratta di un errore <i>per se</i> (procedurale).	

Questo tipo di ragionamento è piuttosto complesso, perché procede da due distinti processi di ragionamento per dicotomie. La prima dicotomia procede da un ragionamento *ad ignorantiam*¹³, in cui dal fatto che il controricorrente non poteva provare che l'errore era evidente, si deduce che l'errore non era evidente. Il secondo ragionamento procede invece dalla dicotomia tra errore evidente ed "errore per se", o procedurale¹⁴, da cui conclude che non potendo essere l'errore evidente, questo era procedurale.

In questo caso possiamo notare come il ragionamento per *modus tollendo ponens* sia congiunto con un tipo di negazione defaultivo che ha l'effetto di spostare l'onere della prova. Tale strategia è spesso applicata alle routine o ai protocolli: la prova di aver o non aver rispettato una determinata routine o protocollo giustifica la presunzione che l'imputato non sia responsabile per una manchevolezza o un errore, e quindi la conclusione che egli possa essersi comportato negligenemente.

¹³ Lo schema logico è il seguente: Premessa maggiore: Se A fosse vera, allora sapremmo che A è vera. / Premessa minore: Non sappiamo che A è vera. / Conclusione: Quindi A non è vera (cfr. D. WALTON, *Arguments from Ignorance*, The Pennsylvania University Press, University Park, Albany 1996, p. 84).

¹⁴ D. McCORD, *The "Trial"/"Structural" Error Dichotomy: Erroneous, and Not Harmless*, in *U. Kan. L. Rev.*, 45/1996, pp. 1401-1461.

Un caso particolare del ragionamento per dicotomie nella fase procedurale consiste nella creazione di una dicotomia per così dire “artificiale” al fine della classificazione di un fatto determinato, come è avvenuto per esempio in un celebre caso statunitense di diritto del lavoro, *United Steelworkers of America, AFL-CIO-CLC v. Saint Gobain Ceramics*¹⁵, in cui si discute sulla possibilità di instaurare un arbitrato, ovvero ricorrere alle normali forme del giudizio. In punto fatto la causa può essere descritta come segue:

Il 2 marzo 2004 la società licenziava due membri del sindacato per insubordinazione. Il medesimo giorno il sindacato depositava un reclamo contro la legittimità di entrambi i licenziamenti. Il contratto collettivo nazionale del lavoro prevedeva un processo in quattro fasi per la risoluzione delle controversie. Il reclamo del sindacato rispettava tutti i requisiti delle prime tre fasi. Il 29 marzo 2004 la società redigeva una risposta ad entrambi i reclami, ricevuta dal sindacato l'8 aprile 2004. In base al contratto nazionale, il sindacato ha 30 giorni lavorativi per presentare ricorso contro la decisione della società ricorrendo alla quarta fase, l'arbitrato. Qualora il sindacato non comunicasse la decisione di presentare ricorso entro tale termine, il contratto prevede automaticamente la rinuncia, da parte del sindacato, ad avvalersi del diritto di ricorrere all'arbitrato. Il sindacato comunicava la sua decisione di presentare ricorso tramite una lettera datata 19 maggio 2004, ricevuta dalla società il successivo 24 maggio 2004. La società informava quindi il sindacato che la controversia non poteva essere portata dinanzi all'arbitro in quanto la comunicazione della decisione di avvalersi di tale tipo di procedura era stata ricevuta dopo il termine dei 30 giorni.

Il problema procedurale riguarda un tipico problema di computo dei termini ed in particolare la data del *dies a quo* per calcolare i 30 giorni per depositare l'istanza di arbitrato: se il 29 marzo (data indicata sulla lettera) o l'8 aprile (giorno di ricezione della missiva). Tuttavia la controversia si spostava su un livello precedente, visto che la classificazione della decorrenza dei termini come questione procedurale¹⁶ veniva contestata dalla Corte di prima istanza¹⁷ che introduceva la dicotomia tra termini espliciti e non espliciti. Con ciò si intende fare riferimento ad una distinzione relativa alle clausole temporali, suddivise in due categorie che implicano diverse conseguenze giuridiche: le clausole che esplicitamente stabiliscono le decorrenze dei termini e la giurisdizione, e quelle in cui tali indicazioni non sono presenti. Nel primo caso la decisione andrebbe rimessa al tribunale ordinario, mentre nel secondo caso all'arbitro. Ma a causa di un problema interpretativo, nel caso che ci interessa il concetto di “termine esplicito” e “termine implicito” veniva frainteso e fatto rientrare nel novero dei

¹⁵ *United Steelworkers of America, AFL-CIO-CLC v. Saint Gobain Ceramics* 467 F.3d 540, Oct. 30, 2006.

¹⁶ *Housam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 537 U.S. 79 (2002).

¹⁷ Si veda anche *General Drivers, Warehousemen and Helpers, Local Union 89 v. Moog Louisville Warehouse*, 852 F.2d 871 (6th Cir. 1988).

problemi riguardanti l'indicazione del divieto di intentare causa per decorrenza dei termini. Poiché nel contratto collettivo nazionale tali divieti sono espliciti, la Corte di prima istanza riteneva *de plano* che la vertenza dovesse essere rimessa al giudizio del tribunale, rientrando fra le c.d. controversie di natura strutturale. Tale di tipo di ragionamento può essere schematizzato nella solita tabella:

<i>Ragionamento per opposti – fase procedurale</i>	
Una controversia è di carattere <i>procedurale</i> (e quindi deve essere sottoposta ad arbitrato) o di natura <i>strutturale</i> (e quindi deve essere rimessa al tribunale).	
La decorrenza dei termini è di carattere procedurale a meno di un accordo contrario.	
Il contratto prevedeva termini poco chiari senza specificare il foro o la competenza.	
DICOTOMIA REALE	FALSA DICOTOMIA
Le clausole temporali o sono esplicite o sono non esplicite (cioè prevedono esplicitamente o non esplicitamente che la mancata osservanza dei termini è da considerarsi problema strutturale e quindi da sottoporsi al tribunale ordinario).	Le clausole temporali o sono esplicite o sono non esplicite (cioè le conseguenze della mancata osservanza dei termini o sono menzionate o non sono menzionate).
Nell'accordo i termini non erano chiari (la decorrenza non era indicata) e la giurisdizione non era dichiarata.	Nell'accordo i termini temporali, cioè le conseguenze, erano chiari, anche se la loro applicazione non lo era.
Quindi tale questione è da considerarsi di natura procedurale.	Quindi tale questione è da considerarsi di natura strutturale.

In questo caso possiamo notare come la dicotomia da cui derivare conseguenze di livello procedurale dipenda in realtà da un problema interpretativo, in cui il concetto chiave che stabilisce il genere semantico, cioè “esplicito”, può essere diversamente interpretato, creando distinzioni e quindi paradigmi differenti.

L'uso strategico della dicotomia nella fase della *translatio* può così anche fondarsi su una tecnica interpretativa. In questi casi, uno dei termini di una dicotomia preesistente viene interpretato in modo da creare una dicotomia caratterizzata da nuove alternative ma dalle medesime conseguenze sul piano procedurale. Ciò che l'interpretazione consente è la classificazione del caso in questione con la conseguente esclusione delle conseguenze opposte.

Si consideri a tale riguardo il famoso caso *Nike, Inc. v. Kasky*¹⁸, risolto con un accordo transattivo, e che possiamo ricostruire come segue:

La Nike veniva citata in giudizio da Kasky, un privato cittadino, per pubblicità ingannevole, sulla base della falsità delle comunicazioni e della pubblicità da parte della

¹⁸ *Nike, Inc. v. Kasky*, 539 U.S. 654 (2003).

società relativamente alle condizioni di lavoro nei suoi stabilimenti stranieri. Nike eccepiva l'ammissibilità della domanda, depositando un *demurrer* con cui si appellava al 1° emendamento della Costituzione, che sancisce la libertà di parola. Il Tribunale emette una sentenza di primo grado, in seguito confermata in appello, a favore della Nike, classificando le sue dichiarazioni come "discorso pubblico" in quanto relativo a questioni concernenti temi di rilevanza pubblica. Nel 2002 la Corte Suprema della California annulla tale sentenza, ritenendo piuttosto esistenti elementi essenziali di un "discorso commerciale" (natura commerciale del parlante, dell'audience e del messaggio), tutti soddisfatti dalle dichiarazioni della Nike. La Corte Suprema Americana archivia infine il caso per intervenuta transazione, con una pronuncia in cui però la maggioranza dei giudici si dichiaravano contrari alla classificazione stabilita della Corte Suprema della California su che cosa debba essere ritenuto "discorso commerciale", pur mantenendo ferme le conseguenze procedurali.

Questo caso è estremamente significativo, in quanto l'opposizione "discorso commerciale – discorso pubblico" si gioca sull'interpretazione del concetto di finalità del discorso: se lo si ritiene diretto ai clienti in quanto tali si tratta di discorso commerciale, mentre se lo si ritiene diretto ai clienti in quanto cittadini – e quindi con principi etici da difendere – si tratta di discorso pubblico. I termini della dicotomia, lasciati vaghi nella giurisprudenza americana¹⁹, sono interpretati per essere applicati al caso in questione, in cui l'oggetto della discussione si ritiene essere di rilevanza commerciale. La creazione di una nuova dicotomia, motivata da considerazioni di carattere politico e sociale²⁰, specifica e modifica la preesistente definizione di "discorso commerciale", cioè «discorso che non fa altro che proporre una transazione di natura economica»²¹, stabilendo che esso invece debba essere inteso come «discorso indissolubilmente connesso all'attività commerciale»: categoria in cui si fa rientrare «qualsiasi cosa detta da chiunque sia coinvolto nel commercio ad un uditorio di clienti o persone che possa influenzare clienti reali o potenziali, e che veicoli informazioni riguardanti se stesso che possano facilmente influenzare le scelte commerciali di questi ultimi»²². La nuova definizione ebbe come effetto di rendere impossibile, per i ricorrenti della Nike, chiedere il rigetto dell'opposizione e quindi concludere che il proprio discorso avrebbe dovuto essere considerato di natura pubblica.

Conclusioni

Le dicotomie sono il fondamento di una forma di argomentazione molto sfruttata nell'ambito del ragionamento giuridico. La tradizione dialettica greca, la-

¹⁹ Si veda la sentenza che ha introdotto tale fattispecie: *State Bd. of Pharmacy v. Va. Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748, 780 (1976).

²⁰ *Nike, Inc. v. Kasky*. Certiorari to the Supreme Court of California. No. 02-575. Argued April 23, 2003-Decided June 26, 2003, p. 22.

²¹ *United States v. United Foods, Inc.*, 533 U.S. 405, 409 (2001).

²² Cfr. *Kasky v. Nike*, 27 Cal. 4th 939, 960 (2002).

tina e medioevale²³ ha sottolineato, lo si è visto, la grande importanza della strategia dell'affermare negando, soprattutto nell'ambito delle discussioni giuridiche. Dagli esempi che abbiamo presentato, tratti dal sistema Statunitense (che a nostro avviso possono facilmente rispecchiare esempi dell'ordinamento interno), si può comprendere come tale modello classico possa essere usato per analizzare e comprendere determinati fenomeni dialettici che si possono ritrovare nell'esperienza processuale odierna.

Ciò che va in ogni caso ricordato è la struttura del ragionamento per opposti, che come abbiamo visto nei nostri esempi si fonda essenzialmente su un paradigma (ovvero un ambito di scelte possibili) di natura causale o semantico, il quale può essere condiviso o semplicemente presupposto come tale. Se concepiamo i paradigmi come particolari forme di *commitment* (cioè impegni a sostenere una data posizione nel corso di una argomentazione o discussione) di tipo implicito, possiamo notare come le dicotomie possano essere usate per due finalità distinte: costringere l'interlocutore ad ammettere una specifica proposizione oppure derivare da essa una particolare conclusione. Nel primo caso il paradigma disgiuntivo viene usato nelle domande per limitare le possibili risposte dell'interlocutore: evidenziando l'irragionevolezza della possibile alternativa, questi è costretto a fornire una specifica risposta, e quindi ad assumere un *commitment* che molto spesso viene usato contro di lui. Nel secondo caso il paradigma disgiuntivo è usato come premessa di un sillogismo *tollendo ponens*, in cui una conclusione viene provata tramite l'esclusione delle possibili alternative. In entrambi i casi la premessa disgiuntiva è considerata come parte della conoscenza condivisa e viene sfruttata per vincolare l'interlocutore ad una particolare proposizione, esplicitamente (tramite domande) o dialogicamente (tramite il ragionamento dialettico e la soddisfazione dell'*onus probandi*).

Da quanto sin qui detto emergono in particolare due profili, riguardanti la possibilità di imporre un nuovo paradigma e il fine per cui è impiegato. Come emerge dall'analisi, i paradigmi possono essere di natura causale, istituzionale o semantica, e la creazione di un'alternativa dicotomica comunemente accettata, o la creazione di una nuova opposizione di concetti o conseguenze, avviene tramite la ridefinizione di concetti, di normative o di nessi di causa-effetto. La strategia più sottile e difficilmente individuabile è però la ridefinizione di paradigmi semantici, soprattutto in quei casi in cui il concetto ridefinito è ambiguo o vago.

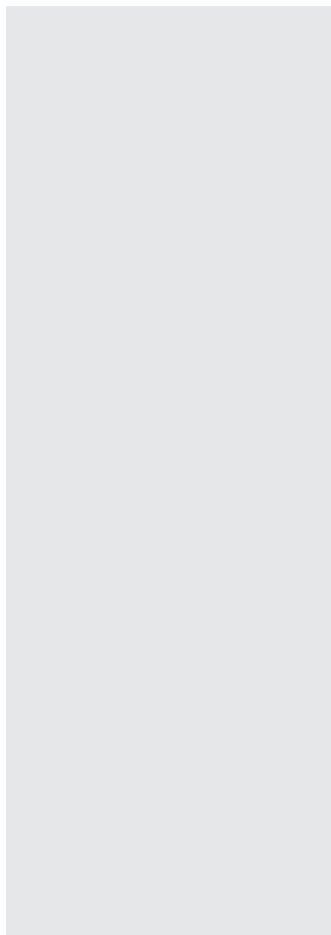
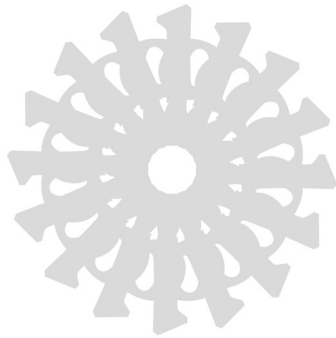
Il ragionamento per dicotomie o per opposti è poi, lo abbiamo detto, utilizzato in diversi modi e per differenti finalità. Adottando una schematizzazione funzionale, e suddividendo così il discorso giuridico in quattro fasi, distinte in base al loro scopo ed oggetto dialettico, si può notare come il ragionamento disgiuntivo possa essere estremamente efficace per stabilire i fatti, classificare un

²³ Si veda I. ANGELELLI, *The techniques of disputation in the History of Logic*, in *The Journal of Philosophy*, 67/1970, p. 808.

evento, per fondare valutazioni o scusanti, e per provare possibili errori o eccezioni procedurali. 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, e in particolare può associarsi alla negazione defaultiva spostando l'onere della prova sulla controparte.

Tutto ciò richiede ovviamente la necessità di approfondire l'indagine qui proposta anche con riferimento a casi dell'esperienza processuale italiana, per verificare se gli schemi argomentativi in questa sede proposti ed analizzati siano effettivamente fruibili e validi.

DIRITTI UMANI E FONDAMENTALI



Immigrazione e tutela dei diritti umani nel Mediterraneo: le grandi sfide dell'avvocatura*

Guido Alpa

L'Europa dovrebbe scegliere la diversità e fare della migrazione una forza dinamica per la crescita e il progresso

Commissione europea, 17 giugno 2013

L'Unione europea da tempo ha aperto un dialogo, assunto iniziative, delineato programmi per avvicinare a sé i Paesi del Mediterraneo africano e dell'Asia minore¹. L'Italia, insieme con gli altri Stati che si affacciano sul Mediterraneo, è in prima linea nel promuovere progetti di cooperazione economica e sociale, di distensione politica, ma anche di accoglienza e di integrazione. In quanto avvocati sosteniamo innanzitutto la cooperazione giudiziaria, gli scambi culturali che riguardano il diritto, e in particolare la difesa dei diritti umani.

Quando si parla di diritti umani, o di diritti fondamentali, si affronta un tema molto complesso, sul quale si è raccolta una letteratura pressoché infinita, essendo i giuristi impegnati a definirne il concetto, l'elenco, e l'applicazione²,

* Il presente testo è tratto dalla relazione svolta al Convegno promosso a Taormina il 5-7 settembre 2013 dal Consiglio Nazionale Forense e dalla Abogacia Española.

¹ S. CAMPAILLA - F. MOSCONI (a cura di), *L'Europa e il Mediterraneo. Profili giuridici ed economici*, Il Mulino, Bologna 2013.

² Per tutti v. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007, nonché E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari 2008 (nuova ed.); S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012; e già F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2000. Il CNF ha discusso il tema in molti seminari ed ha raccolto studi e relazioni in diverse pubblicazioni: v. ad esempio AA.VV. *L'essenza delle libertà*, a cura di G. ALPA, Roma 2009; A. MARIANI MARINI (a cura di), *Le Carte storiche dei diritti*, Pisa University Press, Pisa 2012. Sull'applicazione dei diritti fondamentali v. in particolare M. DE SALVIA - V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, voll. I e II, Giuffrè, Milano 2006; R. COSIO - R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo tra le Corti*, Giuffrè, Milano 2013. Anche chi ritiene che non sia possibile prefigurare i diritti umani come una componente essenziale della costruzione giuridica della persona, che la categoria dei diritti umani sia una variabile storicamente determinata (ad esempio N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990), che i diritti umani possano essere difesi solo mediante il consenso degli Stati, e che la teoria dei diritti umani sia contrassegnata da relativismo etico, condivide l'idea che l'eguaglianza degli uomini sia un valore assoluto e la lotta alla discriminazione razziale un obiettivo comune: v. M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano 2003. La globalizzazione dei rapporti – econo-

politici ed economisti la loro praticabilità. Tra giuristi che provengono da diverse culture, tradizioni consolidate, organizzazioni politiche sociali diverse, l'endiadi "diritti fondamentali" non è, come si potrebbe temere di primo acchito, in traducibile, anzi: quando se ne discute, ci si riferisce ad un minimo comun denominatore di prerogative riconosciute dall'ordinamento giuridico in capo alla persona. L'elenco e i contenuti dei diritti fondamentali possono variare, ma un nucleo comune è pur sempre sussistente.

Per discutere in modo proficuo dei diritti fondamentali, e, in particolare, dei diritti dei migranti e degli immigrati, occorre partire dall'esame della realtà, che è essenziale per tradurre poi in formule giuridiche gli intenti che ci animano.

Allora, parliamo di immigrazione.

E per questo è opportuno muovere dai documenti più recenti che ci illustrano una situazione complessa esaminandola da diverse angolazioni. L'ordine del discorso muove da un orizzonte planetario per restringere poi l'angolo visuale alla esperienza italiana.

Il Rapporto OECD del 2013. Il quadro d'insieme

Tra le istituzioni che si preoccupano di raccogliere informazioni, studiare e monitorare il fenomeno dell'immigrazione nel mondo intero l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo economico (OECD, OCSE) costituisce un punto di riferimento fondamentale. Proprio pochi mesi fa è stato pubblicato il trentasettesimo rapporto *International Migration Outlook 2013*³ che, attese le finalità dell'ente, è dedicato prevalentemente agli aspetti economici dell'immigrazione, alla situazione del lavoro e alla integrazione dei migranti e delle loro famiglie. È un rapporto denso di dati e di valutazioni, corredato di statistiche e di raffigurazioni matematiche all'evidenza, e misura con criteri razionali, modalità, tempi, quantità, qualità, provenienza e destinazione dei flussi migratori. Un intero capitolo è dedicato alla "discriminazione".

Il rapporto sottolinea che i flussi migratori sono aumentati nei Paesi aderenti all'OECD; nel 2011 il fenomeno ha interessato quattro milioni di persone, la cui origine è collocata soprattutto in India e Cina. Per quanto riguarda l'Europa, i Paesi dai quali sono espatriati più cittadini sono la Polonia e la Romania. Coloro che cercano asilo sono aumentati di un quinto, superando le 400.000 unità,

mici, informatici – può produrre la globalizzazione dei diritti umani? Alcuni ritengono che occorra, seguendo il corso della storia, guardare al di là delle differenze, cercando ciò che ci unisce e non ciò che ci distingue (D. CANNADINE, *The Undivided Past: Humanity Beyond Our Differences*, Knopf, New York 2013); altri denunciano la crisi dell'egalitarismo (S. ROSANVALLON, *La società degli eguali*, Castelveccchi, Roma 2013), e la crisi del modello democratico (G. AZZARITI, *Il costituzionalismo può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari 2013). Oggi sono riemerse problematiche antiche che hanno però sembianze nuove: V.T. MAZZARESE (a cura di), *Diritto, traduzione, tradizioni nelle società multiculturali*, Giappichelli, Torino 2013.

³ *Oecd Publishing*, reperibile su http://dx.doi.org/10.1787/migr_outlook-2013-en

sempre nel 2011; i flussi dovuti alla crisi economica si sono accelerati del 45% soprattutto nei Paesi dell'Europa mediterranea. All'aumento dei numeri non ha corrisposto un aumento delle risorse e dei posti di lavoro: gli immigrati che avevano trovato occupazione sono stati i primi ad essere afflitti dalla crisi, che nel 2012 ha toccato, per questa fascia di persone, il 27%. Tra il 2008 e il 2012 la disoccupazione si è collocata a livelli molto alti, dal 31 al 44%.

I flussi sono costanti e mostrano un incremento negli ultimi anni del 2%, ma se si considera la categoria dei migranti in cerca di asilo politico le cifre aumentano: del 20% nel 2010 e del 7% nel 2012.

