

CULTURA E DIRITTI

4
2014

CULTURA E DIRITTI

PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista trimestrale • anno III • numero 4 • ottobre-dicembre 2014

P  S A
UNIVERSITY
PRESS

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

340.05 (22.)

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

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

Scuola Superiore dell'Avvocatura

Fondazione del Consiglio Nazionale Forense

Piazza dell'Orologio, 7 - 00186 Roma

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

Sito web: www.scuolasuperioreavvocatura.it

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

Numero chiuso in redazione il 31 dicembre 2014

Hanno collaborato a questo numero: Gian Luca Ballabio, Patrizia Bellucci, Elena Borsacchi, David Cerri, Gloria Galassi, Martina Grandi, Guglielmo Gulotta, Mara Magagna, Alarico Mariani Marini, Riccardo Mazzariol, Nathan M. Crystal, Francesca Giannoni-Crystal, Ubaldo Perfetti, Stefano Racheli, Angioletta Sperti, Serena Tommasi

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 978-88-6741-516-8

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

Indice

Fuoricampo

- 9 L'inglese lingua comune? De Mauro su nuove questioni linguistiche
Alarico Mariani Marini

Formazione giuridica, formazione forense

- 15 Le Scuole forensi prima e dopo la riforma della legge professionale
Ubaldo Perfetti
- 27 *Something's got to give*: breve comparazione tra l'approccio americano ed europeo al *cloud computing*, soluzioni pratiche
Nathan M. Crystal e Francesca Giannoni-Crystal

Argomentazione e linguaggio

- 39 Il discorso dell'avvocato nel processo: linguaggio e testo
Alarico Mariani Marini
- 45 Concerti a quattro mani
Patrizia Bellucci
- 57 Meditazioni in tema di processo e verità
Stefano Racheli
- 63 La negoziazione assistita in dieci regole: giustizia partecipativa e teoria dell'argomentazione
Serena Tomasi

Diritti umani e fondamentali

- 75 Riflessioni su possibili strumenti di ingresso protetto dei richiedenti protezione internazionale sul territorio europeo
a cura del Gruppo di Studio Progetto Lampedusa
- 85 Diritti umani, dignità e psicologia
Guglielmo Gulotta

Approfondimenti

- 103 La *translatio* in sede arbitrale di procedimenti pendenti
David Cerri
- 111 Enti ecclesiastici e giurisdizione del giudice ordinario italiano
Mara Magagna
- 123 Riflessioni in tema di abuso del diritto: aspetti sostanziali e processuali
Riccardo Mazzariol

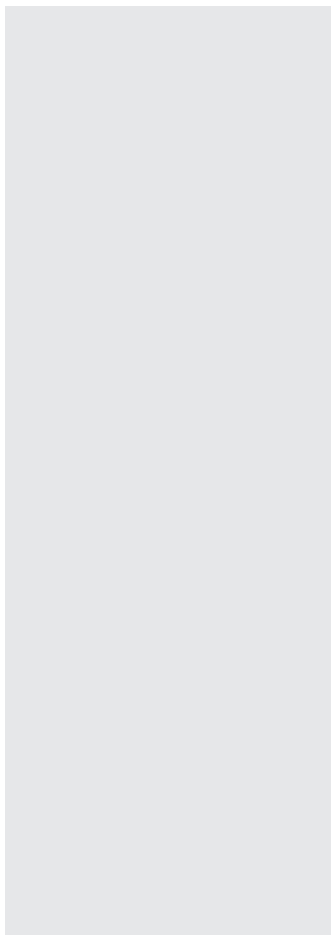
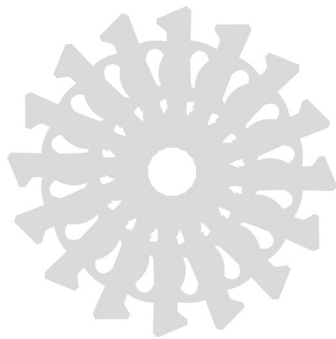
Cultura e professione

- 137 Libertà, eguaglianza, dialogo tra le corti
Recensione a A. Schillaci (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti. Desiderio e riconoscimento*
Angioletta Sperti
- 141 Risoluzione per inadempimento e caparra confirmatoria
Recensione a M. Paladini, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*
Martina Grandi

L'avvocatura dei giovani

- 147 Avvocati: tra diritti fondamentali e capacità "combinate"
Gian Luca Ballabio
- 153 Il diritto della forza e la forza della narrazione.
Raccontare il valzer dei contrari del conflitto
Elena Borsacchi
- 159 Mi piego, ma non mi spezzo. Adozione e bio-diritto
Gloria Galassi

FUORICAMPO



L'inglese lingua comune?

De Mauro su nuove questioni linguistiche

Alarico Mariani Marini

L'inglese nell'università

La recente proposta del Presidente tedesco Joachim Gauck di adottare l'inglese come lingua comune in Europa ha riaperto un dibattito che lo scorso anno era stato animato da una dichiarazione del rettore del Politecnico milanese, Giovanni Azzone, il quale manifestava l'intenzione di adottare soltanto l'inglese nei corsi magistrali dell'anno accademico 2013-2014 per ingegneri e architetti.

Allora scese in campo l'Accademia della Crusca che organizzò una tavola rotonda sul tema "Quali lingue per l'insegnamento universitario", dalla quale scaturì un più ampio dibattito raccolto nel volume dal titolo *Fuori l'italiano dall'Università? Inglese, internazionalizzazione, politica linguistica*, a cura della Presidente Nicoletta Maraschio e di Domenico De Martino (Laterza, Roma-Bari 2012).

Dalla varietà di opinioni che vi vennero espresse emerse la tesi maggioritaria che la buona conoscenza dell'italiano, come di ogni altra lingua nazionale, avvantaggia anche l'uso di una lingua internazionale comune, e non ostacola gli studenti di altre lingue all'inserimento nei nostri atenei e nei corsi di ricerca.

Al dibattito prese parte anche Tullio De Mauro con un agile scritto nel quale richiamava le indagini Istat ed Euromarometer dalle quali era risultato che in Italia, come in Spagna e in Portogallo, solo il 36 per cento dei cittadini si dichiarano in grado di conversare in una lingua straniera, contro l'80 per cento di Paesi come Belgio, Svezia, Paesi Bassi, Finlandia, Germania. Osservava che in Italia la scuola si doveva considerare la maggiore responsabile della insufficiente conoscenza delle lingue straniere, ed anche la formazione universitaria degli insegnanti di lingue avrebbe dovuto cambiare per uscire dalla condizione umiliante nel confronto europeo.