Secondo i criteri ordinanti utilizzati dall'OECD il fenomeno dell'immigrazione è permanente, e gli Stati di destinazione sono, in via primaria, in Europa, i Paesi Scandinavi e la Federazione Russa, in America gli Stati Uniti, e poi la Nuova Zelanda e l'Australia. I Paesi di provenienza sono oltre alla Cina e l'India, i Paesi dell'Africa mediterranea e dell'Africa centrale, e il Messico (per i migranti diretti negli Stati Uniti e nel Canada).

Siamo perciò stupiti nell'apprendere che il Paese europeo nel quale si registra la maggiore "emigrazione" (oltre a Polonia e Romania) è proprio l'Italia (85.000 unità tra il 2007 e il 2001), prima della Spagna (72.000) del Portogallo (55.000) e della Grecia (39.000). È facile sottolineare che sono emigrazioni provocate da ragioni economiche: i PIGS che hanno risentito maggiormente della crisi, almeno fino ad oggi, rispetto agli altri Paesi europei. I Paesi di maggior afflusso sono invece la Germania e il Regno Unito.

Il Rapporto si occupa anche dei problemi connessi alla nascita dei figli degli immigrati negli Stati ospitanti. Anche a questo proposito ci possiamo stupire nell'apprendere che – sempre tenendo conto delle percentuali calcolate in rapporto al numero di abitanti – non è l'Italia ad essere in testa alla classifica; anzi, il nostro Paese è tra gli ultimi, insieme con gli altri dell'Unione europea, con l'eccezione del Lussemburgo e della Germania. In testa vi sono appunto Israele, Australia e Svizzera.

Il lavoro è il problema cruciale dopo l'accoglienza. È evidente che la crisi ha inasprito la situazione, e che Paesi già in difficoltà economiche prima della crisi ne hanno subito maggiormente gli effetti. Sì che oggi i Paesi che offrono lavoro già prima dell'arrivo dell'emigrante sono soprattutto il Lussemburgo, l'Olanda e il Belgio; in fondo alla classifica si trovano Francia e Portogallo, in buona posizione l'Italia e la Spagna.

Il lavoro offerto è riservato prevalentemente agli stranieri dotati di esperienza tecnica⁴.

Il Rapporto si sofferma in particolare sulla immigrazione "irregolare", e sottolinea che la linea politica degli Stati ospitanti ora è cambiata: anziché all'accoglienza essi tendono alla *deterrence*, a prevenire l'espatrio illegale, a favorire

⁴ *Ibid.*, p. 46

progetti di insediamento e di sviluppo nel Paese di origine, ed appaiono preoccupanti per gli effetti di imprevedibili evoluzioni della “primavera araba”⁵. L’integrazione dei lavoratori procede insieme con le misure che nei singoli Paesi sono state adottate per l’insegnamento della lingua, il coinvolgimento nell’attività sociale, la tutela delle componenti deboli delle comunità, quali le donne (che hanno risentito maggiormente della crisi economica) e i minori. Alcuni Paesi, come l’Australia, la Danimarca e la Bulgaria hanno introdotto programmi speciali per i rifugiati⁶.

La lotta alla discriminazione

La lotta contro la discriminazione si effettua in diversi modi: introducendo rimedi legali – qui, ovviamente, è fondamentale l’apporto dell’Avvocatura – e promuovendo programmi di azioni positive.

Il Rapporto sottolinea che i programmi intesi ad avvalorare la diversità, come tale, non hanno sortito gli effetti sperati⁷. Più che altro, si è ravvivata la consapevolezza del problema.

La definizione della nozione di discriminazione assunta nell’indagine è piuttosto circoscritta: essa non corrisponde ai criteri indicati nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo (art. 14), né a quelli consacrati nella Carta europea dei diritti fondamentali, perché si restringe alle origini, all’etnia, alla razza e alla nazionalità. È pur vero che qui si tratta di capire come si radichi l’avversione all’altro nel mondo del lavoro, e che l’ambito dell’indagine sul lavoro riguarda gli immigrati, quindi una categoria o gruppi di persone che si presentano, rispetto agli altri consociati, con una immagine particolare, perché provengono comunque da un altro Paese, sia che siano provvisti di regolare documento d’ingresso, di transito o di soggiorno, sia che si siano introdotti nel Paese ospite in modo illegittimo.

Ma è anche possibile che a questo fattore di distinzione si accompagnino altri fattori che esorbitano da quelli assunti come primari (origini, etnia, razza) a meno che non si ritenga che queste espressioni alludano a macro-categorie in cui siano inscrivibili le altre che sono invece considerate con maggior dettagli nelle due Carte menzionate.

La prima aggiunge infatti il sesso, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l’appartenenza ad una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita; distingue le origini in nazionali o sociali e chiude l’elenco con una formula aperta, tenendo conto cioè di «ogni altra condizione». Nella seconda le origini sono etniche e sociali, e ad esse si aggiungono il sesso, la lingua, le caratteristiche genetiche, la religione o le convinzioni personali, le

⁵ *Ibid.*, pp. 60 ss.

⁶ *Ibid.*, p. 102.

⁷ *Ibid.*, p. 195.

opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

È importante sottolineare che la Dichiarazione universale islamica dei diritti umani, elaborata nel 1981, codifica all'art. 3 il «diritto all'uguaglianza e la proibizione di ogni discriminazione». La discriminazione riguarda la fede religiosa, il colore, la razza, l'origine, il sesso, la lingua⁸. E la Dichiarazione del Cairo sui diritti umani delle Nazioni Islamiche, del 1990, precisa che i diritti umani sono «parte integrante della religione islamica» e all'art. 1 ribadisce l'eguaglianza («tutti gli esseri umani formano un'unica famiglia [...], in termini di fondamentale dignità umana») e rigetta ogni discriminazione «di razza, colore, lingua, sesso, credo religioso, affiliazione politica, stato sociale o altre considerazioni». Il principio è collegato con la vera fede che «è la garanzia per rispettare questa dignità lungo il cammino dell'umana perfezione». Il collegamento alla fede è stato letto come un limite al riconoscimento dei diritti umani, al loro carattere universale, alla globalizzazione dei diritti fondamentali, ma potrebbe avere anche un significato opposto: e cioè che coloro che credono nella vera fede non possono disconoscere questi principi.

Il Rapporto è rilevante per la comprensione degli effetti dei comportamenti discriminatori. Sottolinea che la discriminazione è dannosa per lo sviluppo economico dei Paesi ospitanti, sia quando si fonda su motivi di «gusto» (studiosi parlano di *taste*, che possiamo esplicitare in reazioni emotive, epiteliali) che possono essere vinti con un adeguato programma informativo, sia quando emerge dalle statistiche. Oltre ai rapporti di lavoro, il Rapporto si preoccupa di registrare fenomeni di discriminazione nella conclusione di contratti di locazione e nella determinazione del canone. E considera infine la discriminazione istituzionale, dovuta a differenziazioni introdotte con leggi o atti amministrativi.

Si sottolineano pure i problemi che si incontrano per combattere le discriminazioni sul piano legale: innanzitutto la consapevolezza dei diritti da parte del loro titolare, poi l'accesso alla difesa legale, la retribuzione del difensore, l'efficacia dello strumento giudiziale, ma anche il timore di sollevare questioni nei confronti del soggetto discriminante che, quando si identifica con il datore di lavoro, può comportare il rischio della perdita dell'occupazione e del diritto di soggiorno.

Le misure antidiscriminatorie

Come combattere la discriminazione? Ovviamente, con la legislazione.

A questo proposito il Rapporto prende a modello la legislazione dell'Unione europea, muovendo dalla Direttiva 2000/43/EC che enuncia il principio di

⁸ V. ABDUR-RAHMAN IBN ABSUL KARIM AL-SHEHA, *Pregiudizi correnti sui diritti dell'uomo nell'Islam*, s.d.; M. NORDIO - G. VERCELLIN, *Islam e diritti umani: un (falso?) problema*, Diabasis, Reggio Emilia 2005; M. BARBAGLI - P. BRANCA - C.M. MARTINI - A. RIZZI, *L'incontro con l'altro*, Paoline, Milano 2002.

eguaglianza delle persone e combatte la discriminazione dovuta alle origini razziali o etniche. Non tutti i Paesi aderenti all'OECD si sono dotati di leggi ad hoc, ma molti raggiungono il medesimo risultato con norme inserite nei codici penali, e nelle regole del diritto civile o del diritto amministrativo.

Obiettivi simili sono perseguiti da organizzazioni internazionali, che operano a livello istituzionale, come l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani, Amnesty International e numerose ONG, nonché l'Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione europea, creata nel 2007. Ancora, con le azioni positive⁹ e le pari opportunità: nell'elenco spiccano le leggi più risalenti, come l'*Equal Employment Opportunity Act* degli Stati Uniti, del 1972.

La quarta relazione annuale sull'immigrazione e l'asilo (2012) della Commissione europea [COM (2013) 422 def.]

I criteri direttivi della politica comunitaria in questa materia specifica sono ispirati ad una visione unitaria del fenomeno, che viene descritta in termini di "approccio globale". La Comunicazione del 2008¹⁰ distingue la migrazione legale di tipo economico da quella illegale di natura assistenziale e quella criminale, e progetta l'impegno dell'Unione per promuovere lo sviluppo economico derivante dall'apporto di lavoratori extracomunitari. Il Patto europeo per la discriminazione e l'asilo prevede appunto iniziative interstatuali e comunitarie per combattere l'immigrazione illegale e per favorire l'integrazione.

La relazione è composta di tre parti: l'analisi politica, i dati statistici, l'organigramma dei funzionari addetti al settore.

Anche queste statistiche sono impressionanti, in particolare quelle sulle immigrazioni irregolari. I flussi variano con picchi diversi: tanto per semplificare, nel 2012 hanno ottenuto protezione 71.580 richiedenti asilo, di cui la metà rifugiati, e l'altra metà beneficiari di protezione sussidiaria e di protezione per motivi umanitari. La Direttiva 2004/83/CE stabilisce le norme per l'attribuzione dello status di rifugiato ai cittadini non appartenenti all'UE o agli apolidi, secondo la tassonomia dei criteri di persecuzione – razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale, opinione politica – previsti nella Convenzione di Ginevra (del 1951 e Protocollo del 1967, in cui si fa riferimento a razza, religione, cittadinanza, appartenenza a un determinato gruppo sociale o d opinioni politiche).

⁹ H. HOLZER - D. NEUMARK, *Assessing Affirmative Action*, J. Ec. Lit., 43, 483, cit a p. 229; ma v. in particolare K.M. KOWALSKI, *Affirmative Action*, Novinka Books, New York 2007; e A.M. BABKINA (a cura di), *Affirmative Action. A Bibliography*, Commack, New York 2004.

¹⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni dell'8 ottobre 2008 - Rafforzare l'approccio globale in materia di migrazione: aumentare il coordinamento, la coerenza e le sinergie [COM(2008) 611 def.].

La Direttiva è stata attuata in Italia con il d.P.R. 303/2004, recante il Regolamento relativo alle procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato.

Nello stesso anno in Spagna, in Italia e a Malta si è anche registrato il fenomeno dei respingimenti, riguardante migliaia di persone.

La Rete europea sulle migrazioni (REM) istituita nel 2008¹¹ si è concentrata soprattutto sulle migrazioni gestite da organizzazioni criminali che praticano la tratta di esseri umani a fini di sfruttamento sessuale, di lavoro forzato, di commercio di bambini e finanche per il prelievo di organi.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea per i diritti dell'uomo

Come rilevavo poco fa, non dobbiamo procedere con pregiudizi, né ritenere di aver assolto – noi che per convinzione e per professione siamo vessilliferi dei principi dei valori della persona – i nostri doveri di “guardiani” dei diritti fondamentali. Sono ancora numerose le pronunce di condanna dello Stato italiano per la violazione dei diritti umani emesse dalla Corte di Strasburgo, non solo in materia di proprietà, occupazione acquisitiva, eccessiva durata dei processi, ma anche per la condizione dei carcerati e per i respingimenti.

Il caso *Hirsi*, del 23 febbraio 2012, ha dato luogo a un acceso dibattito – non solo tra i giuristi – nel nostro Paese. In quel caso ventidue tra i ricorrenti hanno ottenuto il risarcimento del danno perché, tentando di sbarcare in Italia, insieme con altre duecento persone, furono ricondotti dalle navi militari italiane al porto di Tripoli, sulla base di un accordo concluso dall'Italia con la Libia nel 2009. La Grande Chambre ha accertato la violazione da parte dell'Italia degli artt. 3 (tortura) e 4 (divieto di espulsioni collettive) della Convenzione europea sui diritti umani. Nel caso *Lautsi* ha invece cassato la sentenza del Tribunale di Prima Istanza (del 3 novembre 2009) sulla esposizione del crocifisso come simbolo di una religione lesivo delle credenze in altre fedi, considerandolo un simbolo della sofferenza dell'umanità ormai depurato di riferimenti alla

¹¹ Con Decisione 2008/381/CE del Consiglio, del 14 maggio 2008 che raccoglie e scambia dati e informazioni aggiornati e affidabili provenienti da una vasta gamma di fonti; e, si precisa nella Decisione, analizza i dati e le informazioni di cui alla lettera a) e li presenta in un formato facilmente accessibile; in collaborazione con altri organi competenti dell'UE contribuisce alla messa a punto di indicatori e criteri che migliorino la coerenza delle informazioni e favoriscano lo sviluppo delle attività comunitarie connesse alle statistiche migratorie; elabora e pubblica rapporti periodici sulla situazione della migrazione e dell'asilo nella Comunità e negli Stati membri; crea e mantiene un sistema di scambio di informazioni basato su Internet che permette di accedere a documenti e pubblicazioni pertinenti nel settore della migrazione e dell'asilo; si fa conoscere fornendo l'accesso alle informazioni che raccoglie e provvedendo alla diffusione dei propri lavori, a meno che tali informazioni abbiano carattere riservato; coordina le informazioni e coopera con altri organi competenti europei e internazionali.

religione cristiana e rimettendosi alle decisioni di ciascuno Stato, applicando il principio di sussidiarietà (18 marzo 2011).

È una giurisprudenza cospicua, raccolta con cura dagli studiosi, che documenta l'attivo ruolo di questa Corte e pure della Corte di Giustizia dell'Unione.

Sul sito www.immigrazione.biz si raccolgono le sentenze delle due Corti, insieme con quelle della Corte Costituzionale e delle altre Corti superiori. In particolare è folta la giurisprudenza del Consiglio di Stato per tutte le questioni amministrative emergenti dalla applicazione della disciplina comunitaria e interna e dai provvedimenti delle Amministrazioni pubbliche.

Il Primo Rapporto del Ministero dell'Interno sugli immigrati in Italia e i suoi aggiornamenti

Nel 2007 il Ministero dell'Interno ha pubblicato un rapporto molto accurato sulla situazione della immigrazione in Italia¹². Il quadro complessivo che ne emerge è assai significativo perché si articola in più livelli (statale, regionale, locale).

Il rapporto muove dalla disciplina legislativa di base, che si è avviata con alcune leggi degli anni Ottanta (n. 943/1986 e n. 39/1990) e con due leggi di portata generale, la l. n. 40/1998, il T.U. del 1998 (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) la l. n. 189/2001 e l'intervento più recente (l. 15 luglio 2009, n. 94), cui si aggiungono i decreti legislativi del 28 giugno 2012, n. 108 e 16 luglio 2012, n. 109 attuativi delle Direttive 2009/50/CE e 2009/52/CE.

Tutta la materia oggi è in fase di ripensamento, ma da un lato l'instabilità del quadro politico, dall'altro la difficoltà di coniugare i diversi interessi in gioco, anche di natura economica non consentono di prevedere se e come essa sarà modificata.

Secondo i dati dell'Unioncamere, nel 2009 il valore aggiunto che derivava dall'attività di stranieri, comunitari e extracomunitari, rispetto al totale dell'economia, era in crescita e si attestava al 9,7% nel 2007 rispetto al 9,2% del 2006 e all'8,8% del 2005. Nel comparto edilizio e in quello agricolo l'apporto dei cittadini stranieri corrispondeva rispettivamente al 20,3% e al 13% del totale dei due settori. Nel Nord-Est il valore aggiunto imputabile a cittadini stranieri era dell'11,4%.

Dal 2012 le imprese governate da cittadini stranieri costituiscono un elemento ormai strutturale del tessuto imprenditoriale italiano. Il numero di questo tipo di imprese è cresciuto ad un ritmo del 5,8% pari a 24.329 imprese in più rispetto alla fine del 2011. I dati dovranno essere aggiornati tendo conto dell'acuirsi della crisi economica nel corso del 2013.

Il quadro normativo attuale si fonda su tre direttive: la programmazione dei flussi, la fissazione dei requisiti per ottenere il permesso di soggiorno, la de-

¹² Il rapporto si compone di quasi quattrocento pagine ed è corredato da un consistente numero di tavole statistiche.

finizione dello status di straniero regolarmente residente. Senza indulgere qui alla descrizione del sistema nel suo complesso, basti sottolineare che dal 1995, con decreto, si sono riconosciuti a tutti gli stranieri presenti sul territorio il diritto all'accesso alle cure sanitarie prestate dal Servizio Sanitario Nazionale e il diritto alla scuola per i minori. Per parte loro Regioni e Amministrazioni locali hanno garantito assistenza per l'assegnazione degli alloggi economici e popolari e per gli asili. L'attuale disciplina tutela le donne vittime della tratta, delinea i requisiti dello status di rifugiato, prevede regole per il rimpatrio, tutela le donne e i minori, fissa sanzioni penali per coloro che organizzano l'immigrazione clandestina e la tratta, e, quanto all'integrazione, riconosce l'elettorato attivo e passivo nelle elezioni amministrative, oltre ai diritti sopra menzionati. Quanto all'effettività, lo stesso Rapporto¹³ solleva dubbi sulla sistematicità della normativa e sulla varietà di regole che si sono articolate in base alle competenze istituzionali, e pertanto sulla adeguatezza dei provvedimenti adottati.

Secondo stime recenti il mercato del lavoro – al quale gli immigrati, specie quelli clandestini, sono adibiti per l'esercizio delle mansioni più umili – è fiorente; probabilmente sono anche poco realistiche, perché espongono numeri bassi: verrebbero impiegati 19.000 immigrati l'anno, con paghe vicine al limite della sopravvivenza; la metà dei lavoratori è pagata in modo irregolare, violando la disciplina fiscale e previdenziale.

Il Rapporto Istat 2012-2013¹⁴ indica che sono presenti in Italia – regolarmente – quasi quattro milioni di stranieri, di cui circa un quarto minorenni. I Paesi più rappresentati sono il Marocco, l'Albania, la Cina, l'Ucraina, le Filippine. I permessi per lavoro si sono ridotti del 43,1%, i permessi rilasciati per asilo e motivi umanitari si sono ridotti della metà rispetto al 2011, e nel 2012 sono stati 22.916. Si tratta di una presenza tendenzialmente stabile.

La recrudescenza del fenomeno dell'immigrazione "umanitaria" – secondo le stime attuali ad un ritmo di 25.000 unità l'anno dai Paesi del Mediterraneo – ha evidenziato la inadeguatezza delle misure di ogni tipo per fronteggiare l'emergenza. Di qui la richiesta corale rivolta all'Unione europea perché intervenga sollecitamente a favore dell'Italia, con misure simili ad altre già adottate per la Grecia e Malta.

L'accordo di integrazione tra lo straniero e lo Stato

L'art. 4-*bis*, comma 2, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'art. 1 della l. 15 luglio 2009, n. 94. La disposizione definisce il termine "integrazione" come «quel processo finalizzato a promuovere la convivenza dei cittadini italiani e di quelli stra-

¹³ A p. 52.

¹⁴ Pubblicato il 30 luglio 2013.

nieri, nel rispetto dei valori sanciti dalla Costituzione italiana, con il reciproco impegno a partecipare alla vita economica, sociale e culturale della società». E prevede che nel momento in cui lo straniero proponga domanda di rilascio del permesso di soggiorno sottoscriva un “accordo di integrazione” articolato per crediti, con l’impegno a sottoscrivere specifici obiettivi di integrazione, da conseguire nel periodo di validità del permesso di soggiorno. La perdita integrale dei crediti determina la revoca del permesso di soggiorno e l’espulsione dello straniero dal territorio dello Stato. Al Decreto è seguito il Regolamento di attuazione¹⁵ corredato da numerose circolari interpretative.

La difesa dei diritti e la difesa dei diritti “deboli”

«Gli immigrati non sono soggetti forti: sono una massa disaggregata e debolissima. La loro debolezza è per così dire costitutiva». Come non condividere l’analisi di Pietro Costa che denuncia la costruzione della identità collettiva come un espediente della società moderna per legittimare lo sfruttamento e la segregazione?¹⁶

¹⁵ D.P.R. n. 179 del 14 settembre 2011 *Regolamento concernente la disciplina dell’accordo di integrazione tra lo straniero e lo Stato, a norma dell’articolo 4-bis, comma 2, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*, la cui interpretazione è stata precisata con diverse circolari del Ministero dell’interno: Circolare n. 6831 del 6 novembre 2012 Decreto del Presidente della Repubblica 14 settembre 2011, n. 179 *Regolamento concernente la disciplina dell’accordo di integrazione tra lo straniero e lo Stato*. Accordo Quadro 7 agosto 2012 tra il Ministero dell’Interno ed il Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca. Istruzioni operative; Circolare del Ministero dell’Interno n. 1869 del 7 marzo 2012 d.P.R. 14 settembre 2011, n. 179, recante Regolamento concernente la disciplina dell’Accordo d’Integrazione tra lo straniero e lo Stato, ai sensi dell’art. 4-bis, comma 2 del decreto legislativo n. 286/98. Istruzioni operative; Circolare del Ministero dell’Interno n. 1583 del 5 marzo 2012 d.P.R. 14 settembre 2011, n. 179, recante il Regolamento concernente la disciplina dell’accordo di integrazione tra lo straniero e lo Stato, a norma dell’art. 4-bis, comma 2 del Testo Unico dell’immigrazione. Indicazioni operative.; Circolare congiunta Ministro dell’Interno e Ministro per la Cooperazione internazionale e l’integrazione del 2 marzo 2012 Linee d’indirizzo per l’applicazione del decreto del Presidente della Repubblica 14 settembre 2011, n. 179 - Accordo di integrazione; Circolare del Ministero dell’Interno n. 8946 del 6 dicembre 2011 d.P.R. n. 179 del 14 settembre 2011 Regolamento concernente la disciplina dell’accordo di integrazione tra lo straniero e lo Stato, a norma dell’articolo 4-bis, comma 2, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, del Testo Unico per l’Immigrazione. Prime indicazioni operative; Circolare del Ministero dell’istruzione, dell’Università e della Ricerca n. 11255 del 28 dicembre 2010 “Decreto 4 giugno 2010 (GU n. 134 del 11 giugno 2010) - Accordo Quadro 11 novembre 2010 tra il Ministero dell’Interno – Dipartimento per le Libertà civili e l’immigrazione – ed il Ministero dell’Istruzione, dell’università e della Ricerca, Dipartimento dell’Istruzione - Trasmissione Vademecum”.

¹⁶ P. COSTA, *Cittadinanza e integrazione: dall’Ottocento a oggi*, in AA.VV., *Diritto, tradizioni, tradizioni*; T. MAZZARESE (a cura di), *op. cit.*, pp. 17 ss.; l’assunto riportato è a p. 30.

Difendere i deboli significa recuperare dignità alla persona, ed attrezzarsi per difendere i “diritti deboli”. La crisi dell’egalitarismo implica che non tutti i diritti fondamentali siano tutelati con la medesima intensità nei confronti di tutti. La distinzione delle persone effettuata secondo criteri identitari porta alla crisi della democrazia perché legittima la differenziazione della intensità della tutela¹⁷.

Il mondo del lavoro è lo specchio fedele di questa crisi. A cui possiamo poi aggiungere le problematiche della cittadinanza, per chi ha soggiornato nel Paese per un certo periodo di tempo, le problematiche del diritto penale e del trattamento carcerario per chi ha voluto delinquere, le problematiche del diritto amministrativo, per la fruizione dei servizi. Il nostro sistema prevede che gli oneri della difesa degli immigrati siano posti a carico dello Stato.

Insomma, vi è ampio spazio per il ruolo degli avvocati, nel diritto interno. Ma vi è spazio anche nel diritto internazionale e nelle forme di difesa dei diritti fondamentali dinanzi alle Corti internazionali e dinanzi ai giudici nazionali nei Paesi in cui essi non sono adeguatamente protetti.

La comparazione, trapianti di istituti, codificazioni: il diritto come strumento di dialogo e di libertà. I dati statistici, essenziali per capire origini, natura ed evoluzione della presenza degli stranieri in Italia, del fenomeno economico e sociale della immigrazione, ci aiutano anche a comprendere quanto sia importante il ruolo del diritto, dei diritti e quindi degli avvocati.

Lo strumento che come tecnici abbiamo a disposizione – per l’appunto il diritto – è assolutamente straordinario. La costruzione del sistema delle regole non è destinata solo a distribuire il potere, la proprietà, a dirimere conflitti, ma anche – direi soprattutto – a promuovere i valori della persona. Il diritto non è una torre chiusa in se stessa, ma è un mare aperto nel quale circolano le idee, i modelli, persino i codici, come viaggiano le navi. Basti pensare al modello di Codice Napoleonico, che ha ispirato i legislatori di quasi tutti i Paesi mediterranei, ai valori comuni dell’Occidente, che sono condivisi anche da larghe fasce di giuristi d’Oriente.

In questo contesto vorrei ricordare un grande Maestro del diritto comparato, Gino Gorla, e il suo straordinario corso sul contratto tenuto in lingua francese ad Alessandria d’Egitto negli anni Cinquanta e diffuso poi in tutto il mondo.

Insomma, il diritto comparato si può leggere come un atlante – e proprio così ha chiamato il suo libro in materia Francesco Galgano – con il quale i giuristi possono studiare percorsi comuni, per poi spiegare le vele nel segno della libertà, dei diritti fondamentali, insomma dello Stato di diritto.

¹⁷ G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Laterza, Roma-Bari 2005.

Le quote di genere negli organi sociali delle s.p.a. quotate e a controllo pubblico

Profili applicativi e problemi aperti

Valeria Panzironi

La legge n. 120 del 12 luglio 2011 ha introdotto nell'ordinamento italiano la riserva di genere per gli organi delle società per azioni quotate e controllate dalle Pubbliche Amministrazioni e ciò ha fatto, in un caso (le quotate) andando direttamente a modificare il d.lgs. n. 58 del 1998, c.d. Testo unico dell'intermediazione finanziaria (e segnatamente gli artt. 147-*ter*, 147-*quater* e 148 del d.lgs. n. 58/98, di seguito anche solo Tuif) e, nell'altro (società a controllo pubblico), demandandone l'attuazione ad un regolamento che (avrebbe dovuto) essere adottato entro due mesi dall'entrata in vigore della legge in questione ma che, di fatto, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale a più di un anno e mezzo di distanza, ed è entrato in vigore solo nel marzo del 2013.

Al di là dei dettagli della normativa, sui quali pure si tornerà, nella sostanza tutte le società interessate dalla nuova disciplina, sono oggi tenute ad applicare, sia in sede di nomina che in caso di sostituzione in corso di mandato, un criterio di composizione degli organi sociali, in base al quale al genere meno rappresentato – dunque ad oggi a quello femminile – spetti almeno un terzo degli organi di amministrazione e controllo, quota ridotta ad un quinto per il primo rinnovo. In via interpretativa si deduce che l'obbligo evidentemente non sussiste nei casi di organo monocratico o collegiale con numero di componenti inferiore a tre (in modo espresso la legge lo precisa solo per il caso di s.p.a. quotata che adotti il modello dualistico di amministrazione, per il consiglio di gestione, art. 147-*quater*, comma 1-*bis*, Tuif).

La previsione è di carattere “transitorio”, se così si può dire, nel senso che si prevede che tale obbligo persista per (soli) tre mandati consecutivi. A rigore, dunque, l'obbligo delle quote di genere dovrebbe persistere per nove anni, nel caso le società optino per l'ordinaria durata triennale del mandato, ma di fatto la durata potrebbe anche essere inferiore in termini di anni, per alcune società, nel caso in cui queste già adottato (o intendano farlo *ad hoc*) mandati ad amministrare di durata più breve (la durata massima del mandato del consiglio di amministrazione è di tre anni, ex art. 2383, comma 2 c.c.).

La disciplina è analoga per tutte le società interessate, residuando qualche differenza solo con riferimento all'*enforcement*, a seconda che la società sia quotata o pubblica (non quotata), essendo chiaro dalla lettera della disposizio-

ne che alle società pubbliche quotate debba applicarsi la disciplina prevista dal Testo Unico dell'intermediazione finanziaria.

In sintesi, per le società quotate il controllo è affidato alla Consob che, in caso di violazione, intima alla società di adeguarsi alla nuova normativa entro quattro mesi e, in caso di inottemperanza, dispone un ulteriore termine di tre mesi, comminando – previa contestazione degli addebiti ai sensi dell'art. 195 Tuif – una non irrilevante sanzione pecuniaria (compresa tra 100.000 e 1.000.000 euro per il mancato rispetto delle quote per il consiglio di amministrazione e tra 20.000 e 200.000 euro per il mancato rispetto per il collegio sindacale)¹. Nell'ipotesi di persistente inottemperanza, l'intero organo nominato in spregio della riserva decade automaticamente dalla carica.

Quanto invece alle società pubbliche, non quotate, la funzione di controllo è attribuita al Presidente del Consiglio dei Ministri o al Ministro delegato per le Pari Opportunità, cui è assegnato anche il compito di presentare al Parlamento una relazione triennale sullo stato di applicazione della normativa. Le società interessate sono a loro volta tenute a comunicare senza indugio all'Autorità preposta la composizione degli organi sociali, compreso l'eventuale disequilibrio tra i generi. Nei casi in cui venga accertata una violazione del rispetto della nuova normativa, viene disposta una prima diffida, seguita, in caso di necessità, da una seconda diffida affinché la società si adegui rispettivamente entro il termine di sessanta giorni, pena la decadenza dell'organo sociale. Non sono però previste in tale caso sanzioni pecuniarie aggiuntive.

Quanto all'entrata in vigore della nuova disciplina, l'art. 2 della legge n. 120/2011 espressamente prevede che le disposizioni si applichino a decorrere dal primo rinnovo degli organi di amministrazione e degli organi di controllo delle società quotate in mercati regolamentati successivo ad un anno dalla data di entrata in vigore della legge, regola valida anche per le società a controllo pubblico.

È dunque proprio con la primavera del 2013 che la normativa ha iniziato a spiegare i suoi primi effetti ed è nel corso del prossimo quinquennio che si dovrebbe vedere il risultato e l'impatto sulla composizione degli organi sociali della normativa entrata oramai a pieno regime.

Vale la pena sin da ora rilevare che, sebbene l'attenzione dei media e dei commentatori si sia concentrata soprattutto sulle società quotate (che in veri-

¹ La Consob, con delibera n. 18098 dell'8 febbraio 2012, in attuazione di quanto previsto dai nuovi commi 1-ter dell'art. 147-ter e 1-bis dell'art. 148 Tuif, ha integrato il Regolamento di attuazione del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti, adottato con delibera n. 11971 del 14 maggio 1999 e successive modifiche, in breve anche solo Regolamento Emittenti, inserendo un nuovo capo 1-bis, intitolato proprio *Equilibrio tra generi nella composizione degli organi di amministrazione e controllo*. Il nuovo capo del Regolamento Emittenti contiene un unico articolo, il 144-undecies.1, che indica ciò che deve prevedere lo statuto e la procedura da seguire in caso di inottemperanza della società ai fini dell'irrazionamento della sanzione.

tà sono appena 257), è nel settore delle società e delle istituzioni pubbliche che le nuove regole sono destinate ad avere l'impatto più dirompente, sia per i maggiori vincoli imposti dal legislatore anche a seguito delle misure c.d. di *spending review*² che per il numero di società e persone coinvolte.

Basti pensare che le sole società a partecipazione pubblica (sia diretta che indiretta) sono più di 5.000, numero che è destinato a salire se si considerano anche le controllare di secondo livello. Peraltro, la stima del numero degli enti interessati risulta approssimata per difetto, se si considera che la nuova disciplina si estende anche alle società controllate, ai sensi dell'art. 2359, commi 1 e 2 c.c., dalle pubbliche amministrazioni e che tale espressione deve essere intesa in senso ampio. Infatti, in considerazione del rinvio fatto dall'art. 1 del decreto attuativo (d.P.R. n. 251/2012) all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, per pubbliche amministrazioni devono intendersi tutte le Amministrazioni dello Stato, tra le quali vanno inclusi gli istituti, le scuole di ogni ordine e grado, e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le regioni, le province, i comuni, le comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, le camere di commercio e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale, nonché, sino alla revisione organica della disciplina di settore, il CONI.

Si tratta dunque di una piccola "rivoluzione" che è stato calcolato dovrebbe portare nei prossimi tre anni migliaia di donne a sedere nei consigli di amministrazione e negli organi di controllo delle principali società ed istituzioni pubbliche italiane.

L'adozione di quote di genere per legge, per garantire la presenza femminile negli organi di governo di società ed istituzioni è stato accompagnato da un generale moto di apprezzamento, ma anche da qualche rilievo critico, diretto principalmente a denunciare il rischio che l'obbligo della quota possa:

- frustrare il merito;
- essere avvilente per il genere "protetto", visto che la misura sottintenderebbe una incapacità della categoria ad ottenere risultati analoghi senza un aiuto;
- e, da ultimo, essere a sua volta misura lesiva del principio di uguaglianza e parità sancito anche dall'art. 3 della Costituzione.

² Il d.lgs. n. 39/2013, nell'ottica della riduzione dei costi per la PA nonché dell'odioso fenomeno del *pantouflage*, ovvero del passaggio dal ruolo politico a quello amministrativo (piuttosto diffuso a livello di enti locali), ha posto una serie di vincoli (ulteriori) per la nomina degli organi sociali: limitando a tre il numero massimo di componenti il c.d.a. c.d. "strumentale" e per quelli esercenti servizi pubblici locali con capitale sociale inferiore a 2 milioni di euro; consentendo negli altri casi un numero massimo di cinque amministratori; e prevedendo che, in ogni caso, la maggioranza dei componenti (dunque due su tre ovvero tre su cinque) deve essere scelto tra i dipendenti dell'ente partecipante o dell'ente incaricato di fornire direttive alla società.

Tutte e tre le obiezioni, di cui peraltro solo la terza di carattere prettamente giuridico, non colgono nel segno e possono essere agevolmente superate.

Con riferimento alla questione della (presunta) incompatibilità delle quote di genere con un criterio di selezione che tenga conto (anche) del merito, l'affermazione non convince anche e soprattutto perché non tiene conto del contesto sociale in cui la misura è stata adottata. In primo luogo va, infatti, rilevato che l'aver previsto delle quote di genere, non vuol dire che nella selezione non si debba (al pari di quanto si fa e si dovrebbe fare per gli uomini) tener conto della formazione e preparazione del candidato, uomo o donna che sia. E ciò, come si avrà modo di approfondire più avanti, anche in considerazione di una lettura ed interpretazione delle nuove norme in linea con le disposizioni dell'Unione Europa e con gli orientamenti della stessa Corte di Giustizia delle Comunità Europee (di seguito anche solo Corte di Giustizia).

L'idea che sottostà a tale obiezione è che data la necessità di dover inserire un terzo (o un quinto, in sede di prima applicazione) di componenti donne negli organi sociali si sia costretti ad inserire anche persone (*ergo* donne) sotto qualificate. Ma questo ragionamento appare viziato, soprattutto se si tiene conto del contesto sociale italiano nel quale la disposizione andrà ad operare. È un dato di fatto che oggi in Italia il 60% dei laureati è donna, che le donne iscritte nell'albo degli avvocati e dei dottori commercialisti (categorie maggiormente coinvolte nelle cariche in questione) sfiora rispettivamente la quota del 50% e del 40% e che le donne costituiscono più del 50 % dei dipendenti pubblici. Ciò rende evidente che non dovrebbe esistere (neanche in Italia) un problema nel reperire donne che possano avere requisiti di merito pari o superiori ai colleghi uomini per avere accesso alle poltrone degli organi sociali, tanto più che si sta qui parlando di componenti non esecutivi dei consigli di amministrazione, non certo dell'amministratore delegato o di manager con ruoli operativi e una specializzazione professionale più elevata e stringente legata al business della singola società, rispetto ai quali, ovviamente, resta piena autonomia. Di conseguenza la professionalità dei componenti degli organi sociali non sembra poter essere messa in crisi dalla presenza di quote di genere, considerato l'ampio bacino al quale le società possono attingere. La scelta in ordine al "merito" dei candidati ovviamente, dipenderà, ora come in precedenza, dalle valutazioni fatte dalle singole società, né risulta che attualmente le società interessate dalla disposizione prevedano dei requisiti di professionalità così stringenti da non consentire l'applicazione delle "quote" al genere femminile. Se una società vorrà fissare dei requisiti di professionalità minimi per accedere alle cariche sociali, gli stessi dovranno valere per gli uomini come per le donne e, considerata la situazione attuale del paese, non si vede perché e in che modo le quote di genere potrebbero essere di ostacolo alla promozione del "merito" ed alla qualità professionale degli organi sociali. Se del caso, un problema di tal fatta, potrebbe nascere quale conseguenza degli ulteriori vincoli posti dal legislatore per le società a partecipazione pubblica dalla c.d. *spending review*, laddove si prevede

l'obbligo di individuare la maggior parte dei componenti dei consigli di amministrazione tra i dipendenti pubblici. Ma in questo caso (l'eventuale) problema di verificare se vi sia un numero così elevato di dipendenti pubblici con i requisiti di professionalità necessari è di carattere "neutro" rispetto al genere, vale a dire si dovrebbe porre in modo eguale sia rispetto agli uomini che alle donne.

Quanto all'aspetto della lesività della dignità della donna, si tratta certamente di una misura non entusiasmante ma, ahimè, necessaria in un contesto culturale come quello italiano in cui, nonostante l'aumento considerevole della presenza femminile nel mondo del lavoro, si registra una bassissima rappresentanza del "genere" in tutti i posti di alto livello, ivi inclusi appunto gli organi di amministrazione e controllo delle principali società per azioni, dove, in particolare per le quotate, la presenza femminile nel 2008 era pari solo al 3%, e dove nel 2012 ha raggiunto appena la soglia del 6% e ciò soprattutto a seguito degli effetti indiretti determinati dall'approvazione della legge n. 120 del 2011, all'epoca non ancora entrata in vigore. Peraltro, vale la pena ricordare che la stessa misura è stata adottata anche in altri Paesi europei, nei quali tradizionalmente e culturalmente la donna è presente da più tempo nel mondo del lavoro. Emblematico è il caso della Norvegia che, per prima in Europa già nel 2003, ha adottato in via legislativa l'obbligo di rappresentanza di almeno il 40% del genere meno rappresentato negli organi sociali delle società partecipate dallo Stato e per le s.p.a. private quotate (e comunque di "grandi" dimensioni), prevedendo la sanzione della decadenza dell'organo in caso di mancato rispetto e che oggi costituisce il modello europeo per le misure legislative in tema di *gender equality*³. La scelta "forte" dell'adozione di quote di genere in via legislativa per le società di capitali è stata seguita di recente in Europa oltre che dall'Italia anche dalla Francia, dal Belgio, dalla Spagna e dai Paesi Bassi (in questi ultimi due ultimi casi senza la previsione di sanzioni). Altri stati dell'Unione, invece, hanno optato per meccanismi di autoregolamentazione (c.d. *soft law*) per promuovere il rispetto della parità di genere nei c.d.a. delle s.p.a. quotate, inserendo la raccomandazione di tener conto tra le altre cose anche della diversità di genere nella composizione degli organi di governo nei codici di autodisciplina delle società quotate. Così appunto in Germania, Olanda, Austria, Polonia, Svezia, Finlandia, Regno Unito, ma anche in Francia, Belgio, Italia e Danimarca (dove appunto la raccomandazione si aggiunge alla previsione di legge)⁴.

³ La Norvegia rappresenta il modello di riferimento in tema di quota di genere, essendo stata la prima nazione europea a mostrare sensibilità ed ad adottare una legislazione specifica in tema di genere. Basti pensare che è del 1981 l'adozione del *Gender Equality Act*, con il quale si è imposta la presenza di una quota pari al 40% in tutti gli organi di rappresentanza pubblici, politici e di istituzioni pubbliche in genere. La misura è stata poi estesa nel 2003 (con efficacia vincolante dal 2004) ai *board* delle società statali e dal 2006 (con efficacia vincolante dal 2008) per tutte le s.p.a. private quotate e di maggiori dimensioni.

⁴ Taluni Stati poi, come la Finlandia e la Svezia, per le società partecipate dallo Stato piuttosto che adottare una legge che imponga le quote hanno, di fatto, assunto una determinazio-

Ma il dato dal quale occorre partire (del quale non a caso si dà conto nella Relazione che accompagna la proposta di direttiva comunitaria in tema di miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate in Borsa) è che nonostante da decenni gli Stati membri e le istituzioni dell'UE si siano impegnati per promuovere la parità di genere nel processo decisionale dell'economia, ed in particolare proprio per rafforzare la presenza femminile nei consigli di amministrazione delle società, adottando raccomandazioni ed incoraggiando l'autoregolamentazione⁵, i progressi sono stati sino ad ora molto lenti. Basti pensare che negli anni passati si è registrato un incremento medio di soli 0,6 punti percentuali, che il tasso di miglioramento nei singoli Stati membri è stato estremamente diseguale e che, ovviamente, i progressi più significativi sono stati registrati nei Paesi in cui sono state introdotte misure vincolanti, mentre le iniziative di autoregolamentazione non hanno prodotto cambiamenti sensibili. Dall'analisi di questi dati e dalla constatazione che, con questi ritmi, sarebbero stati necessari vari decenni per avvicinarsi alla parità di genere in tutta l'UE, è nata la proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'equilibrio di genere fra gli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate in borsa, del dicembre 2012.

Inserita in tale contesto l'adozione anche in Italia, in via legislativa, della misura della quota di genere non appare affatto come uno strumento lesivo della dignità della donna, ma come uno (anche se non certo l'unico e forse non il più importante) degli strumenti che possono essere adottati per realizzare il principio dell'eguaglianza e della parità tra uomini e donne, contenuto anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza del 2000), alla quale il Trattato di Lisbona del 2009 ha attribuito lo stesso valore giuridico dei trattati.

Quanto fin qui affermato anticipa in qualche modo le ragioni che portano a superare anche la terza obiezione prospettata dai critici della nuova legge,

ne "politica" di attuare le quote di genere, che ha portato di fatto ed in concreto alla nomina di donne nel *board* delle società partecipate dallo Stato e da altre istituzioni pubbliche. Per un completo quadro di sintesi sulle quote in Europa si veda il *Working Paper* dal titolo *The Quota-instrument: Different Approaches Across Europe*, a cura della *European Commission's Network to Promote Women in Decision-making in Politics and the Economy*, consultabile on line (http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/quota-working_paper_en.pdf).