Quanto all'imporre l'inglese come unica lingua negli insegnamenti universitari tecnico-scientifici la giudicava soltanto "una bizzarra fuga in avanti".

Questo scriveva De Mauro nel 2012. Da allora nulla è cambiato. Persiste l'assenza di una politica linguistica nella scuola, e le recenti statistiche ne danno atto: l'Italia resta in tutte tragicamente in coda, mentre l'inglese rafforza il primato di lingua di gran lunga più diffusa fuori del Regno Unito e dell'Irlanda.

Questione linguistica e questione democratica

Ora De Mauro ha tratto spunto dal libro di Jürgen Trabant, noto linguista europeo (titolo tradotto: *Il global english, oppure che altro?*) per intervenire con un

denso volumetto sul tema del multilinguismo e con una tesi diretta a sollecitare una riflessione sulle radici culturali e linguistiche dell'Europa (*In Europa son già 103. Troppe lingue per una democrazia?*, Laterza, Roma-Bari 2014).

La tesi è che la questione linguistica nell'Unione Europea rappresenta una questione democratica; se vogliamo veramente costruire uno stato unitario democratico occorre una comunanza di lingua, perché i cittadini possano discutere insieme e confrontarsi, ed oggi questa lingua è l'inglese.

Ciò non significa affatto rinunciare al multilinguismo come coesistenza di più lingue in uno stesso contesto politico, sociale e culturale qual è oggi l'Europa nell'Unione; nella storia d'Europa il multilinguismo è un tratto costitutivo che esiste da secoli, tratto distintivo oggettivo della realtà geopolitica europea.

Esso è infatti anche riconosciuto in quel progetto di costituzione europea rappresentato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla quale il Trattato di Lisbona ha attribuito nel 2009 l'efficacia giuridica dei trattati negli ordinamenti dei paesi membri, e che ha sancito il rispetto delle diversità culturali, religiose e linguistiche quale elemento caratterizzante i principi di eguaglianza e non discriminazione.

Per De Mauro dunque l'adozione dell'inglese quale lingua comune non rappresenterebbe altro che il riconoscimento che nel momento storico e politico attuale esso costituisce il *paspartout* più diffuso in Europa (e non solo); per questa ragione ciò non comporterebbe affatto la cancellazione delle identità nazionali che nella lingua hanno il segno caratteristico, né l'abbandono delle lingue native.

La storia infatti insegna che le così dette lingue transglottiche non hanno ostacolato l'esistenza delle lingue locali, ma al contrario hanno contribuito al loro sviluppo: il latino nella nostra tradizione ne è l'esempio più evidente. «Lo stesso – scrive De Mauro – come europei dovremo fare con l'inglese, portare nel suo uso tutta la ricca varietà di culture, di significati e di immagini delle diverse lingue, senza abbandonarle, e portare nelle nostre lingue il gusto della concisione e della limpidezza dell'inglese».

La conclusione è dunque innanzitutto realistica e si fonda sulla presa d'atto di un processo di penetrazione dell'inglese che oggi (anche se non si può dire che sarà così anche in futuro) esiste nella comunicazione globale non soltanto scientifica, ma economica, istituzionale e artistica ed anche nel linguaggio comune delle giovani generazioni.

De Mauro non si nasconde che questa proposta non è destinata ad incontrare un'ampia condivisione nei paesi europei, e soprattutto in Italia. Vi sono, innanzitutto, seri problemi di ordine politico, istituzionale e burocratico e non solo; si pensi, ad esempio, all'esigenza di disporre di insegnanti di lingua inglese in tutte le scuole di ogni ordine e grado. Ma la maggiore difficoltà è forse quella di riuscire ad operare questo innesto in una tradizione della nostra lingua radicata in una cultura secolare e ormai compenetrata in ogni strato sociale (dove, però, osserva De Mauro, convive ancor'oggi con i dialetti).

Certamente, precisa De Mauro, la comunanza linguistica, perché di questo si tratta, non va costituita “come *globalesisch* o inglese aeroportuale, turistico o commerciale”, o come, aggiungiamo, quell’uso fastidioso dell’inglese spesso approssimativo, ostentato quale segno di distinzione, inutile nella comunicazione tra parlanti la nostra lingua nella quale si può attingere ad un vocabolario di straordinaria ricchezza e precisione.

E dunque noi italiani, che abbiamo appreso a parlare la nostra lingua senza cancellare i nostri dialetti, lo stesso come europei dovremmo fare con l’inglese.

La lingua come fattore della democrazia europea

La tesi è suggestiva e colpisce per lo scenario nel quale viene disegnata che è quello di una Unione Europea che, dichiaratasi fondata su alti valori comuni efficacemente enunciati nel preambolo della Carta di Nizza, sembra smarrire questa comune linfa tradizionale di cultura, di etica pubblica e di solidarietà per affidare il suo futuro soltanto alle logiche di un’economia di mercato riluttante a regole e principi.

Il multilinguismo dovrebbe quindi essere assunto non solo come elemento oggettivo della realtà geopolitica dei popoli europei, ma come fattore storico-politico per la coesione nell’attuale Unione, decisivo per dare vita ad una effettiva democrazia europea.

In una Europa che si è dichiarata unita nelle diversità, la questione linguistica va pertanto declinata quale questione democratica.

Proiettata sulla realtà attuale dell’Italia questo tema pone nell’immediatezza due riflessioni.

La prima riguarda certamente la scuola. De Mauro e con lui illustri linguisti lo scrivono da tempo invano. Nella nostra scuola resiste una sconcertante sordità allo studio delle lingue straniere quale ponte per la costruzione di uno stato comune europeo, del quale il multilinguismo costituisce già oggi un pilastro essenziale: come è scritto nelle Carte le diversità sono il cemento dell’Unione.

L’altro aspetto è rappresentato dallo studio dell’uso corretto della nostra lingua. È superfluo ripetere il tragico quadro che emerge dalle indagini sulla conoscenza dell’italiano, sulla lettura, sulla capacità di comprensione di un testo, sulla scrittura, che su questa rivista abbiamo più volte richiamato.

L’italiano medio non sa scrivere e parlare correttamente, non soltanto nell’uso delle regole grammaticali e sintattiche, ma nell’uso della lingua in tutta la ricchezza, la varietà e la esattezza di significati che ci offre.

Ci siamo spesso soffermati sulle carenze dei giovani laureati in giurisprudenza, che emergono drammaticamente al passaggio delle forche caudine dell’esame di abilitazione, e che spesso li accompagnano nella comunicazione professionale. E se l’inglese come lingua comune potrebbe portare nelle altre lingue le sue qualità di concisione e limpidezza, l’italiano, se si vuole, può offrire egualmente e anche con maggiore esattezza tale possibilità.