⁵ Negli ultimi venti anni si sono susseguite diverse iniziative a livello di UE. Vi sono state due Raccomandazioni del Consiglio (una del 1984 e l'altra del 1996) con le quali si è incitato il settore privato ad aumentare la presenza di donne a tutti i livelli del processo decisionale, in particolare con programmi di azioni positive, ed è stata invitata la Commissione ad assumere provvedimenti per raggiungere una partecipazione di genere equilibrata al riguardo. Vi sono state varie iniziative della Commissione, dalle Comunicazioni dirette a stilare la strategia da adottare per la parità tra uomini e donne (2006-2010 e 2010-2015), alla adozione della Carta per le donne COM(2010)078, in cui è stato rinnovato l'impegno per la parità di genere e il potenziamento della prospettiva di genere in tutte le sue politiche.

ovvero quella del rischio che la previsione di quote di genere possa a sua volta essere lesiva del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione italiana, in quanto misura discriminatoria per il genere già rappresentato, quello maschile appunto.

Per un verso, infatti, è noto che già il principio di eguaglianza sostanziale, affermato dall'art. 3 della nostra Costituzione, autorizza l'adozione di azioni positive dirette a rimuovere tutti gli ostacoli di ordine economico e sociale che possano, di fatto, limitare la libertà e l'eguaglianza dei cittadini e la loro partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

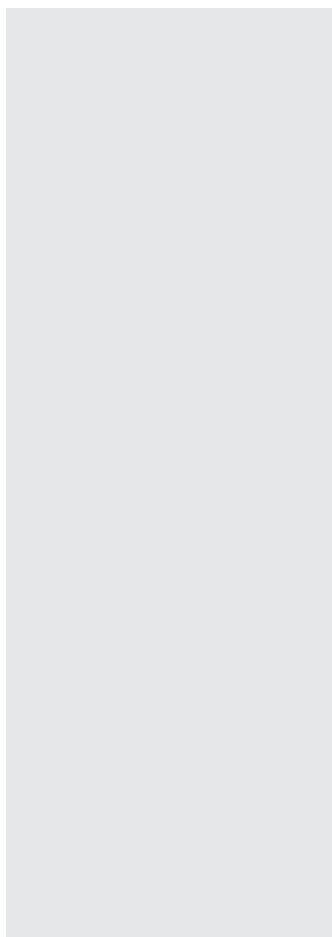
Per altro verso, come si è già ricordato, sia il Trattato sull'Unione Europea che proprio la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea espressamente richiamano il principio della parità tra uomini e donne come una declinazione del generale principio di eguaglianza, premurandosi di affermare non soltanto l'obbligo degli Stati membri di fare sì che «la parità tra uomini e donne (sia) assicurata in tutti i campi, compreso quello dell'occupazione del lavoro e della retribuzione», ma prevedendo altresì espressamente che «il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato» (art. 23 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea). Dal che ne deriva la piena compatibilità della misura con i principi costituzionali e dei Trattati Europei.

Da ultimo va poi ricordato che la previsione delle quote di genere, in Italia come altrove, non potrà che essere interpretata tenendo in debito conto la giurisprudenza formatasi in tema di azioni positive per la parità di accesso delle donne al mondo del lavoro, nell'ambito della Corte di Giustizia europea che conferma che il “merito” del candidato preferito deve comunque essere parte della valutazione. In particolare, il principio che si ricava dai precedenti della Corte, e che costituisce dunque oggi l'*acquis communautaire* in materia, è che è legittima l'applicazione della disposizione che dia la preferenza ad un candidato del genere meno rappresentato purché questi sia comunque in possesso di qualifiche sufficienti ed idonee per rivestire la carica ed il posto di cui si discute⁶.

La speranza è, dunque, che l'obbligo di rappresentanza di genere, applicato correttamente per tre mandati consecutivi, innesti un circolo virtuoso tale nelle prassi societarie grazie al quale non sarà più necessario dover ricorrere ad una legge per fare sì che la rappresentanza femminile negli organi delle società italiane, come in altre posizioni di vertici, si assesti “naturalmente” su percentuali che rispecchino la presenza e competitività delle donne nella società e nel mondo del lavoro.

⁶ Tra i precedenti della Corte di Giustizia di maggior rilievo si possono citare C-450/93 - KalanKe (racc. 1995, p. 1-3051); C_409/95 - Marschall (Racc. 1997, p. 1-6363); C. 207/98 - Abrahmsen (Racc. 2000, p. I-5539)

APPROFONDIMENTI



Il processo amministrativo: le impugnazioni

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

Parte prima

Mario Sanino

Il doppio grado di giudizio

Un connotato specifico del Codice è rappresentato dalla previsione di una articolata e completa disciplina del sistema delle impugnazioni.

In sintonia a quanto previsto dal Codice di procedura civile, vengono dapprima dettati principi generali sulle impugnazioni e quindi si regolamentano in modo puntuale l'appello, la revocazione, l'opposizione di terzo e il giudizio in Cassazione¹. Trattasi – per quanto concerne la disciplina del processo amministrativo – di impostazione assolutamente innovativa, atteso che sino all'entrata in vigore del Codice i mezzi di impugnazione erano individuati in vari testi normativi, e, soprattutto, puntualizzati dal contributo della giurisprudenza.

In ossequio alla descritta impostazione meritano autonoma considerazione i principi generali.

Il giudizio generale amministrativo è stato introdotto, come si è visto, dalla l. 31 marzo 1889, n. 5992, con cui fu istituita la quarta sezione del Consiglio di Stato, per la giustizia amministrativa².

* Inizia in questo numero la pubblicazione di alcuni interventi di approfondimento sui mezzi di impugnazione in generale nel processo amministrativo a cura di Mario Sanino.

¹ Il libro III del Codice del processo amministrativo titolato "Impugnazioni" ricomprende gli articoli che vanno dal 91 al 111. L'appello è considerato dal Titolo II che ricomprende gli articoli che vanno dal 100 al 105; la revocazione dal titolo III che ricomprende gli articoli 106 al 107; l'opposizione di terzo dal titolo IV che ricomprende gli articoli 108 al 109 e il ricorso per cassazione dal titolo V che ricomprende gli articoli 110 e 111.

² Per una analisi storiografica relativa alla istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato si rinvia a R. IANNOTTA, *Le condizioni politiche e sociali coeve alla istituzione della sez. iv del consiglio di stato e le prospettive attuali*, da *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, vol. I, Giappichelli, Roma 1989, pp. 117 ss. L'A. ripercorre le tappe fondamentali che hanno portato alla nascita del giudizio amministrativo. Un contributo di sicuro interesse da un punto di vista storiografico è inoltre offerto da F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia Amministrativa*, II ed., Giappichelli, Torino 2006, pp. 3 ss. L'A. analizza i momenti salienti che hanno portato alla nascita del giudizio amministrativo arricchendo lo studio con riferimenti storici in modo da giustificare ulteriormente le scelte compiute dal legislatore nel corso degli anni.

La riforma attribuiva così un nuovo giudice agli interessi soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione.

Certamente, tale riforma poteva anche essere intesa come riguardante, in presenza di provvedimenti amministrativi, qualunque posizione soggettiva tutelabile (interesse d'individui o di enti morali) rispetto all'Amministrazione. In tale ottica, il potere della sezione quarta sarebbe stato escluso con riguardo a ricorsi che una specifica disposizione di legge attribuisse – deve credersi, con norma successiva al 1889 – all'autorità giudiziaria, od alla potestà contenziosa di altri corpi o collegi speciali.

Ma la Cassazione interpretò la nuova legge come rivolta agli interessi soggettivi, in quanto diversi dai diritti pieni e diversi altresì – come il Consiglio di Stato ha soggiunto – da posizioni indirette o generali d'aspettativa.

Ragioni storiche introducevano pertanto un riparto di giurisdizione tra tribunali ordinari e giudice amministrativo fondato su elementi astratti, e del tutto originali rispetto alla restante esperienza europea che si orientava, per i Paesi a giudice amministrativo, verso una distinzione per materie. Mentre per i Paesi di *Common Law* esisteva un giudice unico, salvi alcuni privilegi della Corona, da noi si metteva da una parte la difesa dei diritti soggettivi, e dall'altra quella degli interessi legittimi.

Meno importante è, in rapporto alle problematiche giuridiche all'epoca rilevanti, che la natura dell'attività della sezione quarta fosse dapprima intesa come contenziosa, ma non giurisdizionale. Con ciò, fra l'altro, giustificandosi la marcata ingerenza del nuovo organo nell'opera del potere esecutivo: era, cioè, consentito all'Amministrazione di controllare approfonditamente sé stessa, sia pure a seguito di ricorso degli interessati, previo contraddittorio, per opera di suoi organi indipendenti, e con atti ordinariamente non rivedibili.

Sta di fatto che il sorgere della quarta sezione, riempiendo un vuoto nel sistema dei controlli implicava un riassetto della nozione di diritti soggettivi³, ed un riparto fra posizioni parimenti suscettibili di controllo esterno, imparziale, ed esperito nell'ambito di domande di parte, mediante pronunzie di regola imm modificabili. Si sono dovuti attendere quasi cento anni per configurare accanto ad una sentenza di primo grado un procedimento di secondo grado che desse effettiva valenza al giudicato⁴.

³ Tale aspetto è stato considerato con attenzione da M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, pp. 522 ss. L'A. analizza le diverse situazioni giuridiche soggettive che vengono in rilievo nell'ambito di un giudizio amministrativo. Sul punto per ulteriori approfondimenti e indagini si rinvia a S. ROMANO, *Le funzioni e caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, vol. I, Roma 1982, p. 24; E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Archivio di diritto pubbl.*, 1937, pp. 51 ss.

⁴ Prima della legge n. 1034 del 1971 il Consiglio di Stato era Giudice di secondo grado in relazione alle controversie di cui conoscevano in primo grado le Giunte provinciali ammi-

Da un punto di vista semantico il termine “impugnazione” riferito ad un provvedimento, allude a “reclami” o “gravami” contro di esso, i quali, muovendo da una doglianza circa il suo tenore o il suo contenuto, concludono con una istanza di dichiarazione di nullità, di annullamento, di rinnovazione o di modificazione (riforma). Con riferimento alle sentenze l’uso del termine in esame va limitato più propriamente a quei casi in cui lo stesso reclamo diventa oggetto e tema di una cognizione e quindi di un giudizio (di ammissibilità e di fondatezza), sia dello stesso giudice o sia invece di un altro giudice a ciò designato dalla legge, ond’è che ogni impugnazione propriamente detta dà luogo ad una fase distinta e anche formalmente ben caratterizzata⁵.

Il sistema della legge costituisce il coordinamento di due esigenze o tendenze antitetiche:

- quella di consentire il controllo e il perfezionamento delle decisioni giudiziali;
- quella di garantire, ad un certo momento, la finale certezza delle decisioni stesse.

Le impugnazioni ammesse al primo scopo sono tutte tipiche. Deriva, viceversa, dalla esigenza della certezza l’istituto del passaggio in giudicato formale delle sentenze, col temperamento della revocabilità in via straordinaria.

Con evidente riferimento al fine a cui tendono (riforma, annullamento ecc.) i vari modi di impugnazione prendono nome di mezzi⁶. Talvolta questo nome si restringe ai singoli motivi che si fanno valere. Non di rado ad esprimere più specialmente l’istanza con cui si propongono, si suole sostantivare nel linguaggio dei pratici l’aggettivo qualificativo: impugnativa.

L’impostazione della disciplina sulle impugnazioni – come si è visto – deve ritenersi del tutto innovativa rispetto al sistema previgente, in quanto il legislatore delegato ha inteso dettare alcune disposizioni valevoli per tutte le tipologie di impugnazioni ammesse nel processo amministrativo.

Come è noto per impugnazioni o mezzi di impugnazione o gravami, si intendono i rimedi che l’ordinamento appresta in relazione alle pronunce giu-

nistrative, la Giunta giurisdizionale amministrativa della Valle di Aosta e le controversie affidate al Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana. In relazione al sistema previgente si v. A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Morano, Napoli 1963, pp. 525 ss. e M. NIGRO, *L’appello del processo amministrativo*, Giuffrè, Milano 1960.

⁵ Per studi e approfondimenti sull’introduzione del doppio grado di giurisdizione nel processo amministrativo si segnala il lavoro di ricerca condotto da A. PAJNO, *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 541 ss. Sul punto, per una riflessione attenta sull’oggetto del giudizio d’impugnazione, si rinvia a A. QUARANTA, *Doppio grado di giurisdizione (principio del) - Diritto processuale amministrativo*, in *Encicl. giur. Treccani*, XIII.

⁶ Sulla nozione di mezzi d’impugnazione si rinvia a A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, III ed., Napoli 2011, C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino 2009; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Giuffrè, Milano 2010.

risdizionali nella duplice accezione dell'ulteriore fase di giudizio e dell'atto introduttivo di tale fase.

Nell'ordinamento processuale i mezzi di impugnazione rappresentano lo strumento per conseguire una decisione corretta sotto il profilo giuridico, e al tempo stesso definitiva, per stabilire con la forza propria del giudicato, la soluzione della controversia sottoposta all'esame del Giudice⁷.

Nel nostro ordinamento il conseguimento di tale obiettivo è assicurato dal doppio grado di giudizio, ossia un doppio esame delle medesime questioni dedotte in giudizio, in un unico giudizio, da parte di due giudici successivi, che può essere:

- un doppio grado pieno, nel caso in cui il secondo giudice conosce tutte le censure dedotte in primo grado;
- meno pieno, quando in secondo grado sono ammessi solo alcuni tipi di censure⁸.

Il giudizio amministrativo si è formato attraverso una stratificazione di norme spesso lacunose ed eterogenee ed è nato per la necessità di consentire una tutela, inizialmente non avvertita come giurisdizionale, relativamente a controversie tra privati e amministrazione che ne erano prive.

Solo successivamente e gradualmente è maturata la consapevolezza della costruzione di un sistema di tutela (giurisdizionale) articolato su due gradi di giudizio⁹.

⁷ Sull'argomento spunti di rilievo si rinvencono in R. DE NICTOLIS, *Le impugnazioni in generale*, in F. CARINGELLA - R. DE NICTOLIS - R. GIOVAGNOLI - V. POLI (a cura di), *Manuale di Giustizia amministrativa*, Dike Giuridica Editrice, Roma 2008.

⁸ L'argomento è stato a lungo fonte di dispute dottrinarie determinate, secondo alcuni, dall'anomalia che il giudizio amministrativo non è stato il frutto di un intervento organico da parte del legislatore, tale da determinare una disciplina completa, sistematica e concepita per dar vita a un processo giurisdizionale; si è detto, infatti, che il legislatore del 1889 non intendeva neppure istituire un organo giudiziario e disciplinare un processo. In dottrina si veda M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma 1963, p. 31; L. MAZZAROLLI, *Quadro generale della giustizia amministrativa*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Il Mulino, Bologna 2005; G. MIELE, *La giustizia amministrativa*, in Id. (a cura di), *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza 1968; F. G. SCOCA, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, in F. G. SCOCA (a cura di) *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino 2006.

⁹ Alcuni autori hanno, infatti, ritenuto che l'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali ha costituito l'attuazione del principio costituzionale del doppio grado di giudizio ex artt. 24, 103, 111, 113 e 125 della Costituzione. Tuttavia, secondo autorevole dottrina il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato era da considerare giudizio di secondo grado fin dal 1907 anche se solo in epoca successiva la dottrina si è interessata all'appello. Nel processo amministrativo, il doppio grado di giudizio opera in senso pieno, atteso che la medesima lite, dopo essere stata esaminata dal Tar, potrà poi essere nuovamente sottoposta, per intero, all'esame del giudice di appello. Per approfondimenti si veda M. NIGRO, *L'appello nel processo ammi-*

Nel processo amministrativo il doppio grado di giudizio, oltre ad essere stabilito dal legislatore ordinario, trova il suo fondamento nella Costituzione ed in particolare nella norma contenuta dell'articolo 125¹⁰.

Il problema che si è posto è se dall'art. 125 Cost. e dalle altre norme costituzionali sulla giustizia amministrativa derivi o meno un vincolo, per il legislatore ordinario, a configurare un doppio grado di giudizio pieno, o se vi sia la possibilità di configurarlo come doppio grado a critica vincolata¹¹.

Secondo una diffusa opinione l'art. 125 Costituzione¹² – pur inserito nelle disposizioni sull'autonomia regionale – avrebbe conferito rilievo costituzionale al doppio grado del giudizio amministrativo.

Sembra, quindi, che la Costituzione abbia stabilito solo la necessità del doppio grado di giudizio, pur lasciando alla discrezionalità del legislatore ordinario la scelta di come stabilire l'ambito di cognizione del primo e del secondo grado di lite, tant'è vero che l'art. 125 Cost. non offre indicazioni sull'oggetto e sull'ampiezza del processo di impugnazione né elementi per individuare la portata del principio del doppio grado.

In ogni caso la discrezionalità del legislatore ordinario non è comunque illimitata né potrebbe spingersi a restringere eccessivamente l'ambito della cognizione del giudice di secondo grado, il che si ricava proprio dai principi costituzionali¹³.

nistrativo, Giuffrè, Milano 1960; G. PALEOLOGO, *L'appello al Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano 1989; A. QUARANTA, *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, III, *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma 1989; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sott'ordinati*, Morano, Napoli 1963; P. VIRGA, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, II, Giuffrè, Milano 1999, p. 395.

¹⁰ In questa sede sembra opportuno rilevare come al doppio grado di giudizio nel sistema di giustizia amministrativa è stato attribuito valore di principio costituzionale. La conseguenza logica che deriva da tale assunto è rappresentata dal fatto che il legislatore non può tornare ad un sistema privo della garanzia in argomento senza con ciò violare il dettato costituzionale. Sul punto per ulteriori approfondimenti si rinvia alle storiche sentenze del Consiglio di Stato: Ad. Plen., 30 giugno 1978, n. 18, in *Cons. Stato*, 1978, I, 935; Id., 17 ottobre 1994, n. 13, in *Cons. Stato*, 1994, I, p. 1301.

¹¹ In dottrina per alcuni autori la norma contenuta nell'articolo 125 della Costituzione indirizza verso l'istituzione di un giudizio di secondo grado con le caratteristiche proprie dell'appello, cioè di un gravame rinnovatorio. Così E. FAZZALARI., *Il doppio grado nella legge sui Tribunali amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 1900; E.T. LIEBMAN, *Il giudizio di appello e la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 407.

¹² Primo periodo dell'unico comma, essendo stato abrogato il 1° comma dall'art. 9, 2° comma, l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

¹³ In tal senso si veda R. DE NICTOLIS, *Le impugnazioni in generale*, in F. CARINGELLA - R. DE NICTOLIS - R. GIOVAGNOLI - V. POLI (a cura di), *Manuale di Giustizia amministrativa*, Dike Giuridica Editore, Roma 2008.

Principi generali riguardanti i mezzi di impugnazione

Il Titolo I del libro terzo, indica i mezzi di impugnazione delle sentenze dei giudici amministrativi e contiene le disposizioni generali riguardanti i termini, il luogo e il deposito delle impugnazioni, le parti del giudizio di impugnazione, le impugnazioni avverso la medesima sentenza, l'intervento nel giudizio di impugnazione, le misure cautelari e il deferimento all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁴.

Non viene prevista una specifica disciplina degli altri profili comuni ai procedimenti di impugnazione avuto riguardo alle disposizioni di rinvio previste nel Libro I, che rendono applicabili ai giudizi d'impugnazione le disposizioni previste per il giudizio di primo grado e le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili.

Il Codice non offre spunti per alterare la configurazione dei mezzi di impugnazione così come sono connotati dalla dottrina processualistica; ne consegue che permane la distinzione, a seconda del tipo di censure che possono essere articolate, tra impugnazioni a critica libera e a critica vincolata, a seconda che possa essere dedotto qualsivoglia vizio della sentenza o solo vizi predeterminati dalla legge.

Altre distinzioni di carattere operativo sono quindi da ritenere mantenute anche se non costituiscono argomento di particolare rilevanza dogmatica. Ci si riferisce alle ulteriori differenziazioni tra rimedi "rinnovatori" volti ad un completo riesame del giudizio (appello e opposizione di terzo) e rimedi "impugnatori" tendenti solo ad annullare la sentenza (revocazione e ricorso per cassazione); distinzione tra rimedi sospensivi e non sospensivi, distinzione tra impugnazione ordinaria che impedisce il passaggio in giudicato della sentenza (appello, ricorso per cassazione e revocazione ordinaria) e impugnazione straordinaria esperibile anche nei confronti di una sentenza passata in giudicato (opposizione di terzo e revocazione straordinaria).

È opportuno segnalare che le innovazioni apportate dal Codice non hanno inciso sui principi generali sulle impugnazioni. Può quindi affermarsi che sono

¹⁴ Il sistema delle impugnazioni prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo è stato oggetto di specifiche disposizioni da parte dell'art. 44 l. n. 69 del 2009 che, tra i principi e i criteri direttivi del riassetto della disciplina processuale amministrativa, ha ricompreso anche quello relativo al riordino del sistema delle impugnazioni (comma 2, lett. g) da attuarsi sia individuando le disposizioni applicabili, mediante rinvio a quelle del processo di primo grado, sia disciplinando la concentrazione delle impugnazioni, l'effetto devolutivo dell'appello, la proposizione di nuove domande, prove ed eccezioni. A tal fine il legislatore delegato, ispirandosi alle previsioni del Codice di procedura civile, ha voluto soddisfare l'esigenza di offrire una disciplina positiva ad istituti frutto della più autorevole giurisprudenza amministrativa, cercando di creare un sistema organico di disposizioni in grado di colmare le lacune e i dubbi interpretativi che hanno caratterizzato la precedente normativa sulle impugnazioni.

operanti il principio di tipicità delle impugnazioni, il principio della soccombenza, unitamente alle altre condizioni dell'azione impugnatoria, il principio di concentrazione delle impugnazioni, l'effetto devolutivo e i limiti dello *jus novorum*¹⁵, l'effetto traslativo, l'effetto conservativo, l'effetto espansivo della pronuncia in sede di impugnazione. Solo per completezza di esposizione può osservarsi brevemente quanto segue.

- a) Il principio di tipicità e tassatività dei mezzi di impugnazione consiste nel fatto che, al di là dell'elencazione contenuta nell'art. 91, non sono ammissibili ulteriori rimedi non contemplati.
- b) Il principio della soccombenza si traduce nel principio dell'interesse all'impugnazione, che costituisce una delle condizioni dell'azione impugnatoria. Solo il soggetto che ha conseguito una pronuncia sfavorevole nel giudizio di primo grado, ha interesse ad impugnare.
- c) Per principio di concentrazione si intende quello in virtù del quale, tutte le impugnazioni avverso la medesima sentenza devono essere trattate in unico processo.

Tale principio risponde non solo ad esigenze di economia processuale, ma anche ad evitare contrasti di giudicati sulla medesima vicenda.

Ne consegue che quando vi siano più soccombenti, le impugnazioni della medesima sentenza, successive alla prima (detta principale), devono essere proposte in via incidentale a pena di decadenza (art. 333 c.p.c.).

Nell'ipotesi in cui vi siano più impugnazioni principali, in quanto gli appelli principali successivi al primo siano stati notificati in data anteriore alla ricezione della prima impugnazione, si dovrà procedere, anche d'ufficio, alla riunione in un solo processo (art. 335 c.p.c.).

- d) Con riferimento all'effetto devolutivo, aspetto importante è costituito dall'oggetto dell'appello, cioè a dire da quello che può essere dedotto e quindi portato alla cognizione del giudice di secondo grado.

In tale ambito uno dei problemi nodali è stato sempre quello di stabilire se oggetto del giudizio di secondo grado dovesse essere la sentenza appellata, contro la quale viene articolato il gravame al fine di ottenerne l'annullamento

¹⁵ Sul divieto dello *ius novorum* va precisato che l'appello attribuisce al giudice di secondo grado la cognizione dello stesso rapporto conosciuto dal giudice di primo grado. La logica conseguenza di quanto appena detto è rappresentata dal fatto che l'oggetto originario del giudizio non può essere mutato e non è consentita la proposizione di domande nuove pena l'inammissibilità della domanda stessa. Proprio in applicazione del divieto di *ius novorum* la giurisprudenza ha reputato inammissibile sia la domanda di parte volta a denunciare i vizi del provvedimento non eccepiti già con il ricorso in primo grado, sia la domanda di risarcimento danni proposta per la prima volta in sede di appello: così Cons. St., sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080, in www.giustizia-amministrativa.it. Sul divieto di *ius novorum* e sulle eccezioni allo stesso si rinvia all'approfondimento curato nella parte dedicata all'appello del presente lavoro che tiene conto anche delle novità introdotte con il Codice del processo amministrativo e della recente giurisprudenza formatasi in materia.

o la riforma, oppure l'atto amministrativo impugnato in primo grado e, più in generale la stessa controversia affrontata e decisa dal primo giudice¹⁶.

- e) A tale dualismo si collega la distinzione tra giudizio rescindente (volto a rimuovere la sentenza denunciata dall'appellante in quanto affetta da vizi ed ingiusta) e giudizio rescissorio (finalizzato al riesame della controversia che viene devoluta ad un giudizio diverso, affinché si abbia una seconda pronuncia).

Al giudizio rescissorio si ricollega il principio dell'effetto devolutivo che, a sua volta, implica il divieto dello *ius novorum*.

In virtù dell'effetto devolutivo la controversia passerebbe al riesame del giudice di secondo grado negli stessi termini in cui fu esaminata in prime cure e il secondo giudice avrebbe gli stessi poteri di cognizione e di decisione del primo.

- f) Per divieto dello *ius novorum* deve intendersi la costante affermazione secondo cui non sono deducibili in appello domande e motivi nuovi, rispetto a quelli dedotti in primo grado, non potendosi ampliare la materia del contendere.

È ben noto, infatti, che non sono ammessi motivi nuovi, salva la possibilità dei motivi aggiunti limitatamente ad atti sopravvenuti o conosciuti successivamente al passaggio in decisione della causa di primo grado, né sono ammesse nuove eccezioni, come quelle inerenti l'ammissibilità del ricorso, salve quelle rilevabili d'ufficio¹⁷.

¹⁶ Nel tentativo di fornire un contributo al dibattito appena menzionato si può evidenziare che nel giudizio di secondo grado si assiste alla riemersione del materiale cognitorio introdotto in primo grado. Il giudice di appello inoltre è titolare degli stessi poteri di cognizione e di decisione spettanti al giudice di primo grado. Nonostante ciò, vigendo il principio dispositivo, la cognizione del giudice di appello è limitata alle censure proposte dall'appellante principale e dall'appellante incidentale. All'uopo è appena il caso di precisare che secondo la giurisprudenza è inammissibile la proposizione dei motivi integrativi di appello anche se il termine per la proposizione dell'impugnazione non sia ancora scaduto, in quanto l'impugnazione parziale comporta acquiescenza alle parti della sentenza non impugnata: così Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2174, in www.giustizia-amministrativa.it. Sempre con l'obiettivo di fornire spunti ulteriori alla riflessione di cui sopra, è opportuno evidenziare come per la giurisprudenza l'appellante non è esentato dall'onere di specificare le ragioni per le quali ritiene non condivisibile le considerazioni contenute nella sentenza impugnata e, perciò, l'atto introduttivo deve contenere i motivi su cui si fonda il gravame: così Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2006, n. 2702; Cons. St., sez. VI, 24 giugno 2006, n. 4062, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷ Con la sentenza 30 giugno 2011, n. 3913 il Consiglio di Stato, sez. V, pur ribadendo e confermando l'orientamento consolidato che prevede, in appello, il divieto di *ius novorum* in relazione a nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove, ha previsto ed esplicitato alcuni temperamenti a questo principio. Tra le deroghe indicate nella sentenza n. 3913 rientra l'ammissione, entro ristretti limiti, di motivi aggiunti con specifico riferimento all'appello amministrativo. Infatti, secondo i giudici di Palazzo Spada, il nuovo codice del processo

Sono considerati motivi nuovi anche quelli dedotti in primo grado irritalmente (ad esempio, oralmente in udienza o con memoria non notificata alle controparti) o formulati in modo generico.

- g) Controverso è se in appello siano ammesse nuove prove; dopo orientamenti oscillanti – i quali saranno approfonditi oltre – si è pervenuti a ritenere che le nuove prove documentali in appello sono ammesse solo limitatamente alle condizioni di cui all'art. 345 comma 3 c.p.c., vale a dire nel caso in cui siano indispensabili o la parte dimostri di non averle potute produrre in primo grado per cause ad essa non imputabili (comunque sul punto si rinvia al commento all'art. 104 e 105).
- h) L'effetto traslativo attiene all'ipotesi in cui, in conseguenza della proposizione delle impugnazioni, la lite transita in un diverso grado (o anche in un diverso giudizio).

Tale effetto assume particolare rilievo nel caso di sentenze non definitive, quali le sentenze parziali e interlocutorie.

amministrativo risolve il tema dell'ammissibilità dei motivi aggiunti in appello, ritenendo che «essi siano consentiti solo per dedurre ulteriori censure in relazione ad atti e provvedimenti già impugnati con il ricorso di primo grado», nell'ipotesi in cui i vizi ulteriori emergano da documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado. Gli stessi giudici del Consiglio di Stato sostengono che a tale conclusione si perviene in base al tenore letterale dell'art. 104, comma 3, che si riferisce a provvedimenti amministrativi già impugnati in primo grado e a documenti preesistenti, ma non prodotti davanti al Tar. Inoltre, sul piano logico e sistematico, in virtù del principio del doppio grado di giudizio ed in considerazione della sua portata generale, non è consentito ampliare il *thema decidendum* nel passaggio fra i due gradi di giudizio, non potendo tale principio neppure essere derogato dalle parti, in quanto «espressione di ordine pubblico processuale». Nel caso specifico la parte aveva proposto per la prima volta in appello una domanda di risarcimento di tutti i danni asseritamente ricollegabili ai provvedimenti illegittimi emanati dalla regione Lombardia «nonché al contegno gravemente colpevole di quest'ultima che, solo durante il corso del giudizio di primo grado, avrebbe reso nota l'esistenza dello strumento attuativo del P.e.r. (ovvero il P.a.e. del 2007) e di altri rilevanti provvedimenti che, dimostrando la volontà politica della regione di limitare nel proprio territorio la costruzione di nuovi centrali termoelettriche, avrebbero reso sostanzialmente impossibile la realizzazione della centrale anche all'esito di un eventuale annullamento giurisdizionale della delibera n. 5259 del 2007». In realtà, come stabilito dal Consiglio di Stato, il P.a.e. è stato emanato e pubblicato in data antecedente alla notificazione del ricorso di primo grado (avvenuta il 15 novembre 2007), sicché la società ricorrente avrebbe avuto l'onere di impugnarlo. In ogni caso, aggiungono i giudici della Sezione V, una volta depositata nella segreteria del Tar la documentazione specifica da cui si evinceva l'emanazione del P.a.e., era onere della società articolare motivi aggiunti avverso quest'ultimo ovvero nei confronti del P.e.r. Ciò non è stato fatto, rendendo irricevibile l'appello ed inammissibile la domanda autonoma di risarcimento del danno proposta direttamente davanti al Consiglio di Stato. L'unica strada percorribile per la società appellante sarebbe stata quella di proporre un separato ricorso di primo grado nei confronti degli ulteriori provvedimenti amministrativi conosciuti o emessi nelle more del giudizio di appello, in ossequio a quanto evidenziato dal vigente codice del processo amministrativo.

In dette ipotesi, solo una parte della lite viene trasferita al giudice di secondo grado, mentre l'altra parte prosegue davanti al giudice di primo grado.

D'altra parte, ove così non fosse, il giudice dell'impugnazione andrebbe a decidere anche sulle parti non gravate e non ancora esaminate dal giudice di primo grado il che contrasterebbe con il canone costituzionale del doppio grado di giudizio.

Tale regola subisce però delle deroghe, come nel caso in cui il giudice d'appello riformi una sentenza che si sia espressa sull'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso in primo grado.

- i) L'effetto conservativo delle impugnazioni si riferisce alle sentenze con pluralità di parti e capi inscindibili e consiste nella salvaguardia per le altre parti degli effetti di una impugnazione proposta da una sola parte.
- l) L'effetto espansivo contemplato dall'art. 336 c.p.c. va individuato nella circostanza che la riforma o la cassazione parziale coinvolge anche i capi di sentenza, strettamente dipendenti da quelli gravati espressamente.

L'effetto espansivo è interno, nel caso in cui la riforma o cassazione parziale, ha effetto anche sulle parti della sentenza dipendenti dalla parte riformata o cassata (art. 336, comma 1, c.p.c.), è esterno quando la riforma o la cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata.

La individuazione dei mezzi di impugnazione

L'art. 91 del Codice, si limita ad elencare i mezzi di impugnazione nel processo amministrativo, lasciando poi agli articoli successivi il compito di disciplinare gli aspetti comuni (artt. 92-99) e quelli specifici di ciascuno di essi.

Dall'art. 91 emerge innanzitutto una novità terminologica laddove non viene più utilizzato il termine "decisione" per indicare le pronunce del giudice d'appello.

Il termine "decisione" nel processo amministrativo è stato tramandato dalla legge del 1889 che non attribuiva carattere giurisdizionale alle pronunzie del Consiglio di Stato, riconosciuto con legge del 1907.

Nonostante detto riconoscimento, nella legislazione successiva rimase il termine "decisione" per indicare i provvedimenti aventi sostanziale natura di sentenza.

È con l'art. 26 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, istitutiva dei Tar, che le pronunzie del giudice sono state definite "sentenze".

In ogni caso, rimanendo immutato il precedente sistema con riferimento al giudizio da svolgersi innanzi al Consiglio di Stato (art. 29 comma 1, legge sui Tar) le pronunzie di quest'ultimo hanno continuato ad essere qualificate "decisioni" (art. 35 legge sui Tar), anche se la stessa legge sui Tar (artt. 34 e 35) per le pronunzie dei tribunali regionali ha utilizzato il termine decisione, motivo per cui la distinzione si è mantenuta solo sul piano puramente formale.

Con il Codice, invece, si assiste al definitivo abbandono del termine “decisione” utilizzato nella prassi quale segno dell’origine amministrativa del Consiglio di Stato.

La disposizione prevede che oggetto di impugnazione siano le sentenze, quindi l’atto del giudice a contenuto decisorio idoneo a offrire stabilità all’assetto di interessi coinvolti nella controversia¹⁸.

Non sono dunque suscettibili di impugnazione le ordinanze istruttorie e quelle meramente ordinatorie ovvero interlocutorie, perché prive di contenuto decisorio, i provvedimenti con i quali si decida l’istanza di ricasazione, ovvero sia ordinata l’integrazione del contraddittorio, l’abbreviazione dei termini per la fissazione delle udienze, delle Camere di Consiglio e delle difese, nonché disposta l’ammissione di mezzi di prova.

Come è stato rilevato dagli studiosi del settore, l’indicazione normativa è da intendersi tassativa e non sono quindi qualificabili come mezzi di impugnazione tutta una serie di altri strumenti che, seppure idonei a contestare il contenuto di una decisione, non costituiscono propriamente rimedi avverso le valutazioni del giudice di primo grado (ci si riferisce ad esempio al regolamento di giurisdizione, al regolamento di competenza, al ricorso per correzione di errore materiale).

Al pari del processo civile, infatti, non può definirsi mezzo di impugnazione il regolamento di giurisdizione in quanto la sua proposizione è preventiva rispetto alla definizione della controversia.

Diversamente dal processo civile, non può essere considerato mezzo di impugnazione il regolamento di competenza dal momento che è comunque prevista la sua esperibilità in via preventiva.

È altresì escluso dall’ambito dei mezzi di impugnazione il ricorso per correzione di errore materiale (disciplinato precedentemente dagli artt. 92 del r.d. 17 agosto 1907 n. 642 e 287 c.p.c. ed ora dall’art. 86 del Codice), in quanto finalizzato solo alla eliminazione degli errori materiali o delle omissioni nella redazione del documento ed inidoneo per sua natura a modificare il portato essenziale della decisione.

¹⁸ Uno studio attento sulla sentenza come atto che definisce o non definisce il giudizio e sui caratteri della stessa è stato condotto da F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2000 e in www.giustizia-amministrativa.it. Per una riflessione sulle sentenze parziali e non definitive e sui relativi profili concernenti il passaggio in giudicato si v. invece E. FERRARI, *Commento all’articolo 26, l. n. 1034/71*, in A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, Padova 1992, p. 718.

L'illecito del minore d'età: ricostruzione storico normativa e profili di criticità della cultura della responsabilità minorile*

Elena Borsacchi

Una notazione preliminare

Quando si gettano le basi per un percorso di studio, di approfondimento e di ricerca non è sempre agevole argomentare utilmente *ab initio* il lavoro prescelto in chiave di “motivazione”.

E questo perché più semplicemente scegliamo un argomento che ci ha per differenti ragioni colpito, appassionato o semplicemente ha destato la nostra attenzione.

Se dovessi sinteticamente racchiudere la mia “presentazione motivazionale” del lavoro che ho scelto di avviare a conclusione di questo percorso di perfezionamento, e di riassumere in questa sede, mi permetterei di richiamare una frase di Immanuel Kant che ho letto in epigrafe nel volume del Prof. De Leo¹.

«Persona è quel soggetto le cui azioni sono suscettibili di un'imputazione».

L'affermazione sopracitata richiama un po' l'idea base di questo piccolo percorso di studio e letture incrociate, cioè a dire quella dell'inscindibilità tra la qualità di soggetto agente e la responsabilità per le proprie azioni: responsabilità che deve essere delineata sulla base di precisi requisiti di imputazione soggettiva dei fatti posti in essere dall'agente.

L'obiettivo che questo lavoro si era dato come punto di arrivo, allora, era rappresentato proprio dallo svolgimento di un'indagine e di una ricognizione approfondita sui crismi specifici dei due regimi di responsabilità, civile e penale, ogni qualvolta il soggetto attivo dell'illecito sia un minore d'età.

Ci si è concentrati, a questo proposito, non soltanto sul diverso atteggiarsi e declinarsi dei rispettivi requisiti, bensì anche sulle cautele, siano esse sostanziali o processuali, poste in essere dall'ordinamento giuridico quando sorga la necessità di individuare un minore come responsabile del compimento di un illecito. Lo si è fatto, in particolare, con riguardo all'ordinamento italiano, attuale e risalente, dando però uno sguardo anche sul panorama internazionale

* Rielaborazione della tesi finale a conclusione del Master di II livello in “Diritto del Minore”, Università di Roma La Sapienza, relatore Prof. A. Masi: «Il minore civilmente e penalmente responsabile: i crismi dei due regimi di responsabilità a confronto tra analogie, differenze e profili di comparazione».

¹ G. DE LEO, *Psicologia della responsabilità*, Laterza, Roma-Bari 1996.

e sull'ordinamento francese, che nel corso della storia degli ordinamenti ha rappresentato un valido punto di riferimento per i nostri compilatori.

Le categorie e gli istituti della psicologia giuridica e sociale sono stati, poi, uno strumento irrinunciabile ai fini della ricostruzione in termini di capacità e "maturità" della personalità e del profilo del minore responsabile, diventata oggi un passaggio imprescindibile per una corretta attuazione degli strumenti di tutela in merito, sia nella prospettiva "riparatoria" che in quella "rieducativa".

La cultura della responsabilità punto di partenza e punto di arrivo

Non può esservi giustizia senza responsabilità.

Principio e pietra miliare del sistema giustizia e di rieducazione a fondamento del mondo degli adulti che assume un colore ancora più intenso quando lo si pensi operante nella dimensione della responsabilità minorile, sia essa civile o penale.

La fame di "senso di responsabilità" che divora una società, da una parte in continua e incessante evoluzione, e dall'altra in perpetua crisi con se stessa e con i suoi modelli tradizionali, conduce a ritenere che la scienza giuridica non possa prescindere dall'elaborazione di un concetto e di un senso di responsabilità che orientino le funzioni di una corretta amministrazione della giustizia.

L'attenzione all'individuo che tanto si auspica con riguardo al processo del minore, e che impone la centralità di una valutazione della sua personalità, deve tradursi in un impegno di progressiva "non deresponsabilizzazione" che la società si assume nei confronti dei consociati².

Aggiungendo un tassello potremmo allora dire che se non esiste giustizia senza responsabilità non esiste responsabilità senza capacità di comprendere e scegliere.

Come reagire però di fronte ad un fenomeno di progressiva deresponsabilizzazione dell'universo sociale e, ancor più, di quello minorile?

Il problema fondamentale è forse dato dalla scelta degli strumenti di reazione: la teoria della "Nuova Difesa Sociale" negli anni '60 del secolo scorso professava un'idea di responsabilità che fosse un punto di arrivo per il sistema giustizia più che un requisito ai fini dell'irrogazione della pena³.

La responsabilità dovrebbe essere percepita anche dal minore soggetto, che ne abbia capacità, come il vincolo a rispondere delle conseguenze del proprio

² G. DE LEO, *Orientamenti internazionali e tendenze sperimentali*, in F. PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, Giuffrè, Milano 2002; G. DE LEO, *Responsabilità: definizioni e applicazioni nel campo della giustizia minorile*, in G. PONTI (a cura di), *Giovani, responsabilità, giustizia*, Giuffrè, Milano 1985.

³ S. DI NUOVO - G. GRASSO, *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*, Giuffrè, Milano 1999; G. DE LEO, *Psicologia della responsabilità*, cit.; G. DE LEO, *Orientamenti internazionali e tendenze sperimentali*, in F. PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, cit.

operato nel proprio contesto socio culturale secondo quattro livelli: etico morale, sociale, giuridico e psicologico.

Questo impone agli operatori di interrogarsi sulle categorie che fondano i principi di responsabilità del minore (civile o penale): capacità di discernere, considerazione dei fattori di rischio e di protezione, ruolo dei soggetti che animano la sua vita di relazione.

Nonostante l'indagine sia stata portata avanti su un duplice piano (civile e penale) ci soffermeremo, in questa sede in particolare, dovendo fare una cernita, sul riflesso di tutto questo nella materia civilistica.

Il binomio responsabilità-capacità nel diritto dalle origini

Da una panoramica storico normativa come quella che si è cercato di tracciare, i regimi di capacità e incapacità dei soggetti sono passati da essere mezzo di controllo dell'operato degli incapaci nei confronti dei terzi e della collettività a strumenti di protezione e tutela degli incapaci stessi.

Pensiamo, scandendo le diverse fasi storiche, in questo senso alla *familia* romana (il potere assoluto del *pater familias* sul *filius*, sua pertinenza)⁴, come anche agli istituti che dopo il *délire révolutionnaire* sono stati conati con la codificazione napoleonica del 1804, faro guida ed esperienza normativa pilota per gran parte delle codificazioni del vecchio continente, ivi compresa quella italiana.

Il *Code Napoleon*, seppur ingenerando un *vulnus* inequivocabile al principio di eguaglianza formale come sancito dai codici rivoluzionari, inseriva nel suo impianto il regime di incapacità nella sezione dedicata alle norme a tutela dell'ordine pubblico⁵.

Sarà necessario attendere il XX secolo con la stesura dei nuovi codici e l'avvento delle costituzioni rigide nel II dopoguerra per assistere ad un'inversione di tendenza: grazie al nostro testo costituzionale con gli artt. 30 e 31 il dibattito si sposta sulla condizione del minore d'età, emancipandosi dalla dimensione contrattuale e patrimoniale per estendersi a quella personale dei diritti di libertà⁶.

Il nodo centrale: la responsabilità vicaria dei genitori per l'illecito civile del minore

Dovendo soprassedere per ragioni di economia di tempo e spazio sul regime della rappresentanza e sulle mille sfumature del sistema di capacità del minore d'età, sarà sufficiente ricordare che il nostro codice civile contempla due forme di capacità, espresse rispettivamente dall'art. 1 e dall'art. 2 c.c., la capacità naturale (intendere e volere) acquisibile alla nascita e la capacità legale di agi-

⁴ D. DALLA - R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino 2006; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino 1991.