Nell'attesa che la proposta di De Mauro atterri, se non altro per la forza delle cose, su quest'Europa nella quale tuttavia la diversità linguistica non sembra che sinora abbia rappresentato un elemento di divisione, per quanto ci riguarda dedichiamoci a fare ciò che subito possiamo: studiare e insegnare con maggiore impegno la nostra lingua affinché, se e quando vi sarà una lingua comune, il confronto sia di reciproco vantaggio e contribuisca a rafforzare la democrazia nell'Unione europea.

**FORMAZIONE GIURIDICA,
FORMAZIONE FORENSE**



Le Scuole forensi prima e dopo la riforma della legge professionale*

Ubaldo Perfetti

La mancanza di una regolamentazione prima della legge n. 247/2012 e l'obbligo di frequenza

Sino all'emanazione della legge n. 247 del 2012 di riforma dell'ordinamento professionale (legge) la materia delle Scuole forensi non era regolata. La loro istituzione ed il loro funzionamento erano frutto di spontaneismo dei vari Ordini mentre la Scuola Superiore dell'Avvocatura con le iniziative di Alarico Mariani Marini tentava di razionalizzare questo settore con attività meritorie sul piano, non solo didattico, ma soprattutto organizzativo, come ad esempio con la costituzione di un coordinamento centrale al fine di omogeneizzarne l'attività.

L'attività delle Scuole si concentrava prevalentemente, se non esclusivamente, sulla preparazione all'esame di avvocato, ma ognuna seguiva un suo percorso ed aveva le sue regole. Un esempio di questa autonomia regolamentare è l'aspetto della frequenza obbligatoria dei corsi; qualche ordine poneva tale frequenza quale condizione per il rilascio del certificato di compiuta pratica sollevando più di un dubbio sulla regolarità di tale prassi; tanto più se l'iscrizione alla Scuola non era gratuita.

Questo specifico aspetto della frequenza obbligatoria è più o meno risolto dalla legge.

Infatti, l'art. 43, comma 1 afferma che il «tirocinio, oltre che nella pratica svolta presso uno studio professionale, consiste altresì nella frequenza obbligatoria e con profitto, per un periodo non inferiore a diciotto mesi, di corsi di formazione di indirizzo professionale tenuti da Ordini e associazioni forensi nonché dagli altri soggetti previsti dalla legge». Vedremo poi che questa previsione allude ad uno dei possibili compiti formativi delle Scuole forensi ed il problema della frequenza obbligatoria è qui risolto testualmente.

Un ugual problema non è, invece prospettabile, nemmeno in astratto, a proposito della formazione professionale continua, ambito che pure è stato individuato dal recente regolamento del CNF sull'organizzazione delle Scuole forensi come corrispondente ad uno dei tre compiti essenziali loro attribuiti; il regolamento del CNF n. 6 del 16 luglio 2014 sulla formazione professionale continua, pubblicato il 28 ottobre 2014 e destinato ad entrare in vigore l'1 gennaio 2015,

* Rielaborazione del discorso tenuto in occasione dell'inaugurazione della Scuola Forense Ferrarese. Ferrara, 27 novembre 2014.

afferma infatti all'art. 6, comma 1, il principio della libertà di formazione, declinato come diritto di ogni iscritto «di scegliere liberamente le attività formative alle quali partecipare in relazione alle proprie esigenze di aggiornamento e formazione professionali». Questo principio di libertà implica anche facoltà di individuare i luoghi ove si svolgono le attività formative che *ex art. 6, comma 2, cit.* sono quelle organizzate su tutto il territorio italiano e dell'Unione europea. Sicché non è concepibile un obbligo di frequenza di corsi, o eventi organizzati dalla scuola perché ciò significherebbe obbligare l'interessato ad abdicare alla propria libertà di scelta degli eventi formativi.

Più problematico è l'argomento della frequenza obbligatoria dei corsi organizzati ai fini dell'acquisizione e del mantenimento del titolo di specialista. Anche qui il regolamento del CNF sopra detto, individua un ambito di competenza delle Scuole forensi, ma l'art. 9 della legge non rilascia indicazioni al riguardo; occorrerà verificare il contenuto del d.m. che secondo l'art. 9, comma 1, *cit.* deve regolare la materia, ma l'esame della bozza su cui è stato chiesto il parere del Consiglio di Stato e del CNF già evidenzia talune problematicità. Come diremo poi vi si distingue l'attività formativa volta ad acquisire il titolo di specialista (titolo II, spec. art. 6) da quella funzionale al mantenimento del titolo acquisito (titolo III, spec. artt. 9 e 10). Nel primo caso sembrerebbe che lo spazio riservato alle Scuole forensi sia più angusto, o quasi inesistente (come diremo) dal momento che la competenza parrebbe attribuita alle Università; nel secondo, invece, si prevede uno spazio più ampio perché la competenza nell'organizzazione dei corsi di formazione continua nelle materie specialistiche appartiene, tra gli altri, anche agli Ordini. Se quest'ultimi utilizzano a questo riguardo le Scuole forensi, è possibile concepire, in teoria, un obbligo di frequenza; infatti, nel comma 2 dell'art. 10 della bozza di d.m. si prevede che «Ai fini del mantenimento del titolo di specialista l'avvocato deve dimostrare di avere partecipato in modo proficuo e continuativo a scuole o corsi di alta formazione»; nel riferimento alla continuità si può scorgere la possibilità di imporre la frequenza obbligatoria.

Il regolamento del CNF n. 3 del 20 giugno 2014

Nella seduta del 20 giugno 2014 il CNF ha approvato il regolamento n. 3 recante modalità di istituzione e organizzazione delle Scuole forensi, entrato in vigore il 5 luglio 2014 (regolamento).

L'analisi della sua "Premessa" è importante perché da lì si ricavano fondamentali indicazioni sull'ampiezza dell'area che le Scuole forensi sono destinate ad occupare.

Per prima cosa si fa riferimento all'art. 29, comma 1, lett. c) della legge, norma che, nel quadro dei compiti e prerogative assegnati al consiglio dell'Ordine prevede, tra l'altro, che quest'ultimo sovrintenda al corretto ed efficace esercizio del tirocinio forense ed a tal fine «secondo modalità previste da regolamento del CNF, istituisce ed organizza Scuole forensi».

Se ci si ferma a questa prima indicazione, si dovrebbe concludere che l'attività, non solo principale, ma anche esclusiva delle Scuole forensi è quella attinente alla materia del tirocinio.