⁵ V. HERZ, *Rappel historique du droit des mineurs délinquants*, in *Jeunes délinquants et jeunes en danger en milieu ouvert*, Erès 1994.

⁶ L. FADIGA, *Le regole di Pechino e la giustizia minorile*, in *Giustizia e Costituzione*, 1989.

re: attitudine ad essere titolari di diritti e obblighi l'una, l'idoneità a compiere validamente atti giuridici che consentano di acquisire ed esercitare diritti ed assumere obblighi l'altra⁷.

Avuto riguardo agli sviluppi della scienza giuridica sulla figura del minore soggetto di diritto capace di autodeterminarsi, in verità sembrerebbe più utile porre il problema in termini di accertamento della c.d. "capacità di discernimento", più che appellarsi a rigidi limiti convenzionali di età. (art. 3 Conv. Eu 1996)⁸.

Riprendendo il tracciato di questo piccolo percorso, potrà essere di qualche interesse focalizzare l'attenzione sul tratto che caratterizza il regime di responsabilità per illecito civile ovvero la responsabilità vicaria dei genitori (o di altri soggetti esercenti la potestà).

Interessante perché questo tipo di filtro non trova riscontro nella dimensione di responsabilità per fatto reato del minore deviante, ispirata, come ben sappiamo, al principio di personalità della responsabilità penale ex art. 27 Cost.

Il codice civile, invece, contempla due differenti regimi di responsabilità dei genitori per quanto compiuto dal figlio minore, a seconda che egli sia provvisto o sprovvisto della capacità naturale.

La distinzione tra capacità naturale e capacità legale di agire incide anche sulla materia della responsabilità derivante da fatto illecito dunque. Da essa discende la *summa divisio* in punto di disciplina: la responsabilità per danno cagionato dall'incapace ex art. 2047 c.c. e la responsabilità di genitori (tutori precettori e maestri d'arte) ex art. 2048 c.c.⁹.

La giurisprudenza ha inteso estendere l'applicazione di questa previsione anche ai genitori nel caso di atto lesivo compiuto dal figlio minore incapace di intendere e di volere, previa verifica dell'integrazione dei presupposti della fattispecie, vale a dire la simultanea presenza dell'incapacità del danneggiante e dell'obbligo di sorveglianza posto in capo al soggetto sorvegliante.

Le ipotesi di responsabilità previste dagli artt. 2047 e 2048 c.c. sono tra loro alternative e non concorrenti dato che, ove la prima norma incardina in un regime di responsabilità i soggetti alla cui custodia genitoriale sia affidato un minore sprovvisto della capacità naturale, l'art. 2048 c.c. disciplina una forma di responsabilità vicaria e solidale bicefala¹⁰.

Certamente il fine primario della norma è ancora oggi quello di apprestare in favore dei soggetti danneggiati la duplice garanzia del patrimonio del figlio e di quello dei genitori ma questa norma pone in luce una serie di profili di criticità riassumibili in tre punti:

⁷ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano 2009.

⁸ Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996.

⁹ M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Cedam, Padova 2011; F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Jovene, Napoli 1984.

¹⁰ M. SESTA, *op. cit.*; F. GIARDINA, *op. cit.*

a) il fondamento oggettivo di una responsabilità concorrente per fatto altrui. Quella che apparirebbe come una responsabilità, almeno a prima vista, per fatto altrui, viene riletta da una parte della dottrina e della giurisprudenza, proprio alla luce della funzione di “educatori” del soggetto in crescita, come una forma di responsabilità per “fatto proprio” derivante dall'inottemperanza a quei doveri sanciti dall'art. 147 c.c.

b) l'elemento soggettivo che caratterizza questa forma di responsabilità.

Il rischio che si è corso, e che si è ritenuto poi di dover scongiurare, è stato quello della creazione di un'artificiosa ipotesi di responsabilità oggettiva a carico di soggetti che soltanto in virtù di una propria “qualifica” di ruolo potessero rispondere per fatto illecito altrui, a dispetto di ogni piano di compatibilità con l'elemento soggettivo della colpa.

La creazione di una categoria di colpa a due poli, quella per non aver diligentemente sorvegliato (*in vigilando*) unita a quella per non aver educato adeguatamente (*in educando*), che, di fatto, costeggia pericolosamente l'area della responsabilità oggettiva e della responsabilità per fatto altrui, ha generato non poche perplessità sul piano della previsione di una prova liberatoria sostanzialmente “diabolica”¹¹.

c) il contenuto della prova liberatoria.

Nel soffermarci su questo profilo recuperiamo per un attimo il confronto con l'art. 2047 c.c. che contempla anch'esso un'ipotesi di prova liberatoria.

Quel che è certo, come emergerà anche dall'analisi della norma ex art. 2048 c.c., è che le norme a presidio di queste forme di responsabilità “vicaria”, oltre a sancire nella sostanza un'inversione dell'onere probatorio a carico dei sorveglianti, sono lette ed interpretate dalla giurisprudenza corrente nel senso di rendere via via sempre più difficoltosa la prova dell'assenza di qualsivoglia responsabilità in capo al soggetto titolare di un obbligo di sorveglianza (art. 2047 c.c.) o esercente la potestà (art. 2048 c.c.)¹². Per quanto riguarda l'art. 2047 c.c. non è chiaro ad oggi se tale *chance* di andare esenti da responsabilità si sostanzi nella dimostrazione di aver attuato tutte le misure idonee a scongiurare l'evento lesivo, in ossequio all'ordinaria diligenza, oppure se, al contrario, sia sufficiente indicare specificamente il fatto che abbia impedito di esercitare l'attività di vigilanza richiesta dalla norma.

Con riguardo all'art. 2048 invece i soggetti di cui al I comma risponderanno in forma di responsabilità “diretta”, per colpa *in educando* e *in vigilando*, salvo che «provino di non aver potuto impedire il fatto». Così come rielaborata anche in giurisprudenza, dunque, la prova liberatoria non potrà esaurirsi nella dimostrazione di non aver potuto in alcun modo impedire il danno, ma si estenderà alla

¹¹ M. SESTA, *op. cit.*; F. GIARDINA, *op. cit.*; A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *op. cit.*

¹² L. POMODORO - P. GIANNINO - P. AVALLONE, *Manuale di diritto di famiglia e dei minori*, Utet, Torino 2009.

dimostrazione di aver adottato, in via preventiva, le misure idonee ad evitarlo.

Con riguardo alla *culpa in educando*, andar esenti da responsabilità per i genitori implicherà fornire la dimostrazione di aver impartito ai figli un'adeguata educazione, avuto riguardo alla personalità del minore, alle condizioni ambientali e sociali nelle quali si trova a vivere.

Viceversa, l'esclusione della *culpa in vigilando* presupporrà la dimostrazione di aver esercitato sul danneggiante la sorveglianza necessaria al fine di prevenire il compimento di atti illeciti nei riguardi dei terzi senza che sia richiesta, per questo, una presenza fisica costante accanto al figlio: anche l'obbligo di sorveglianza, infatti, è commisurato, e non potrebbe che essere così, alle caratteristiche anagrafiche, caratteriali e di indole del figlio minore¹³.

Con riguardo ad entrambe le aree di colpa, infatti, la valutazione che si richiede di operare è sempre "relativa", saldamente ancorata cioè alle qualità soggettive e alla effettiva capacità di discernimento del minore che agisce.

Alla luce del sistema che si è tentato qui di ricostruire sembra di poter concludere, pertanto, che i regimi di responsabilità civile previsti dagli artt. 2047 e 2048, rispettivamente afferenti al danno commesso dall'incapace e al fatto illecito del minore non emancipato, laddove conservano senza dubbio ancora l'esigenza primaria che il danneggiato si trovi ad essere risarcito con quanta più sicurezza e garanzia possibile, allo stesso modo impongono una considerazione dei soggetti agenti (incapace naturale e minore incapace di agire) anche in chiave di tutela e di "protezione" delle loro posizioni.

Questa considerazione si inserisce con una certa coerenza nel panorama dell'evoluzione degli istituti di capacità e responsabilità dei soggetti minori di età e del loro passaggio da essere mero strumento di "tutela" e "garanzia" dell'ordine pubblico e della collettività a costituire un piano di valutazione privilegiata dei mezzi di protezione più adeguati alla condizione del minore, avuto riguardo alla sua personalità e alla sua capacità di discernere.

Il contributo empirico e dinamico delle scienze sociali e delle scienze psicologiche

Per quanto detto finora, dunque, un regime di responsabilità saldamente ancorato a valutazioni inerenti le qualità soggettive del minore chiama in causa l'ausilio delle scienze psicologiche, sociali e cliniche, della loro dinamicità a fronte della rigidità sistemica che talvolta caratterizza la nostra dottrina e giurisprudenza.

Soltanto una sinergia tra le scienze è in grado di far giungere al risultato dell'interdisciplinarietà tanto auspicata in ambito della giustizia minorile¹⁴.

¹³ M. SESTA, *op. cit.*; F. GIARDINA, *op. cit.*

¹⁴ Benché non strettamente riferito alla tematica della giustizia minorile, per un interessante approfondimento in merito al ruolo delle neuroscienze nel sistema giudiziario, sempre nella logica di quella sinergia qui auspicata nei rapporti con le scienze sociali e psicologiche,

Senza alcuna pretesa di completezza i percorsi di nostro interesse in psicologia vanno dai tradizionali percorsi di elaborazione strettamente psicologica elaborati da Piaget a quelli della psicologia sociale, fino ad arrivare alle teorizzazioni della c.d. responsabilità di “ruolo”.

Dalla sociologia americana, invece, di Merton e Parsons è stato offerto un contributo interessante invece nella teorizzazione del rapporto tra educazione e società in termini di funzionalità e disfunzionalità del sistema tenendo conto del ruolo non secondario che hanno le strutture formative in cui il minore vive e opera¹⁵.

La capacità di discernimento è definita e individuata secondo canoni ed estrinsecazioni differenti a seconda della fasce d'età.

Se per minore età intendiamo, teoricamente, tutto l'arco temporale che va dalla nascita al compimento dei diciotto anni, osserviamo come il passaggio tra le varie fasi porti con sé elementi sempre nuovi per la formazione e lo sviluppo del minore.

La costruzione del reale, nella dimensione di vita del fanciullo, passa da uno stadio in cui l'attività del soggetto è l'unico motore e parametro di tutto, ad una visione del reale dove gli oggetti esistono indipendentemente dal soggetto, fino ad arrivare ad una percezione del sistema spazio temporale definito da regole proprie.

È, poi, con l'inizio dell'adolescenza che comincia, secondo Piaget, la fase del “pensiero formale” dovuto alla maturazione delle strutture neurologiche in via definitiva, di pari passo con la cristallizzazione delle influenze ambientali e interrelazionali¹⁶.

Il periodo esplorativo dell'adolescente nello sviluppo di rapporti nel gruppo dei pari, secondo proprie teorie e, in virtù di una forma “evoluita” di egocentrismo, tenta di adeguare l'ambiente sociale al suo “io”. Nei rapporti familiari, invece, i termini dei rapporti con il nucleo si instaurano spesso come conflitto e confronto, caratterizzato da pulsioni forti, intensi e talvolta violenti meccanismi di difesa e stati d'animo tendenzialmente subitanei e, pertanto, destinati a restare evanescenti e mai definitivi sulla lunga distanza.

Non è un caso che, e ho potuto notarlo anche in tema di devianza, sia proprio l'adolescenza a costituire un terreno di studio privilegiato in tema di capacità di discernimento del minore e del suo rapporto con il fattore ambientale.

si veda O.D. JONES, *Seven Ways Neurosciences Aids Law*, in *Neurosciences and the Human Person: New Perspectives on Human Activities*; A. BETTRO - S. DEHAENE - W. SINGER (eds), *Scripta Varia*, Pontifical Academy of Sciences, Vatican City 2013, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2280500>.

¹⁵ DE LEO, *Psicologia della responsabilità*, Laterza, Roma-Bari 1996.

¹⁶ G. DE LEO, *Responsabilità*, cit.; A. FORZA, *Il processo del fatto ed il processo della personalità*, in A. FORZA - P. MICHIELIN - G. SERGIO (a cura di), *Difendere, valutare e giudicare il minore*, Giuffrè, Milano 2001.

I primi passi verso la presa di coscienza e l'utilizzo del concetto del sé, come complesso interrelato di sentimenti, credenze e pensieri che l'individuo rielabora e affronta circa se stesso in una determinata dimensione temporale, sono propri tipicamente della fase adolescenziale in cui il giovane può essere ritenuto capace di formarsi un giudizio proprio e di partecipare alle decisioni che lo riguardano, ferma restando una necessaria valutazione del grado di maturità che è in parte proporzionale all'età ed in parte al percorso affettivo ed intellettuale¹⁷.

In questo senso si osserva come i sistemi e i soggetti che operano in campo minorile si trovino spesso a dedicare un'attenzione sproporzionata ai profili di rischio e, dunque, di protezione del minore, dai pericoli e dalle minacce del mondo esterno a discapito di quelli di sviluppo delle potenzialità di conoscenza, apprendimento e presa di responsabilità da parte dei fanciulli¹⁸.

Riconoscere al minore un ruolo centrale in merito alla partecipazione di quest'ultimo alle dinamiche, non solo processuali, che lo riguardano dovrebbe andare di pari passo con lo sviluppo di una cultura dell'infanzia e dell'adolescenza sempre meno povera, riduttiva o indifferente e che non giochi al ribasso, sorretta da una società disposta ad investire sull'infanzia e l'adolescenza in continuo divenire assumendosene, a sua volta, la responsabilità.

Solo così gli strumenti di accertamento della capacità di intendere e di volere, come anche di quella di agire, potranno essere correttamente utilizzati come indicatori di un livello di maturità e responsabilità del soggetto minore che sia "complesso" e complessivo anche di tutte quelle variabili proprie della società, della cultura e delle scelte politico istituzionali proprie di un dato periodo storico.

¹⁷ G. DE LEO, *La giustizia dei minori*, Einaudi, Torino 1981.

¹⁸ S. DI NUOVO - G. GRASSO, *op. cit.*

La responsabilità del medico

I rapporti contrattuali di fatto

Maria Gabriella Di Pentima

Natura contrattuale del rapporto fra paziente ed operatore medico inserito nella struttura sanitaria e sua riconducibilità alla categoria dei “rapporti contrattuali di fatto”

I limiti della responsabilità del sanitario, alla luce dello stretto collegamento in tema di nesso di causalità tra la sua condotta ed il verificarsi dell'evento, sono stati sottolineati da una recente sentenza della Cassazione (Cass. civ., sez. III, sent. 15 maggio 2012, n. 7529).

Detta sentenza ha concluso il giudizio promosso dagli eredi di un'anziana, che avevano chiamato in causa l'Azienda sanitaria locale per sentirla dichiarare responsabile, a titolo contrattuale o extracontrattuale, del decesso della propria congiunta avvenuto dopo due visite domiciliari da parte della guardia medica, i cui sanitari avevano sottovalutato le gravi condizioni della paziente senza provvedere al ricovero ospedaliero, ma soltanto prescrivendo terapia farmacologica. La paziente era poi deceduta il giorno successivo alla seconda visita per complicazioni respiratorie da infezione polmonare.

L'azienda si era costituita ed aveva contestato il fondamento della domanda, chiamando in giudizio i due medici, uno solo dei quali si era costituito, sostenendo che la paziente non aveva osservato le prescrizioni mediche e non aveva assunto i medicinali che erano stati trovati, intatti, al suo capezzale.

Disposta la consulenza medica ed espletati gli interrogatori liberi, il Tribunale aveva rigettato le domande attrici e la Corte d'Appello aveva poi respinto il gravame proposto.

Il *dictum* della decisione appare particolarmente interessante in ordine alla configurabilità della responsabilità contrattuale.

La Suprema Corte ha sottolineato che la Corte d'Appello, nella qualificazione della natura contrattuale dell'illecito quanto alla responsabilità professionale dei medici e della struttura, aveva deciso in modo conforme alle Sezioni Unite (Cass., sez. un., sent. 1 luglio 2002, n. 9556 e 11 gennaio 2008, n. 577) e che l'esame del motivo non offriva elementi tali da indurre il mutamento di una giurisprudenza consolidata.

Infatti, con la integrazione sistematica nel servizio sanitario, la posizione dei dottori della guardia medica (sulla base della organizzazione del servizio di con-

tinuità assistenziale) appare connotata dalla esistenza di un contatto sociale da cui scaturisce un obbligo di protezione e va quindi esclusa l'applicabilità dell'art. 2049 c.c. che è norma attinente alla fattispecie propria dell'illecito aquiliano.

Viene perciò ribadito (vedasi anche la recente sentenza Cass. civ., sez. III, sent. 3 febbraio 2012, n. 1620), il principio generale secondo cui tra paziente e medico dipendente si instaura un contatto sociale, il cui inadempimento è sottoposto al regime di cui all'art. 1218 c.c. Conseguentemente, in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore (il paziente danneggiato) deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia, o l'insorgenza di un'affezione, e allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato; competerà al debitore dimostrare che tale inadempimento non vi sia stato ovvero che, pur esistendo, esso non sia eziologicamente rilevante.

Nell'ambito della ripartizione dell'onere probatorio tra paziente e medico si è infatti assistito negli ultimi anni al prevalere di una tendenza giurisprudenziale ad offrire una sempre maggiore tutela del paziente, sia pure con dei temperamenti di natura tecnica riguardanti l'onere probatorio, che invece incombe sul sanitario. Pertanto, pur gravando sul paziente che agisce in giudizio l'onere di allegare i profili di colpa posti a fondamento dell'azione risarcitoria, tale onere non si spinge fino alla necessità di indicazione degli aspetti peculiari e tecnici della responsabilità professionale, conosciuti e conoscibili soltanto agli esperti del settore, essendo sufficiente la contestazione dell'aspetto colposo dell'attività medica, secondo le cognizioni ordinarie di un professionista.

Posizione riassunta con chiarezza in giurisprudenza dal Trib. Milano 22 aprile 2005 (in *Juris Data*), ove si ribadisce che «il riparto dell'onere probatorio nei casi di responsabilità medica impone al paziente di dimostrare l'avvenuto contatto con il medico curante, nonché il peggioramento del proprio stato di salute, eziologicamente collegato alla condotta del primo, mentre impone al sanitario di fornire la prova circa la corretta esecuzione delle obbligazioni assunte, ovvero in ordine al fatto che le conseguenze dannose residue a seguito delle cure prestate siano conseguenza non prevedibile, né prevedibile allo stato dell'arte».

In sostanza, quindi, anche la sentenza in commento conferma che la natura contrattuale del rapporto fra paziente ed operatore medico inserito nella struttura sanitaria è riconducibile alla categoria dei «rapporti contrattuali di fatto», essendo fondata sull'obiettivo significato sociale della relazione «diretta» che effettivamente si instaura fra i due soggetti (attesa la «personalità» dell'obbligazione). Peraltro, tale rapporto trova una sua necessità logica anche nel carattere «speciale» della prestazione tipica del sanitario, al quale la coscienza sociale non si limita a chiedere un *non facere*, ossia il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge confidando nella sua professionalità, ma quello specifico *facere* nel quale si manifesta la «perizia» che ne deve sempre

contrassegnare l'attività. Invero tale attività, che viene svolta nell'ambito di una professione "protetta", si esplica in un servizio di pubblica necessità ed ha ad oggetto beni costituzionalmente garantiti, come quello della salute, tutelato dall'art. 32 della Costituzione.

La responsabilità medica e il nesso causale tra il danno subito ed il comportamento omissivo dei sanitari

Pur ribadendo la natura contrattuale dell'eventuale responsabilità, la Corte di Cassazione nel caso deciso, ha ritenuto non sussistere una responsabilità dei medici di guardia, in quanto in base alle risultanze di causa costoro avrebbero agito correttamente.

La sentenza, infatti, vagliata la questione della natura della responsabilità, ha esaminato il secondo motivo di censura con il quale veniva dedotto l'*error in iudicando* per violazione degli artt. 1176, 1218, 2043 c.c. in tema di responsabilità medica per omissione e vizio della motivazione su un punto decisivo della controversia. I ricorrenti avevano infatti lamentato il mancato ricovero di urgenza in ospedale che avrebbe consentito appropriate indagini e cure, ponendo tale omissione in nesso di causalità col decesso.

Tale motivo è stato ritenuto giuridicamente infondato dal Giudice di legittimità, avendo la Corte d'Appello, nel confermare la decisione del Tribunale, esattamente applicato il principio espresso dalle Sezioni Unite nella sentenza 11 gennaio 2008, n. 576, secondo cui «nella imputazione per omissione colposa il giudizio causale assume come termine iniziale la condotta omissiva del comportamento dovuto». Nella fattispecie i giudici di appello avevano concordato con il primo giudice sulla adeguatezza delle condotte e delle prescrizioni dei medici di guardia, le cui condotte erano state esaminate e valutate dai consulenti medici legali in contraddittorio con i consulenti di parte. Non risultava, pertanto, verificato l'inadempimento nella forma di condotta omissiva ovvero nella forma di una diagnosi errata o di una misura di cautela non presa, dunque l'evento di danno non si poteva ricollegare deterministicamente, o in termini di probabilità, con la condotta dei sanitari. La gravissima complicità, quindi, secondo la Corte di Cassazione, non era da ascrivere a condotta medica, ma alle condizioni di solitudine della paziente, che non aveva avuto la forza o la volontà di prendere le medicine prescritte, con conseguente progressivo indebolimento delle capacità respiratorie.

Il principio ribadito dalla Corte di Cassazione appare condivisibile ed in linea con la precedente giurisprudenza.