Sennonché, immediatamente dopo il regolamento richiama l'art. 9, comma 3, legge che concerne i percorsi formativi la cui proficua frequenza garantisce il conseguimento del titolo di specialista, nonché l'art. 11, comma 4 legge in materia di formazione continua. Da ultimo, non manca un rinvio anche all'art. 29, comma 1, lett. d), legge ove si discute dell'organizzazione di eventi formativi ai fini dell'adempimento dell'obbligo di formazione continua.

Il riferimento a quest'ultime norme evidenzia che nell'ottica del CNF il campo di azione delle Scuole forensi è esteso ben oltre la materia del tirocinio, ampliandosi sino a comprendere il settore delle specializzazioni e quello della formazione continua.

La conferma è fornita dall'art. 3 regolamento rubricato "Competenze delle Scuole forensi" ove si dice, dapprima, che esse si occupano – in linea generale – delle attività finalizzate alla formazione professionale, ma poi si precisa al comma 2, lett. a), b) e c) che:

- a) gli Ordini circondariali organizzano corsi di formazione per l'accesso alla professione di cui all'art. 43 legge per il tramite delle Scuole forensi;
- b) le attività di formazione continua gestite dai Consigli dell'ordine possono essere organizzate e promosse dalla locale Scuola forense;
- c) le convenzioni stipulate tra gli Ordini circondariali e i Dipartimenti di giurisprudenza per l'organizzazione dei percorsi formativi la cui frequenza consente l'acquisizione del titolo di specialista possono prevedere il coinvolgimento delle Scuole forensi.

La varietà di nomenclature nella legge n. 247/2012: scuole, scuole forensi, corsi

Questa impostazione del regolamento è coerente, o quanto meno non confligge con quella della legge anche se occorre riconoscere che quest'ultima non dà indicazioni precise a proposito delle funzioni e dei campi di azione delle scuole forensi, ché anzi lascia nell'ombra la loro stessa configurazione.

L'art. 29, comma 1, lett. c), parla espressamente di Scuole forensi a proposito del tirocinio; ma poi quando passa a regolamentarlo *ex professo*, dopo aver elencato le sue modalità alternative nell'art. 41 (presso un avvocato, presso l'Avvocatura dello stato, presso professionisti di altre paesi dell'UE, in concomitanza con il corso di studio per il conseguimento della laurea) nell'art. 43, laddove enuncia la regola base dell'obbligatorietà – oltre che della pratica svolta presso uno studio professionale – anche della frequenza con profitto di corsi di formazione di indirizzo professionale per un periodo non inferiore a 18 mesi, non riserva alcun cenno alle scuole ed invece evoca più genericamente corsi tenuti dagli Ordini, associazioni forensi, nonché da altri non meglio individuati soggetti previsti dalla legge.

Nuovamente l'art. 29, comma 1, lett. e), attribuisce agli Ordini la competenza ad organizzare e promuovere scuole di specializzazione (non scuole forensi) e corsi per il conseguimento del titolo di specialista ai sensi dell'art. 9, comma 3, d'intesa con le associazioni specialistiche (di cui all'art. 35, comma 1 lett. s).

Ancora, di scuole senz'altra aggettivazione si parla all'art. 11, ult. comma, quando si attribuisce alle Regioni la potestà di disciplinare l'attribuzione di fondi per la formazione professionale dell'avvocato.

Si tratta di una varietà di nomenclature – scuole, scuole forensi, corsi – rispetto alla quale il rischio di incertezze interpretative è superato, per l'appunto, dal regolamento che stabilisce i confini dell'azione e delle funzioni delle scuole forensi nel modo sopra descritto nel rispetto della coerenza con la *ratio* complessiva della legge professionale.

I settori elettivi di attività delle Scuole forensi

I settori di attività elettivi delle Scuole forensi corrispondono, pertanto, a quelli della formazione continua, delle specializzazioni e del tirocinio.

Formazione continua

Quanto alla formazione continua, l'art. 11 legge, dopo aver prescritto che l'avvocato ha il dovere di curare il continuo e costante aggiornamento della propria competenza professionale, al comma 3 stabilisce che è il CNF ad indicare modalità e condizioni per l'assolvimento dell'obbligo e «per la gestione e l'organizzazione dell'attività di aggiornamento a cura degli Ordini territoriali». Modalità di gestione ed organizzazione che, pertanto, possono senz'altro contemplare l'ausilio offerto dalle Scuole forensi.

Specializzazioni

Molto più delicato è l'argomento concernente il settore delle specializzazioni.

L'art. 9 legge, dopo aver previsto la possibilità per l'avvocato di ottenere ed indicare il titolo di specialista, indica due vie per conseguirlo: a) quella dei percorsi formativi almeno biennali, b) quella della comprovata esperienza nel settore di specializzazione.

Quanto alla prima, il comma 3 specifica che questi percorsi formativi sono organizzati presso le Facoltà di giurisprudenza, con le quali il CNF e i consigli degli Ordini territoriali possono stipulare convenzioni per corsi di alta formazione per il conseguimento del titolo di specialista. Le convenzioni potrebbero rappresentare, pertanto, il terreno ove si può sviluppare la sinergia tra Ordini ed Università per il medio, appunto, delle Scuole forensi.

A questo proposito taluno ha posto in dubbio la legittimità del fatto che le Scuole forensi si occupino di specializzazioni, dal momento che la norma, facendo riferimento alle Facoltà universitarie, discute di corsi di alta formazione e non di Scuole forensi e sospetta in aggiunta che la materia debba essere

regolamentata *ex art. 9, comma 3*, con d.m. e non con regolamento del CNF. Obiezioni, queste, che non colgono nel segno; i corsi di alta formazione cui fa cenno l'art. 9, comma 3 cit. rappresentano la modalità prevista per il conseguimento del titolo, mentre la Scuola forense è uno dei possibili strumenti per la realizzazione dei corsi; quindi, non vi può essere, nemmeno concettualmente, una competizione, tanto più se *ad excludendum*, tra corsi di alta formazione e/o Facoltà universitarie e Scuole forensi. La legge, ipotizzando la possibilità di convenzioni tra Ordini ed Università per la realizzazione di quei corsi, non vieta certo ai primi di utilizzare, a loro volta, le proprie strutture organizzative, interne o esterne, costituite dalle Scuole forensi.

Onde, una valida convenzione con l'Università potrà prevedere che l'Ordine cooperi alla realizzazione dei corsi di alta formazione anche tramite la propria Scuola forense, fermo rimanendo che l'organizzazione resta appannaggio dell'Università.

Tanto meno coglie nel segno l'obiezione per cui sarebbe necessario un regolamento adottato con decreto ministeriale, perché scopo di quello in oggetto non è disciplinare la materia delle specializzazioni, bensì più semplicemente di fornire un quadro di regolamentazione generale delle Scuole forensi.