Infatti, in tema di responsabilità medica, il nesso causale tra il danno subito ed il comportamento omissivo dei sanitari va individuato alla stregua di un giudizio comparativo in forza del quale, ipotizzandosi come realizzata la condotta doverosa del medico, l'evento lesivo non si sarebbe verificato ovvero si sarebbe verificato in epoca notevolmente posteriore o con minore intensità. Il rapporto

di causalità si deve ritenere provato ai sensi dell'art. 40 c.p., secondo cui «non impedire un evento equivale a cagionarlo». Tuttavia, è onere dell'organo giudicante verificare nel caso concreto se effettivamente la condotta omissiva e colpevole del medico sia stata, con elevato grado di credibilità e probabilità, la causa determinante l'evento¹.

Dalla teoria della causalità, vista come *condicio sine qua non*, posta alla base della tradizione giurisprudenziale, si è infatti passati, in questa materia, alla teoria della causalità probabilistica, e dal criterio della probabilità statistica si è passati al criterio della probabilità logica. Il passaggio dal primo al secondo criterio può essere riconducibile segnatamente agli interventi delle Sezioni Unite, che hanno posto in evidenza la difficoltà, in caso di condotta omissiva, di accertare un rapporto di causalità tra la condotta omessa e l'evento.

Il Giudice è, quindi, sempre tenuto ad accertare, attraverso un ragionamento logico, se, ove l'azione omessa fosse stata compiuta, l'evento dannoso sarebbe stato dalla stessa impedito.

L'aver sostituito, quindi, la “logica” alla “statistica” ha determinato la non imputabilità alla condotta omissiva dell'agente quando, con ragionevole prevedibilità, si possa affermare che il rapporto tra omissione ed evento sia stato interrotto da cause estrinseche ed eccezionali².

Responsabilità medica e “legge Balduzzi”

Nell'accertamento della responsabilità medica in via generale, occorrerà verificare nel tempo l'impatto di quanto introdotto dalla legge n. 189 dell'8 novembre 2012 (c.d. legge Balduzzi).

L'articolo 3 di detta legge precisa: «L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

Detto articolo 3 prevede, quindi, la depenalizzazione, a determinate condizioni, della colpa lieve dell'esercente la professione sanitaria. Detta previsione normativa, unitamente alla prescrizione in ambito civile di cui all'art. 2236 c.c. «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave», costituisce la scriminante per colpa lieve non solo, quindi, per le prestazioni che indicano la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, ma anche nei casi in cui l'esercente la professione sanitaria si sia attenuto, nello

¹ Recentemente, v. Cass. pen. n. 10819/2009; Cass. pen. n. 23507/2008; Trib. Campobasso n. 149/2011.

² Cass. pen., sez. un., sent. 11 settembre 2002, n. 30328.

svolgimento della propria attività, a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. L'articolo 3 opererebbe, quindi, un esimente per la responsabilità per colpa lieve anche al di là della «soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà», come previsto dall'art. 2236 c.c., allargandone la portata scriminante. Recentemente la IV Sez. Pen. della Corte di Cassazione con la pronuncia n. 16237/2013 ha confermato detto indirizzo interpretativo in ordine alla prima parte del primo comma dell'art. 3 della legge Balduzzi. Questa sentenza ha annullato con rinvio la condanna per omicidio colposo nei confronti di un chirurgo che, effettuando un intervento di ernia al disco, aveva causato il decesso di un paziente a seguito di emorragia letale. La pressoché simultanea Cass. pen. 11493/13 ha precisato che la regola della rilevanza della colpa lieve, al fine della impossibilità di configurare la condotta professionale dannosa come reato, va riferita alla sola imperizia, non già alla imprudenza e negligenza. Non sono mancate applicazioni anche in sede di merito della norma recentemente introdotta (v. Trib. Trento, sent. 7 giugno 2013, n. 133).

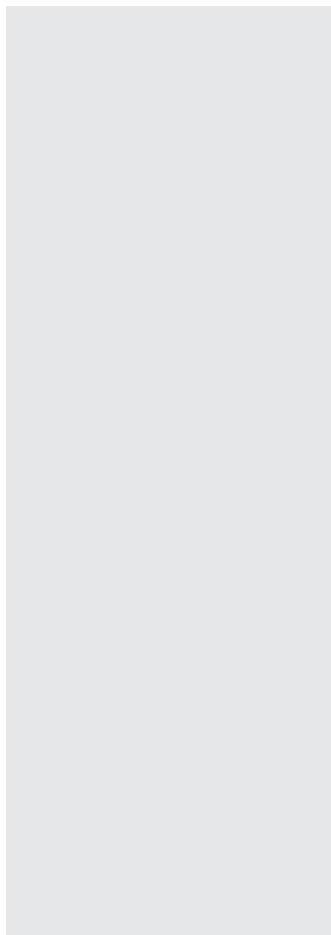
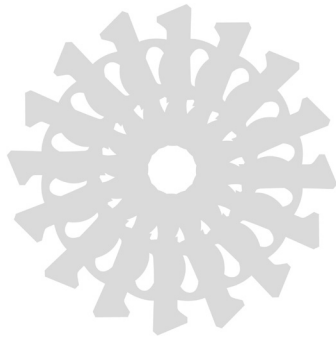
Tuttavia il Tribunale di Milano ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 3 della legge Balduzzi (Trib. Milano, ord. 21 marzo 2012), affermando che la disposizione censurata – escludendo la responsabilità per colpa lieve del sanitario che si attenga a linee guida e a buone pratiche accreditate – introdurrebbe «una norma *ad professionem* delineando un'area di non punibilità riservata esclusivamente a tutti gli operatori sanitari che commettono un qualsiasi reato lievemente colposo nel rispetto delle linee guida e delle buone prassi». In particolare, l'ordinanza eccepisce come «la formulazione, la delimitazione, la *ratio essendi*, le conseguenze sostanziali e processuali di tale area di non punibilità appaiono stridere con i principi costituzionali di cui agli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 Cost.».

Ancor più problematici, se possibile, rimangono il significato e la portata applicativa della seconda parte del primo comma dell'art. 3, legge 189/2012, riguardante il versante civilistico, e quindi più propriamente risarcitorio, della responsabilità sanitaria. Una isolata decisione di merito della prima ora, che sembrerebbe tuttavia superata dai rapidi sviluppi giurisprudenziali successivi, ha applicato alla lettera detta norma ritenendo che il richiamo all'art. 2043 del codice civile avrebbe avuto come conseguenza di ricondurre la responsabilità medica a criteri di valutazione di natura extracontrattuale (Trib. Varese, sent. 26 novembre 2012, n. 1406). È del tutto preferibile invece ritenere che detto richiamo sia stato effettuato dal legislatore al solo scopo di ribadire una responsabilità onnicomprensiva e residuale del medico e operatore sanitario al risarcimento del danno doloso o colposo. Il che, ovviamente, non significa avere escluso la ormai acquisita natura contrattuale della responsabilità medico-sanitaria. Va allora chiarito, con un'operazione interpretativa che vada necessariamente al di là dell'espressione letterale di questa infelice norma, che il richiamo ivi operato all'art. 2043 c.c. non comporta la trasformazione della responsabilità medico-sanitaria da contrattuale ad extracontrattuale, bensì sottolinea la sussistenza di

una responsabilità civile a prescindere dalla natura dolosa o colposa del fatto. Anzi, la norma parrebbe introdurre una prospettiva più ampia del concetto di risarcimento in campo sanitario proprio perché legato ad una normativa di responsabilità ancora più ampia di quella contrattuale, così come definita dal diritto vivente in materia di responsabilità medica. Questo per evidenziare che il richiamo al 2043 c.c. non esclude la configurabilità della responsabilità per fatto illecito, che non viene ad essere ridotta neppure nell'ipotesi di rispetto da parte del sanitario delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica; rispetto che, invece, determina l'esclusione in tali casi della responsabilità penale per colpa lieve, secondo quanto asserito dalla norma adesso *sub iudice*. L'ultima parte di detto primo comma dell'art. 3 torna a sottolineare il valore della condotta dell'esercente la professione sanitaria in termini di rispetto delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica ai fini della determinazione del risarcimento del danno. Rimandando ad altra trattazione l'approfondimento degli ulteriori commi dell'art. 3, legge Balduzzi, premeva, in questa sede, esaminarne la portata onde evitare anacronistiche disquisizioni sull'eventuale e non riconosciuto spostamento della natura della responsabilità medico-sanitaria da contrattuale ad extracontrattuale, che quindi alla luce di quanto innanzi, non può essere riconosciuta. Non mancano, in proposito, sentenze che corroborano tale tesi quale quella della Cassazione Civile n. 4030 del 19 febbraio 2013, che ha ricollegato la menzione dell'art. 2043 c.c. al principio generale dell'ordinamento del *neminem laedere*. Resterebbe, quindi confermato l'orientamento circa la natura contrattuale del rapporto tra medico, struttura e paziente ormai consolidato. Peraltro, un'interpretazione od un orientamento diverso risulterebbe contrario a tutte le logiche normativo-giurisprudenziali in tema di danno da responsabilità medico-sanitaria, maturate negli ultimi vent'anni. Vale la pena ricordare la sentenza del Tribunale di Arezzo (14 febbraio 2013) che ha precisato come l'introduzione della nuova normativa non muterebbe affatto lo *status quo*, permanendo, in ogni caso, la responsabilità contrattuale solidale di medico e struttura sanitaria. Anche per il Tribunale di Arezzo, il richiamo all'art. 2043 c.c. andrebbe inteso come un mero richiamo all'obbligo risarcitorio e non ricollegato alla disciplina dell'illecito contrattuale. Non sono mancate, però, sentenze di merito di segno contrario (Trib. Torino, sent. 14 febbraio 2013, o parzialmente contrario Trib. Varese, sent. 14 giugno 2012).

Per quanto riguarda la non punibilità della colpa lieve, il legislatore afferma che il sanitario che rispetta la diligenza richiesta non può considerarsi colpevole dell'evento. Ove si fosse però attenuto alla minima diligenza e, quindi, alle linee guida scientifiche, non potrà mai incorrere in colpa grave. A carico del sanitario, nell'eventualità che lo stesso si sia attenuto alle linee guida, non potrà residuare né la colpa lieve né la colpa grave, ma solo il dolo che rimane, comunque, di difficile verifica.

CULTURA E PROFESSIONE



Giuseppe Verdi avvocato: la censura napoletana di *Un ballo in maschera*

Nicola Bianchi*

Ve' la tragedia mutò in commedia

La travagliata vicenda censoria che ha portato almeno cinque titoli diversi¹ al capolavoro conosciuto, dal suo debutto romano del 17 febbraio 1859, come *Un ballo in maschera* sembra avere paradossalmente seguito, e per fortuna quasi consolidato, gli aspetti felicemente contrastanti dell'opera.

Poesia e musica, sfavillanti di colore, ritmo, squarci lirici, insieme sospese tra commedia e tragedia, condite da amore, adulterio platonico, stregoneria e magia, intrigo di corte, vendetta, nobile perdono e suggellate nella «notte d'orror» da un regicidio che le censure dei Regni pre-unitari proprio non potevano tollerare.

Si tratta di un'opera evolutiva ed eccezionale² nel catalogo verdiano: d'incalzante dinamica drammaturgica ed emotiva, sostenuta da una musica sempre intensa ed espressiva, spesso sfavillante e sfarzosa, conclusa in due dense giornate e segnata da sapienti incoerenze poetiche, quasi proverbiali (come Amelia, «raggiante di pallore»; Renato che sente «l'orma dei passi spietati» o l'indescrivibile «raggio lunar del miele»). Proprio «nelle felici stanze» ove «fervono amori e danze» si consuma il fatale attentato, matura il «dolor senza misura» di Oscar e quella «dolce notten» che nell'aspirazione amorosa di Riccardo può scendere «gemmata a festa» è la stessa che gela di terrore Amelia nell'«orrido campo ove s'accoppia al delitto la morte».

Queste esemplari contrapposizioni testuali accompagnano e riflettono una ricca dialettica musicale, a sottolineare le due dimensioni tra le quali il melodramma continuamente ondeggia.

* Che, diletta, ringrazia per il cortese, gioioso, competente e professionale sostegno Maria Luigia Pagliani e Michela Crovi dell'Istituto Nazionale di Studi Verdiani.

¹ Come rileva D. ROSEN, *Un racconto in cinque città. Un ballo in maschera e la censura: le peregrinazioni di Gustavo III*, in *Giuseppe Verdi: l'uomo, l'opera, il mito*, Skira, Milano 2000, p. 73. I titoli principali furono: *Gustavo III*; *Una vendetta in dominò*; *Adelia degli Adimari*; *Una festa da ballo in maschera* o *Il conte di Gothemburg* e, finalmente, *Un ballo in maschera*. Sono documentate anche due varianti: *Il duca Ermanno* e *Il duca di Stettino*.

² L'eccezionalità non sta tanto nel fatto che «le parti galanti siano meglio riuscite del solito», ma piuttosto nell'essere l'unico dramma esclusivamente amoroso di Verdi, come ha rilevato M. Mila nel programma di sala dell'edizione scaligera del 1957 (dir. Gavazzeni; Callas, Di Stefano, Bastianini, Simionato, Ratti).

Come intricata, ma infine meravigliosamente conclusa, fu la genesi dell'immortale opera d'arte.

La preparazione del *Ballo* durò due anni, dal febbraio 1857 allo stesso mese del 1859.

Il contratto per una nuova opera fu proposto da Luigi Alberti, impresario dei RR. Teatri di Napoli, già nel maggio 1856, ma il Maestro lo sottoscrisse solo il 5 febbraio 1857, impegnandosi a mandare l'argomento per il giugno successivo e promettendo l'andata in scena per il gennaio 1858. Incerto sul soggetto, con la permanente suggestione di *Re Lear* ma sotto l'incalzare di Vincenzo Torelli (socio segretario dell'Impresa), Verdi decise nel settembre 1857 per il *Gustavo III di Svezia*, dal dramma di Eugène Scribe. Antonio Somma³ iniziò a verseggiarlo nell'ottobre e in prosa, nello stesso mese (precisamente il 23 ottobre), fu inviato a Torelli.

Per Natale, insieme a S. Agata, Verdi e Somma misero quasi definitivamente a punto⁴ il libretto, col nuovo titolo *Una vendetta in dominò*. Le già percepite difficoltà dell'argomento avevano indotto a trasferire la vicenda dal tardo settecento svedese alla seconda metà del seicento, in Pomerania e con protagonista non il re di Svezia, ma il duca di Stettino. Il Maestro, atteso per il completamento dell'orchestrazione e la messa in scena, partì in piroscalo da Genova, approdò a Napoli il 14 gennaio 1858, prendendo alloggio, con Giuseppina Strepponi, all'Hotel de Rome.

Senonché già il 31 ottobre il testo in prosa era stato respinto dalla Camera di revisione: lo sapesse o meno Verdi fu uno dei punti della causa successiva. Il 28 gennaio, a seguito di un doppio esame non unanime della Commissione di censura, il libretto venne definitivamente bocciato dal Direttore del Ministero di Polizia.

L'impresa tentò maldestramente di correre ai ripari commissionando quella che risultò una manipolazione grottesca⁵ del libretto originario, col trasporto del dramma nella Firenze trecentesca e la trasformazione del protagonista nel capo di una frazione guelfa. Ovviamente del libretto, col titolo di *Adelia degli Adimari*, fu subito autorizzata la rappresentazione.

Il Maestro era consapevole fin dagli inizi della vicenda, con la scelta dello scabroso tema, delle traversie che avrebbe avuto con la censura un soggetto

³ Che era avvocato, prima a Udine poi a Venezia, ma noto più come fervente patriota e drammaturgo; sua è una *Cassandra* che ebbe un ottimo successo a Parigi nel 1859 con Adelaide Ristori protagonista.

⁴ Una precisa analisi della storia compositiva del *Ballo* si deve a P. Gosset, nel Quaderno dedicato all'opera edito dalla Fondazione Società di Cultura Giuseppe Verdi in occasione del Festival Verdi del centenario (Badini & Castoldi, Milano 2001).

⁵ Così S. RICCIARDI, *Carteggio Verdi-Somma*, Istituto Nazionale di Studi Verdiani, Parma 2003, p. 18.

come il regicidio⁶. Quando si vide restituito il libretto, approvato ma sconvolto, reagì immediatamente per difendere la sua arte, sospettando ormai un'azione per inadempimento, almeno perché i termini contrattuali della consegna non erano stati in effetti rispettati. Così tramite il legale prescelto, l'avvocato Ferdinando Arpino, richiese documenti al Soprintendente dei RR. Teatri e si mise in contatto con l'amico Vincenzo Luccardi, affermato scultore e suo riferimento nell'ambiente artistico romano. In effetti il 7 febbraio Verdi già pensava alla causa, scrivendogli: «sono in un vero inferno! La censura proibirà (son quasi certo) il libro. [...] L'impresa certamente farà lite con tutti ed anche con me. Cosa succederà? Non so. Maledetto il momento in cui ho segnato questo contratto». Il 18 febbraio confermava a Luccardi: «Il libretto non si permette. Cosa incredibile ma è così. Tutto ciò finirà probabilmente con una causa! Maledizione!»⁷ e gli chiedeva intanto di procurare ed inviare il manifesto di un *Gustavo III* in prosa che era tranquillamente in corso di rappresentazione a Roma.

Che la causa fosse assai probabile era noto nell'ambiente, tanto che la *Gazzetta Musicale di Milano*⁸ poteva riferire, in una corrispondenza da Napoli del 27 febbraio:

La conclusione si è che l'opera dell'illustre maestro, sì ardentemente attesa, non si darà più. Epperò gli abbonati da una parte e il Governo dall'altra protestano contro l'Impresa e le rifiutano la terza rata di dotazione e di abbonamento. Quindi una perdita di circa 40 mila ducati per l'Impresa stessa; la quale poi intenta una causa a Verdi ond'essere indennizzata della somma suddetta. Una causa in cui son messi in questione 40 mila ducati, anche per un Verdi, non è un'inezia⁹.

Subito Verdi s'impegnò nella propria autodifesa, guidato da una ferma indignazione artistica che traspare chiaramente dai documenti. E lo fece personalmente, come emerge dal biglietto di Giuseppina Strepponi a Cesarino De Sanctis, datato lunedì 8 marzo 1858 alle 8.15 antimeridiane dall'Hotel de Rome:

Consegnate al latore del presente [...] o portate voi stesso, se lo potete, al più presto il libretto della *Vendetta in Dominò*. Verdi se ne deve servire per stendere un lavoro per mercoledì. Arpino lo ha domandato per appoggiare le altre sue ragioni davanti al Tribunale di Commercio.

⁶ I problemi furono solo acuiti, ma non determinati, dall'attentato di Felice Orsini a Napoleone III del 14 gennaio di quell'anno.

⁷ L. GENESIO (a cura di), *Carteggio Verdi-Luccardi*, Istituto Nazionale di Studi Verdiani, Parma 2008, pp. 104-106.

⁸ XVI/10 del 7 marzo 1858, *Carteggio Verdi-Luccardi*, cit., appendice 12/2, p. 294.

⁹ Da un'indagine assai sommaria i quarantamila ducati potrebbero equivalere a circa 750 mila euro attuali.

Pochi giorni dopo (ma i biglietti sono senza data¹⁰) era sollecitato un colloquio con lo stesso De Sanctis. Poi (l'indomani, forse) lo stesso Verdi gli soggiungeva:

Caro Cesarino, Alla nota di jeri sera devo aggiungere ancora qualche frase ed aggiustare altre note. Il meglio sarebbe che voi andaste da Arpino a farvi dare i libretti; aggiusteremo tutto e ridarò libretti e note a mezzogiorno. Povero Cesarino! Abbiate pazienza. Vostro G. Verdi Non fate colazione e venite a farla qui.

La biblioteca dell'Accademia dei Lincei conserva ora quell'autodifesa verdiana: il libretto censurato della *Vendetta*, confrontato, in una sinossi a due colonne, con quello dell'*Adelia*, annotato direttamente da Verdi e da questi regalato al momento della sua partenza da Napoli «al suo antico, costante e carissimo amico Cesare de Sanctis».

Le considerazioni del Maestro sono mirabilmente esplorate e commentate già da Alessandro Luzio¹¹:

Il prezioso cimelio, donato da Verdi al suo Cesarino De Sanctis, è un manoscritto di 90 pagine in-folio, approntato dalla Censura borbonica, che su due colonne mise a fronte del testo del Somma il rifacimento affidato a non si sa bene qual sedicente poeta ufficiale, probabilmente Domenico Bolognese, rammentato dal Florimo tra' più fecondi e men fortunati confezionatori di drammi di quell'epoca. L'Avv. Arpino, a quanto pare dall'avvertenza fatta sotto il titolo del melodramma, s'era prefisso di commentare, a quattro mani col Maestro, le assurdità della poliziesca contaminazione: ma vide ben presto quanto la sua penna fosse ìmpari al còmposito, quanto meglio giovasse lasciar libero corso alla polemica foga scintillante di Verdi; e dopo quella prima pagina le note del consulente dispaiono affatto. Egli diè anzi di frego alle ultime linee effettivamente superflue, che aveva creduto di aggiungere alla seconda annotazione verdiana: tracce di scrittura dell'Arpino, o di chi per lui, s'incontrano poi soltanto qua e là nel rifacimento della Censura, ma più che altro per suggerire concieri o ristabilire il testo del Somma, là dove non esisteva neppure la più lontana plausibilità di sacrificarlo a scrupoli norcini.

Intanto l'Impresa agiva:

Non senza altissima ritrosia, ma senza il rimorso di aver lasciato verun mezzo intentato per evitar l'amarezza del presente giudizio, l'Impresario de' RR. Teatri è stato costretto dalla necessità di render pubblica ragione dell'involontario mancamento ad un impegno contratto co' suoi abbonati, di tradurre innanzi al tribunal di commercio una delle celebrità del secolo, il Maestro Giuseppe Verdi, come colui che di quel mancamento fu causa, e che deve esclusivamente risponderne¹².

¹⁰ Pubblicati in A. LUZIO, *Carteggi Verdiani*, vol. I, Reale Accademia d'Italia, Roma 1935, p. 40.

¹¹ *Ibid.*, pp. 245-270: *Il libretto del "Ballo in maschera" massacrato dalla censura borbonica*.

¹² Non che sia particolarmente rilevante, ma le date sui documenti non quadrano: la «citazio-

La difesa a stampa del Maestro¹³ esordisce con un

Giuseppe Verdi di Busseto, prediletto da Dio col dono rarissimo della scintilla musicale, onorato da tutt'i Sovrani e Potentati di Europa, idolatrato da' cultori ed ammiratori di Melpomene, festeggiato da tutt'i popoli inciviliti, amato da' Napolitani che si beano tuttodi delle creazioni del suo genio, è tradotto innanzi ai magistrati come irragionevole, capriccioso, ribelle alle regole della musica e del canto

Quindi prosegue sullo stesso tono, tanto retorico e pomposo quanto evidentemente coerente con le consuetudini del tempo e del luogo¹⁴. Riassume i fatti contrattuali; contrasta la domanda, affidandosi anche al Digesto e concentrandosi soprattutto sul termine contrattuale di consegna del testo e sull'inconsapevolezza in Verdi del rifiuto censorio dell'ottobre; produce documenti (lettere scambiate prevalentemente col socio-segretario Torelli) e scomoda – nell'ordine – Dante (*Purgatorio*, V), lo Spirito Santo (per mezzo dell'evangelista S. Giovanni), Sofocle, Teofrasto, Aristotile, l'immane Cicerone, Orazio (nella traduzione di Metastasio), Terenzio (*Heautontimorumenus*).

Così l'avvocato Arpino sintetizza l'oggetto del giudizio:

Quello stesso presidente e censore che invitava il maestro per scrivere la musica, e lo pregava istantemente di venire a Napoli, rinnegando la sua corrispondenza, e quella del Segretario, sotto il nome dell'impresario, traduce in giudizio il maestro, e sperando negli eventi, qualifica irragionevole il rifiuto della consegna della musica, e della messa in scena, e quindi dimanda i danni e interessi da liquidarsi per via di specifica, coll'arresto personale. Il maestro abbastanza tollerante, convenuto in giudizio come irragionevole e riluttante a' suoi doveri, ha chiesto alla sua volta i danni ed interessi cagionatigli dall'impresa. La risoluzione di queste due dimande forma l'oggetto dell'esame del tribunale. Noi onorati della difesa del maestro svilupperemo brevemente in due distinti capi le principali ragioni che l'assistono.

La questione giuridica principale, come anticipato, stava nella tempestività dell'informazione del rifiuto del libretto, non ancora verseggiato, da parte della Soprintendenza dei RR. Teatri (già il 31 ottobre 1857, come riferito, prima ancora che esso fosse sottoposto formalmente alla Censura). Il merito della comparsa si risolve invece, pressoché interamente, nelle notazioni artistiche dello stesso Verdi, diffuse in tutti gli spazi liberi della sinossi *Vendetta-Adelia*, che si ritrovano, quasi letteralmente, nell'atto dell'avv. Arpino.

ne" per l'Impresa, col patrocinio di Davide D'Aquino e Teodorico Cacace, data 18 marzo 1958 e dunque risulta posteriore alla difesa del Maestro che il testo a stampa data il 13 marzo.

¹³ Della Tipografia del Vesuvio, Strada S. Teresa, n. 78; gli atti processuali sono pubblicati nell'appendice del *Carteggio Verdi-Somma*, già citato in nota 3.

¹⁴ In verità, la difesa dei RR. Teatri appare assai più sobria e più strettamente attinente ai temi di causa.

Per la fortuna di noi posteri, nella sostanza l'avvocato si affidò completamente al suo cliente¹⁵.

La difesa, di merito ed artistica, del Maestro è basata sulla constatazione dell'unità e corrispondenza che necessariamente devono legare la musica ai versi, alle situazioni drammaturgiche ed all'ambiente, collegamenti ritenuti gravemente compromessi dal rifacimento e viceversa sminuiti dalla difesa dei RR. Teatri. Il libretto, così brutalmente rimaneggiato, minutamente e causticamente ripercorso dal Maestro ad evidenziare incongruenze, assurdità e scollegamenti, non poteva più essere coerente con la musica, creata per tutt'altro contesto. Ne conseguiva, per la difesa Verdi, la piena legittimità del rifiuto di un testo a tal punto dissociato.

Annota il Maestro (e riprende nella comparsa il suo avvocato):

Se per contratto a me spettava la scelta del soggetto e del poeta, con qual diritto l'Impresa ha mutato il primo e si è servita di un poeta, il quale, appunto, perché ignoto, non poteva essere di mia fiducia? Dicendo questo, ripeto quanto ha rilevato benissimo il mio avvocato nella sua precedente difesa che il titolo, Una vendetta in Dominò, offre alla mente dello spettatore la promessa di una grande vendetta tragica a compiersi; Adelia degli Adimari non esprime niente

In quest'Adelia si è ommesso il nome del poeta. Lode all'Impresa! non ha voluto incolpare nessuno di questo assassinio artistico!

Si vedrà quali inconvenienti possa arrecare il cambiamento dei personaggi, e particolarmente quello del Duca in un capo di partito, e quello del paggio in un seguace...

La mancanza di queste maschere distrugge completamente molte scene importanti, come si vedrà a suo luogo.

Questo cambiamento d'epoca e di luogo toglie il carattere al dramma ed alla musica. Il colorito, il fondo, dirò così, del quadro musicale diviene necessariamente falso. L'Avvocato dell'Impresa può ben dire "come sia vano parlar di tinte locali e di epoche più o meno remote": alle bestemmie in arte non va risposto: tutte le epoche, è risaputo, hanno i loro caratteri particolari: gli uomini del 400 avevano costumi e sentimenti diversi da quelli del 800; né gli uomini del Nord somigliano a quelli del Mezzogiorno. Il carattere musicale di questi popoli poi è totalmente diverso: prendete per esempio una canzone napoletana, ed una canzone svedese e vedrete la differenza. Un maestro può, deve rilevare queste distinzioni: anzi non s'alzerà mai sulla folla, non farà mai cosa più che mediocre, ove non abbia questo intendimento artistico, ed ove non lo raggiunga, benché difficilissimo sia.

E via di questo passo, per le novanta pagine dell'*in folio* sinottico, con considerazioni di fondo sullo stravolgimento storico e temporale dell'opera e con

¹⁵ L'avv. Arpino, all'inizio delle note al manoscritto sinottico, avverte infatti: «usi a rispettare gli altrui lavori letterari ed artistici, noteremo in carattere corsivo le osservazioni letterali del maestro, le altre sono della difesa» (naturalmente nel documento il corsivo verdiano ha assoluta prevalenza, come avvertito da Luzio).

un puntiglioso, corrosivo raffronto testuale ed ambientale tra il testo di Somma e la proposta *Adelia*¹⁶.

Per finire:

molte e molte altre cose vi sarebbero a dire; ma anche queste poche osservazioni bastano a provare che il mio dramma è stato totalmente mutilato, e però impossibile che la musica potesse ottenere l'effetto immaginato.

La *Vendetta in dominò* si compone di 884 versi: ne sono stati cambiati 297 nell'*Adelia*, aggiunti molti, tolti moltissimi. Domando inoltre se nel dramma dell'Impresa esiste come nel mio:

Il titolo? - Nò

Il poeta? - Nò

L'epoca? - Nò

Località? - Nò

Caratteri? - Nò

Situazioni? - Nò

Il Sorteggio? - Nò

Festa da Ballo? - Nò

Un maestro che rispetti l'arte sua e se stesso non poteva né doveva disonorarsi accettando per subbietto d'una musica, scritta sopra ben altro piano, codesta stranezza che manomettono i più ovvi principi della drammatica, e vituperano la coscienza dell'artista.

Il mio Avvocato poi rileverà come io poteva pretendere che si conservasse il mio dramma. Per contratto aveva l'obbligo di mandare soltanto un argomento, e mandai un dramma in prosa compilato col titolo di Gustavo III. A quell'invio venne risposto con lettera 3 Nov.:

1. Di cambiar quel Sovrano in Duca

Lo feci un Duca di Pomerania

2. Regione celtica ed epoca che giustifichi la superstizione ed il rispetto per la maliarda, e le evocazioni di spiriti che non abbiano relazione con le nostre credenze cristiane

La regione è celtica e nella seconda metà del secolo XVII si credeva alle streghe. Si parla di Lucifero, e Lucifero è pagano!

3. Il Nord tutto a disposizione del poeta tranne Svezia e Norvegia

Stettino è nel Nord, e non è nella Svezia, né in Norvegia.

4. Amore del protagonista sempre nobile ed entusiastico ma già dal principio lottante col rimorso, attesa la sua amicizia col consorte dell'amata

L'amore è sempre nobile ed entusiastico lottante col rimorso. Fino dalle prime scene si dice = L'anima mia il rimorso dilacera e rode.

¹⁶ Una completa sintesi delle note difensive del Maestro si trova in F. ABBIATI, *Giuseppe Verdi*, vol. II, Ricordi, Milano 1963, pp. 477 ss.

- | | |
|---|--|
| 5. Odi de' suoi nemici per ragioni ereditarie come usurpazione di dominii vere o supposte | I suoi nemici vogliono ammazzarlo perché all'uno tolse <u>l'avito castello</u> , all'altro <u>spegneva il fratello</u> . |
| 6. Festa conforme ai costumi ed alle leggende che si saranno prescelte | La festa è un ballo: nel Nord si balla e molto |
| 7. Non armi da fuoco | Si uccide con un pugnale |

Verdi doveva aver colto nel segno, evidentemente, se il 22 marzo poteva scrivere all'amico Luccardi (e simultaneamente ad Escudier)¹⁷:

Il processo qui va avanti: ieri il Tribunale di Commercio ha domandato i due libretti [...] per giudicare se i cambiamenti sono tali com'io diceva [...] Il Tribunale non ha ancora decisa la questione ed ha ordinato soltanto di presentare li due libretti per vedere se la differenza poteva recare danno alla musica.

Tanto che, su consiglio dello stesso Tribunale come – solitario tra le fonti – sostiene Abbiati¹⁸, si giungeva ad un accordo transattivo, annunciato da Verdi a Torelli il 19 aprile: «La lite è finita! Vi dirò come».

Secondo un iniziale «Progetto tra il Cavaliere Verdi e l'Impresario de' Reali Teatri»¹⁹, abbandonata ed estinta la causa, sciolto il contratto e «ciascuna delle parti esonerata da qualunque dovere ed obbligazione», Verdi avrebbe dovuto scrivere, per l'autunno di quello stesso 1858, un'opera nuova. Questo compromesso fu poi abbandonato per una messa in scena a cura dello stesso Maestro di *Simon Boccanegra*, non ancora rappresentato a Napoli.

Dalla fine di febbraio, intanto, Verdi aveva sapientemente coltivato alternative al blocco in cui si trovava, inviando il libretto di Somma, tramite Luccardi, all'impresario romano Vincenzo Jacovacci.

Non che a Roma i rapporti con la censura fossero semplici. Il 29 aprile il Maestro scriveva, infatti, a De Sanctis:

Mi si propongono modificazioni che non posso accettare. Io non farò a Roma quello che non ho voluto fare a Napoli. [...] se il *Gustavo* o tutt'al più la *Vendetta* non si permetterà il mio contratto resta nullo, e non andrò a Roma.

E nel luglio Luccardi²⁰ si sfogava con Verdi:

¹⁷ F. ABBIATI, *op. cit.*, pp. 475-476.

¹⁸ *Ibid.*, p. 485.

¹⁹ Citato e pubblicato da F. WALKER, *Lettere inedite. Contributo alla storia di "Un ballo in maschera"*, in *Verdi, Bollettino quadrimestrale dell'Istituto Nazionale di Studi Verdiani*, vol. I, n. 1/1960, pp. 279 ss.

²⁰ Al quale spesso Verdi si rivolgeva come al «Mio caro Matto-Savio».

Imbecili dall'alto al basso – L'ultima lettera che ti scrisse Vasselli²¹, da quanto mi disse, per l'accomodamento della vertenza del *Gustavo*, t'avrà fato rider di compasione. Imbecili dieci volte, portar l'argomento fuori d'Europa, ponendo da parte carattere ed ogni altro acesorio collegato con li costumi di un Populo. **Questi avv.ti non ne capiscono un C... d'Arti, e di artisti**²².

Ma fortunatamente, con qualche concessione reciproca (in particolare, appunto, il trasferimento dell'azione fuori Europa, alla fine accettato), il *Gustavo III* finalmente era diventato il capolavoro amato: *Un ballo in maschera*.

²¹ «*sor Tòto*», convertito in procuratore rotale (da chirurgo nell'esercito pontificio), era cognato di Donizzetti, corrispondente dell'editore Ricordi per la piazza di Roma e perciò in rapporti professionali e di amicizia con Verdi; molto s'interessò della censura del *Ballo* nella fase romana.

²² *Carteggio Verdi-Luccardi*, cit., p. 112. L'enfasi è voluta, giusto per scusare il redattore di questa nota.

Recensione a *Scritti sfaccendati su diritto e letteratura. Da Miguel de Cervantes a Philip K. Dick*, di Michele Salazar e Melania Salazar*

Roberto Negro

Il titolo del volume ne maschera il contenuto; il lavoro è importante proprio per i temi trattati ed è inquadrabile in quel filone di studi che va sotto il nome di “Diritto e Letteratura”, metodo di analisi del diritto che esamina i rapporti e gli interscambi tra il diritto e le opere letterarie. Il libro è dovuto a due giuristi, Michele e Melania Salazar (padre e figlia): il primo esamina il *Don Chisciotte* sotto il profilo “dell’ideologia giuridica” di Cervantes e gli aspetti di rilevanza giuridica che emergono dal “tessuto” (il testo complesso) del romanzo, la seconda analizza i contenuti giuridico-letterari di un’opera contemporanea: il *Rapporto di minoranza* (il racconto P.K. Dick trasfuso nel film di S. Spielberg). Il volume può considerarsi come un’opera aperta ed oggetto di possibili e (magari) diverse interpretazioni: la stessa “premessa” di G. Alpa, fa intendere la necessità di ricerche interdisciplinari sul (del) diritto, se si vuole comprendere, (anche) attraverso la finzione letteraria, i fondamenti di un sistema giuridico e non fermandosi al “dato grezzo” normativo. Nei due saggi (che compongono il volume) si esamina un’opera, il *Don Chisciotte*, che, in qualche modo, guardava al passato, nonché l’incubo “dickiano”, che guarda al futuro. In entrambe le opere si possono rinvenire “luoghi tipici” della “riflessione” giuridico-letteraria: tra cui il grado di scostamento dalla realtà, dei canoni etico-giuridici dei protagonisti.

Don Chisciotte

Nel “Chisciotte” si ritrovano temi giuridici universali, quali il diritto e il dovere, il giusto e l’ingiusto, ecc.; ed è forse superfluo far notare che in quasi tutte le grandi opere di letteratura emerge la riflessione sulla legge, sul diritto e la giustizia: anche in *Don Chisciotte* vi è sempre spazio per una lettura a più livelli dell’opera, ivi compreso il “livello giuridico”; e se poi può essere intesa come metafora del mondo del dover essere e quello dell’essere e quindi tra “idealismo” e “realismo” giuridico, questo è però solo un aspetto di un possibile esame (giuridico) dell’opera di Cervantes. Allora don Chisciotte è il prototipo dell’idealismo, mentre Sancio è il simbolo del realismo, sia nei confronti della vita, che nei confronti del diritto. È ovvio che l’Autore non si riferisce a precise teorie filosofico-giuridiche: adopera i termini “realismo” e “idealismo” per indicare le due “anime” del diritto che talvolta convivono in uno stesso giurista e,

* MICHELE SALAZAR - MELANIA SALAZAR, *Scritti sfaccendati su diritto e letteratura. Da Miguel de Cervantes a Philip K. Dick*, Giuffrè, Milano 2011.

cioè, il diritto astratto e il diritto nel suo aspetto pratico, poco attento ai “massimi problemi”, ma di più alle effettive “ri-cadute” del diritto tra gli uomini. Il mondo di don Chisciotte è quello in cui gli uomini vivono in una atmosfera magica, quasi al confine tra sogno e realtà, in cui si rifiuta ogni compromesso con la realtà delle cose e del diritto: da ciò la “grandezza”, ma (anche) la “debolezza” del protagonista. Il mondo di Sancio è il mondo della giustizia concreta; il diritto è ciò che può pesare, ma che può essere risolto, con l’aiuto di una saggezza, magari prosaica, che si basa su esigenze di uomini che chiedono giustizia, nella quotidianità; si rifugge da un diritto, che pare ricercare la perfezione, ma che è solo inutile tautologia. Il diritto “concreto” visto (e praticato) da Sancio è quello popolare e scandito dai proverbi del popolo, meno dotto, ma di certo più a misura d’uomo, rispetto al diritto dei giuristi eruditi. Il capolavoro cervantino prende, pertanto, in esame più ordinamenti giuridici: quello (immaginato) della “Cavalleria Errante”, quello della Spagna dell’epoca di Cervantes e l’ordinamento giuridico della “Isola di Barataria” di cui Sancio viene nominato per ischerzo, Governatore, con il compito (anche) di rendere giustizia (incombenza in cui si troverà – perfettamente – a suo agio).

Il Rapporto di minoranza

Il tema del *Rapporto di minoranza* è noto, anche se vi è qualche differenza, tra il racconto ed il film. Nel futuro il crimine non esiste più, in quanto uno speciale corpo di polizia (la “Precrimine”), che si serve di veggenti dotati di una sorta di percezione extra sensoriale, immersi in un liquido amniotico e collegati con sensori ad una sorta di computer che proietta l’immagine di un delitto che pre-vedono che tra poco avvenga, interviene per impedirlo e prima che si verifichi. In Dick, comunque, l’aspetto biotecnico viene ad avere particolare importanza; poi, in relazione alla filosofia del diritto (o alla filosofia *tout court*), è incerta la prevalenza tra determinismo e volontà libera e (forse) la cosa potrebbe essere di qualche interesse per chi si occupa dei fondamenti del diritto penale. L’argomento diventa parte di un discorso critico nei confronti di futuri possibili del diritto, esaminati nella sezione intitolata: “Dalla letteratura al diritto”. Certamente, la recensione, non rende giustizia al lavoro di Melania Salazar che perviene a sbocchi di lettura multipli, nonché a sub-narrazioni complesse: basti qui pensare al paragrafo dedicato allo “stato” ed alla “giustizia ideale” e cioè, alla digressione sullo scudo di Achille, che si richiama alle teorie di F. Ost. Nel *Rapporto di minoranza* il tentativo di prevenire il crimine diviene a poco a poco il complotto di una enorme (e nascosta) organizzazione. Il passaggio dalla letteratura al diritto è quel qualcosa di maggiormente “inquietante” dell’analisi di Melania Salazar: i temi sono quelli dell’esclusione preventiva del diverso, della limitazione di libertà fondamentali, del pericolo di possibili tentazioni totalitarie. Ed è chiaro come il saggio sia un’occasione per esplicitare il grado di “impegno” civile dell’Autrice; l’esame della “distopia”

dickiana è una angosciata riflessione su alcuni dei futuri “possibili” del diritto; nel mondo giuridico dickiano non esiste neppure più la pena (o il concetto di responsabilità); tutt'al più, permangono delle “misure di sicurezza” preventive. Non per niente l'Autrice ricollega la società immaginata da Dick al racconto di Kafka *Nella colonia penale*. Si può notare come l'universo dickiano sia (spesso) basato sul concetto di umanità “eterodiretta”: tema di interesse per il giurista, quando le “meraviglie” della tecnica possono prendere direzioni incontrollate ed incontrollabili. Nella finzione, quello che poteva sembrare un modello perfetto di efficienza giuridica penale si trasformerà in un “incubo” in cui verrà “gettato” il protagonista della vicenda.

Notizie sugli autori

Guido Alpa

Presidente del Consiglio Nazionale Forense.

Professore ordinario di Istituzioni di Diritto privato e Diritto civile presso l'Università degli Studi di Roma Sapienza.

Patrizia Bellucci

Già docente dell'Università degli Studi di Firenze, Dipartimento di Linguistica e Responsabile scientifico del Laboratorio di Linguistica giudiziaria.

Nicola Bianchi

Avvocato in Parma. Già componente del Consiglio Nazionale Forense.

Elena Borsacchi

Praticante avvocato del foro di Pisa.

Stefania Cavagnoli

Professoressa associata di Linguistica e Glottologia presso l'Università di Roma Tor Vergata.

Maria Gabriella Di Pentima

Avvocato in Forlì. Direttore della Scuola Forense dell'Ordine degli Avvocati di Forlì e Cesena.

Luca Licitra

Avvocato in Modica.

Fabrizio Macagno

Ricercatore e professore ausiliario presso l'Universidade Nova de Lisboa.

Alarico Mariani Marini

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

Roberto Negro

Avvocato in Genova.

Valeria Panzironi

Avvocato in Roma. Docente di Diritto commerciale presso l'Università degli Studi Luiss Guido Carli di Roma.

Federico Puppo

Avvocato in Trento. Professore aggregato di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Trento e Segretario del CERMEG, Centro di ricerca sulla metodologia giuridica.

Stefano Racheli

Già Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Roma. Componente del Comitato Scientifico della Scuola Superiore dell'Avvocatura.

Mario Sanino

Avvocato in Roma. Già componente del Consiglio Nazionale Forense.

Bianca Chiara Sinisi

Segretario Generale dell'ELSA di Roma (*European Law Student' Association*).

Finito di stampare nel mese di dicembre 2013
da Tipografia Monteserra S.n.c. - Vicopisano
per conto di Pisa University Press