Non a caso l'art. 1, comma 2, avverte che «Il presente regolamento detta una disciplina quadro della materia, la cui attuazione resta affidata all'autonomia organizzativa dei singoli Ordini circondariali».

Le relative convenzioni da stipulare con le Università, o le loro articolazioni, potrebbero a tal fine assegnare alle Scuole forensi un ruolo di compartecipazione poiché l'art. 9, comma 3, cit. specifica con chiarezza e senza equivoci che i percorsi formativi sono organizzati presso le Facoltà di giurisprudenza con cui i consigli dell'Ordine possono stipulare convenzioni per corsi di alta formazione. Nulla, nel modo come la norma è strutturata, esclude che la Scuola forense possa avere un ruolo da comprimaria perché l'uso del termine “presso” allude all'ambiente (universitario) in cui il percorso va organizzato, ma non esclude la competenza concorrente, in quell'ambiente, anche della scuola.

Questa prospettiva sembra, in apparenza, confermata da quanto prevede l'art. 7, comma 2 della bozza del d.m. avente ad oggetto il «Regolamento recante disposizioni per il conseguimento e il mantenimento del titolo di avvocato specialista a norma dell'art. 9 della legge 31 dicembre 2012 n. 247» il quale, dopo aver previsto al primo comma che i corsi di specializzazione sono organizzati dalle Università, aggiunge che ai fini della loro organizzazione il CNF e gli Ordini stipulano con le Università e/o le loro articolazioni (Facoltà, Dipartimenti, Ambiti di giurisprudenza) apposite convenzioni; nelle quali, per l'appuntamento, può essere previsto un ruolo da assegnare alle Scuole forensi.

Ma questa norma manifesta, rispetto al lessico della legge, una deviazione linguistica (se così si può dire) che potrebbe non essere di secondaria importanza; la legge discute, infatti, di percorsi formativi organizzati presso le Facoltà di giurisprudenza; la bozza di regolamento all'art. 7, comma 1, parla di percorsi

formativi che «consistono in corsi di formazione organizzati dalle Facoltà, dai Dipartimenti o dagli Ambiti di giurisprudenza delle Università legalmente riconosciute» e non quindi presso Facoltà, Dipartimenti ed Ambiti.

Rileva questa differenza di linguaggio? Se si dice che l'organizzazione è curata "dalle" Università e non "presso" le Università, si potrebbe pensare si sia inteso alludere al fatto che nel primo caso l'unica legittimazione è dell'Università, nel secondo che essa fornisce l'ambiente.

Le conseguenze sarebbero sostanzialmente diverse perché nel primo caso si potrebbe ritenere che l'apporto degli Ordini e per essi delle Scuole sia limitato all'organizzazione intesa come apprestamento di strutture.

Due sono i possibili sbocchi interpretativi.

Da una parte si potrebbe dire che si tratta di cambiamento lessicale ininfluente nel senso della piena equivalenza dei termini; affermare che l'organizzazione dei percorsi formativi è effettuata dalle Università equivale a dire che essi sono organizzati presso le Università come dice la legge; infatti poiché il d.m. reca norme subprimarie che non possono confliggere, per definizione, con quelle primarie, l'interpretazione va condotta in quel modo che non generi il conflitto. Ciò vorrebbe dire che le Università sono il luogo ove i corsi vanno organizzati, ma anche col concorso pieno degli Ordini e per essi delle Scuole su quel piano di cooperazione che le parti individueranno senza limiti nell'apposita convenzione. La quale potrebbe, pertanto, prevedere che corsi, o segmenti di essi, siano tenuti presso le Università dalle Scuole.

Dall'altra parte, però, la lettura dell'art. 10 della bozza di d.m. potrebbe far pensare all'esatto contrario.

Esso, sotto la rubrica *Aggiornamento professionale specialistico* al comma 1 stabilisce che «i consigli dell'ordine [...] promuovono l'organizzazione di corsi di formazione continua nelle materie specialistiche» e poi al comma 2 prevede che «Ai fini del mantenimento del titolo di specialista l'avvocato deve dimostrare di avere partecipato in modo proficuo e continuativo a scuole o corsi di alta formazione nella specifica area di specializzazione per un numero di crediti non inferiore a 75 nel triennio di riferimento e comunque a 25 per ciascun anno».

Il coordinamento del primo e del secondo comma potrebbe portare a pensare che il d.m., escludendo qualsiasi ruolo delle Università, a proposito del mantenimento del titolo, ha ben chiara la differenza di attribuzione dei compiti organizzativi, una volta, nell'art. 7 alle Università quando si tratta di acquisire il titolo, ed un'altra volta agli Ordini e per essi alle Scuole quando si tratta di mantenere il titolo acquisito.

Questo secondo esito interpretativo porterebbe a ritenere che la nomenclatura non è casuale e che il ministero ha interpretato l'art. 9 della legge in un modo da cui risulta una sorta di competenza privilegiata, se non esclusiva, delle Università per il conseguimento del titolo di specialista con la conseguenza che le Scuole forensi possono ritagliarsi in quest'ambito un ruolo di comprimario (a) per prima cosa solo se e nella misura in cui gli Ordini cui fanno riferimento

abbiano stipulato convenzioni che ne valorizzino l'apporto, e (b) secondariamente con modalità tali da non mettere in discussione la primazia delle Università nell'organizzazione dei corsi; in contrario, quando si tratti di mantenere il titolo così acquisito; la frequenza di una Scuola forense rappresenta l'unico modo – accanto a quella di non meglio definiti corsi di alta formazione – per il mantenimento del titolo.

Se questa fosse la lettura, una considerazione viene spontanea e cioè che esista da parte del legislatore una sorta di diffidenza circa la capacità della categoria di essere all'altezza del compito che l'acquisito del titolo di specialista comporta, tale capacità essendo stata riconosciuta solo per il suo mantenimento.

A complicare il quadro ed a far propendere per possibili letture restrittive a favore delle Università non si dimentichi, poi, che il settore delle specializzazioni con l'organizzazione dei percorsi formativi promette di essere un ottimo serbatoio di alimentazione finanziaria.

Occorrerà verificare, nella pratica, come saranno volta a volta e caso per caso costruite le convenzioni con le Università; l'auspicio è questa sia l'occasione per poter finalmente dar vita a quella sinergia tra accademia e mondo della professione che sino ad ora ha invece lasciato a desiderare.

Occorre, in particolare, evitare che sul terreno delle specializzazioni si annodino chiusure corporative e battaglie di retroguardia: è opportuno piuttosto favorire la realizzazione di un modello cooperativo che veda una virtuosa collaborazione tra Università ed Ordini e per questi con le Scuole forensi per dar vita ad una piena fruttuosa integrazione tra il sapere accademico e l'esperienza professionale.

Tirocinio

Infine, quanto al tirocinio, si è visto che l'art. 43, comma 1, legge prevede che consista, oltre che nella pratica svolta presso uno studio professionale, altresì nella frequenza obbligatoria e con profitto, per un periodo non inferiore a diciotto mesi, di corsi di formazione di indirizzo professionale tenuti da Ordini e associazioni forensi, nonché dagli altri soggetti previsti dalla legge. Anche qui il riferimento agli Ordini permette di individuare un'area di competenza specifica delle Scuole forensi.

A proposito del tirocinio, si pone la doppia questione se l'Ordine possa organizzare corsi formativi professionalizzanti solo tramite le Scuole e se siano solo gli Ordini, tramite le Scuole, ad avere la responsabilità di questi corsi.

Quanto al primo quesito, è da dire che certamente un ordine può attendere allo svolgimento della sua funzione di assicurare il tirocinio nei modi voluti dall'art. 43 sia tramite le Scuole, sia, non istituendo scuole, ma organizzando corsi magari in convenzione con le Università ai sensi dell'art. 40, comma 1, legge secondo cui «i consigli dell'ordine degli avvocati possono stipulare convenzioni senza nuovi e maggiori oneri per la finanza pubblica con le Università

per la disciplina dei rapporti reciproci», norma inserita nel capo I intitolata Tirocinio professionale. Conclusione in linea anche col principio del pluralismo dell'offerta formativa che impedisce la creazione di monopoli formativi.

Quanto al secondo quesito, è nuovamente l'art. 43, comma 1, legge che si incarica di precisare che il settore non è di esclusiva competenza degli Ordini e quindi, indirettamente, delle Scuole forensi; infatti i corsi di formazione di indirizzo professionale sono sì tenuti dagli Ordini, ma anche dalle associazioni forensi, nonché dagli altri soggetti previsti dalla legge. Il che significa che, se gli Ordini possono servirsi delle Scuole forensi per l'organizzazione dei corsi, quest'ultime non sono le uniche a poter agire in tale ambito potendo subire la concorrenza delle associazioni e di terzi che, per non essere diversamente qualificati, possono essere anche soggetti privati che svolgono l'attività a scopo lucrativo.

A proposito di tirocinio, altro quesito è quello relativo al se le Scuole forensi possano iniziare ad operare nel settore sulla base del solo regolamento del CNF, o si debba attendere il d.m. previsto dall'art. 43 legge.

Infatti, quest'ultima norma attribuisce al Ministero il compito di regolamentare i corsi di formazione per il tirocinio e se è vero che l'art. 29, comma 1, lett. c), attribuisce alle Scuole forensi i compiti in materia, prima della loro attivazione vanno determinati i criteri organizzativi dei corsi.

La garanzia della qualità quale fattore anche concorrenziale

In conclusione, le Scuole forensi rappresentano nelle tre aree di intervento gli strumenti operativi degli Ordini che consentono a quest'ultimi di assolvere ai compiti che la legge professionale assegna loro.

Le Scuole forensi, escluso il settore dei corsi di alta formazione nel quale potrebbero riservarsi uno spazio di esclusiva per il tramite del Consiglio dell'Ordine cui appartengono, dovranno competere sia genericamente con terzi che, per non essere non meglio identificati comprendono anche le Università, sia specificamente con le associazioni forensi, vuoi nel settore dei corsi per la formazione continua (vedi art. 11, comma 3), vuoi in quello dei corsi di formazione per l'accesso alla professione, ove pure, accanto alle associazioni forensi, è prevista la competenza «degli altri soggetti previsti dalla legge» (art. 43, comma 1). E la competizione non potrà che avvenire sul piano della qualità cui dedica specifica attenzione il regolamento laddove si prevedono (art. 6) stringenti requisiti sia relativi all'organizzazione dei corsi, sia alle modalità di scelta dei docenti.

La possibile strutturazione della Scuola forense come ufficio dell'Ordine, o come soggetto terzo con personalità di diritto privato

Se da un punto di vista meramente descrittivo è corretto definire le Scuole forensi alla stregua di strumenti operativi degli Ordini, da un punto di vista più strettamente giuridico occorre definirne l'essenza e la struttura.

Indicazioni al riguardo si ricavano dall'art. 2 regolamento secondo il quale «Uno o più Ordini circondariali, con apposita convenzione ed anche con la partecipazione delle Università, possono istituire – anche tramite Fondazioni e Associazioni all'uopo promosse e istituite dagli stessi anche ai sensi dell'art. 40 della legge professionale – Scuole forensi».

Come è reso palese dall'uso dell'avverbio aggiuntivo anche, la veste giuridica di Fondazione, o Associazione non è l'unica che permette all'Ordine di adempiere alle sue funzioni nelle materie sopra illustrate tramite l'istituzione di una Scuola forense.

L'alternativa alla fondazione, o all'associazione può, ad esempio, essere costituita dall'istituzione da parte dell'Ordine circondariale – che, come noto, è ente pubblico non economico (art. 24, comma 3 legge professionale) – di un proprio ufficio dedicato, denominato Scuola forense cui attribuire le funzioni indicate dal regolamento.

Certamente non si tratterebbe di un organo dell'Ordine dato che nemmeno come eventuale compare nell'elenco degli organi di cui all'art. 26, comma 1, legge; si tratterebbe piuttosto di una particolare struttura interna dell'ente.

In tal caso, la scuola forense non costituirebbe un'entità terza ed autonoma rispetto all'Ordine al quale ultimo farebbero capo tutte le competenze e le funzioni indicate nel regolamento; in questa prospettiva si spiega – ad esempio – la previsione dell'art. 5, comma 2, regolamento che, dopo aver previsto al comma 1 che gli organi della Scuola forense sono costituiti dal consiglio direttivo, dal direttore e dal comitato scientifico, aggiunge che essi sono nominati dall'Ordine.

Tuttavia, come si è detto, non è quella dell'istituzione di una speciale funzione e struttura interna all'Ordine l'unica modalità di creazione di una Scuola forense; come si ricava ancora una volta dall'art. 2 regolamento, la Scuola forense può assumere la struttura giuridica di una fondazione, o di una associazione. In questo caso la relativa istituzione da parte dell'Ordine circondariale è espressione di autonomia privata che si manifesta nel dar vita a soggetti giuridici di diritto privato e cioè ad entità autonome e distinte dall'ente che le ha costituite, dotate di vita indipendente e, soprattutto, non partecipi della natura di enti pubblici non economici riconosciuta, invece, all'Ordine circondariale dall'art. 24, comma 3, parte prima, legge.

Quali fondazioni, o associazioni, esse rappresentano centri autonomi di imputazione di situazioni giuridiche soggettive anche quando, se associazioni, fossero prive di personalità giuridica di diritto privato; di qui, tra l'altro, la loro autonomia negoziale.

Ciò è confermato:

- a) dalla capacità di autofinanziamento riconosciuta dall'art. 4, comma 4 regolamento ove si prevede che la Scuola possa riscuotere un contributo di iscrizione ai corsi e alle altre attività formative, anche se commisurato alla sola copertura delle spese per la loro organizzazione;

- b) dal comma 5 del medesimo articolo che attribuisce loro autonomia negoziale sotto forma di competenza nella stipula di convenzioni con terzi ai fini del finanziamento delle loro attività formative, convenzioni che, come ovvio, presuppongono piena ed autonoma soggettività giuridica;
- c) dall'art. 6 che, disciplinando l'organizzazione dei corsi e la selezione dei docenti e facendo carico dei relativi compiti alla Scuola forense, riconosce implicitamente a quest'ultima la legittimazione al compimento di tutte le attività negoziali, anche a contenuto patrimoniale, funzionali e strumentali alla realizzazione degli obiettivi assegnati. Rientra in quest'ambito – ad esempio – la capacità di stipula di contratti d'opera intellettuale con i docenti e di determinazione di eventuali compensi, di stipula di contratti di lavoro con dipendenti e collaboratori, di acquisto di materiale informatico per l'insegnamento a distanza, e così via.

E con questa autonomia strutturale ed organizzativa appare sintonica la previsione dell'art. 5, comma 3 regolamento ove si prevede che gli organi della scuola non siano più nominati dall'Ordine bensì «secondo le modalità previste dai rispettivi statuti» le quali possono, come no, assegnare una competenza, magari concorrente con altri enti, all'Ordine.

Dunque, è vero che si tratta di strumenti operativi degli Ordini, ma è bensì vero che, una volta costituite con la veste giuridica di fondazioni, o associazioni, le scuole forensi rappresentano entità autonome in grado di autogestirsi ed organizzarsi tramite i propri organi.

Poteri di coordinamento e vigilanza della Scuola Superiore dell'Avvocatura

L'autonomia di cui si è discusso trova peraltro un limite nel potere di coordinamento e di vigilanza che all'art. 7 il regolamento attribuisce alla Scuola Superiore dell'Avvocatura la quale vigila sull'organizzazione e sul corretto funzionamento delle scuole e sulla qualità dell'offerta formativa (comma 1); per l'effetto, la Scuola Superiore dell'Avvocatura, d'intesa col CNF, adotta le linee guida e gli indirizzi relativi all'organizzazione ed ai contenuti delle attività formative, previa consultazione delle Scuole forensi (comma 2); promuove il coordinamento e, se necessario, l'accorpamento tra le Scuole forensi per garantire l'adeguatezza dei requisiti organizzativi e dell'offerta formativa rispetto al modello delineato dalle linee guida (comma 3) ed, infine, organizza annualmente una conferenza delle Scuole forensi dedicata ai temi della formazione anche sotto il profilo della didattica e del metodo di insegnamento (comma 4).

L'autonomia delle Scuole quale garanzia di autonomia della categoria

Un approfondimento merita la questione dell'autonomia di Ordini e Scuole.

L'autonomia non è semplicemente una modalità organizzativa di conduzione di un'attività prevista dalla legge, ma è un aspetto caratterizzante la libertà professionale dell'avvocato, declinata nel suo profilo collettivo e consistente nella li-

bertà degli avvocati organizzati in ordine di decidere la propria identità culturale e professionale in modo indipendente ed autonomo dai poteri pubblici e privati. La legge ha, tra gli altri, il merito di tenere in massima considerazione questo aspetto di libertà, sia nel suo profilo individuale, sia nel suo profilo appunto collettivo, attraverso la conferma e la valorizzazione dell'istituzione Ordinistica. Proprio per questo molti regolamenti attuativi sono adottati dal CNF e per questo tutti quelli che invece assumono la forma di decreto ministeriale prevedono un procedimento di adozione largamente partecipato dalla categoria, nelle sue articolazioni istituzionali ed associative (cfr. art. 1, comma 3, legge). Le Scuole forensi vanno allora collocate in questo quadro di autonomia; gli Ordini le istituiranno e le organizzeranno in piena libertà ed esse potranno svolgere il ruolo che compete loro contribuendo a definire l'identità culturale e professionale della categoria, in modo plurale e articolato, come non può non essere oggi.

*Something's got to give: breve comparazione tra l'approccio americano ed europeo al cloud computing, soluzioni pratiche**

Nathan M. Crystal e Francesca Giannoni-Crystal

Può uno studio legale internazionale, con uffici negli USA e in Europa, adottare un'unica policy per l'utilizzo del *cloud computing*? La risposta è affermativa, ma con alcuni distinguo e dei consigli pratici sotto forma di check list.

Un'organizzazione internazionale che utilizza il *cloud computing* (o nuvola informatica) deve confrontarsi con problematiche diverse a seconda di dove viene utilizzata questa tecnologia (per esempio se negli Stati Uniti o in Europa), in quanto il concetto e la regolamentazione inerente alla protezione dei dati personali (o privacy) divergono, e non di poco, da Paese a Paese. Il nostro recente articolo "*Something's got to give*" - *Cloud Computing as Applied to Lawyers - Comparative Approach US and EU and Practical Proposals to Overcome Differences*¹, individua le differenze più importanti tra l'approccio americano ed europeo alla privacy in relazione al *cloud computing* e identifica le diverse problematiche etiche che gli avvocati dei suoi sistemi debbono tenere in considerazione nell'adozione del *cloud*.

I due diversi approcci alla privacy, che trovano forse la loro origine in ragioni di ordine filosofico o storico, hanno fatto sì che in Europa (dove la privacy è un diritto fondamentale) si addivenisse a una legge generale per la protezione dei dati personali – la quale regola raccolta, trattamento, trasferimento e eliminazione dei dati personali; attualmente incentrata sulla Direttiva 95/46/EC, ma presto sostituita dal nuovo Regolamento Europeo sulla protezione dei dati personali – mentre negli USA si approvassero unicamente leggi privacy settoriali²

* Quest'articolo è un adattamento in lingua italiana di un articolo in inglese che gli autori hanno recentemente pubblicato: N.M. CRYSTAL - F. GIANNONI-CRYSTAL, *Reconciling US and EU Approaches to Cloud Contracts*, in *22 PL&B International*, October 2014, Issue 131, www.privacylaws.com. Si ringrazia l'Avv. Federica Romanelli (Foreign Legal Consultant in New York) per il preziosissimo aiuto in fase di trasposizione in italiano di quest'articolo, originariamente in inglese.

¹ N.M. CRYSTAL - F. GIANNONI-CRYSTAL, "*Something's got to give*" - *Cloud Computing as Applied to Lawyers - Comparative Approach US and EU and Practical Proposals to Overcome Differences*, om *Opinio Juris in Comparatione*, I-1/2014, disponibile a <http://www.opiniojurisin-comparatione.org/>

² Vedi *Health Information Portability and Accountability Act* (HIPAA) e *Fair and Accurate Credit Transactions Act* (FACTA). HIPAA si applica nel settore medico/ospedaliero e defi-

ovvero limitate alla *data breach* (cioè leggi che regolano i casi in cui vi è stata una violazione della sicurezza dei dati).

Per consentire il trasferimento di dati dall'Europa agli Stati Uniti, nel 2000 la Commissione Europea ha espresso un'opinione di "adeguatezza" ex art. 25 (6) della Direttiva 95/46/EC per le organizzazioni americane partecipanti allo schema "*Safe Harbor*"; tutti gli Stati membri dell'Unione Europea sono vincolati da questa dichiarazione di "adeguatezza"³. L'accordo di "*Safe Harbor*" è applicabile anche ai gestori americani di *cloud* ("*cloud provider*" o "*provider*")⁴. Il Gruppo di lavoro Articolo 29 ha avuto modo di chiarire che la Direttiva per la Protezione dei Dati Personali «è applicabile in tutti i casi in cui i dati personali sono trattati in conseguenza dell'utilizzo di un servizio di *cloud computing*».

La legge privacy americana non comporta grandi criticità nella scelta di adottare il *cloud*: salvo certi settori (come, per esempio, quello del trattamento dei dati sanitari)⁵, la normativa statunitense impone esclusivamente il rispetto delle disposizioni previste per i casi di violazione di dati personali (c.d. "*security breach law*"). Al contrario, la privacy europea richiede un'analisi e un impegno significativi quando si adotta il *cloud*. Due sono le definizioni della Direttiva che rilevano per il *cloud computing*: quella di "responsabile del trattamento" (articolo 2(d)) e quella di "incaricato del trattamento" (articolo 2(e)). Uno studio legale (così come altra organizzazione) che utilizzi il *cloud* è senza dubbio "responsabile del trattamento" ed è, pertanto, chiamato a rispondere per qualsiasi violazione della normativa da parte dell'incaricato al trattamento. Il ruolo del *cloud provider* non è, invece, definibile con altrettanta certezza.

nisce chi può avere accesso alle informazioni mediche (di solito unicamente il personale sanitario e chi lo coordina). FACTA, che si applica al settore bancario e finanziario, protegge le informazioni finanziarie e creditizie dei consumatori dai rischi di violazione informatica.

³ Il 18 giugno 2014, la Irish High Court ha rinviato in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea una serie di questioni riguardanti l'applicazione dei principi del Safe Harbor. Il nodo centrale è se i giudici nazionali siano "assolutamente vincolati" dalla dichiarazione di una società di partecipare al Safe Harbor, o se questi possano comunque verificare se, nel caso concreto, i dati personali siano effettivamente protetti conformemente allo standard europeo. *Schrems vs. Data Protection Commissioner* (C-2013 765). Vedi: <http://www.tech-nethics.com/are-european-judges-still-absolutely-bound-by-the-safe-harbor/>

⁴ Il Gruppo di Lavoro Articolo 29 (Opinione 05/2012) ed il US *Department of Commerce's International Trade Administration* (ITA) (*Clarifications Regarding the US-EU Safe Harbor Framework and Cloud Computing*) hanno espresso opinioni contrastanti riguardo all'applicabilità del Safe Harbor al *cloud computing*. Per il primo (che, ricordiamo, è un organismo consultivo e indipendente istituito dall'art. 29 della Direttiva 95/46/EC) «la sola autocertificazione di adesione all'accordo Safe Harbor potrebbe non essere sufficiente se la nuvola informatica non pone in essere un efficace sistema di protezione dei dati personali», mentre per il secondo «l'adesione al Safe Harbor continua a certificare che gli enti americani approvati, indipendentemente dal fatto che operino nell'industria del *cloud*, rispettano il principio di adeguatezza stabilito dalla Direttiva».

⁵ *Health Insurance Portability and Accountability Act*, HIPAA, vedi nota n. 3.

In una nuvola privata, il *provider* è esclusivamente un “incaricato del trattamento”, mentre in una nuvola pubblica – dove il *cloud provider* ha un controllo maggiore sui dati processati, nonché una maggiore autonomia nella definizione dello scopo e dei mezzi utilizzati per il trattamento – il *provider* potrà essere considerato anche responsabile del trattamento. Per tale motivo, i gestori delle infrastrutture dei servizi o di *social network* debbono considerarsi quali “responsabili del trattamento” ai fini della normativa europea. Tali conclusioni trovano conforto in due opinioni pubblicate dal Gruppo di Lavoro Articolo 29. Nell’Opinione 1/2010, il Gruppo di Lavoro esprime il proprio parere riguardo alla relazione tra responsabile e incaricato del trattamento. Nell’Opinione 5/2012, che tratta del *cloud computing*, il Gruppo di Lavoro applica tali concetti alla nuvola informatica: «Il cliente *cloud* determina la finalità ultima del trattamento e decide in merito all'esternalizzazione di tale trattamento e alla delega ad un'organizzazione esterna delle attività di trattamento, in tutto o in parte. Il cliente *cloud* agisce pertanto in qualità di responsabile del trattamento dei dati». Il Gruppo di Lavoro ritiene che, in linea generale, i *cloud provider* sono incaricati del trattamento: «Quando fornisce gli strumenti e la piattaforma, agendo per conto del cliente *cloud*, il fornitore *cloud* è considerato alla stregua di un incaricato del trattamento».

L'interazione tra l'utilizzatore del *cloud* e il *cloud provider* (o meglio i diversi *cloud provider*, visto che è sempre più comune che un servizio sia gestito da più fornitori) fa sorgere problematiche molto complesse riguardo alle responsabilità dei vari attori e all'individuazione della legge applicabile. In alcuni casi, il *cloud provider* è un co-responsabile o il responsabile di un diverso trattamento, il che rende necessario – parliamo qui specificamente di studi legali – che il cliente dell'avvocato dia un consenso ulteriore rispetto a quello prestato per il trattamento da parte dello studio legale. Si consideri un altro problema: se uno studio legale (parliamo ovviamente di uno studio legale extra EU) non fosse già soggetto alla normativa privacy europea, esso potrebbe esservi assoggettato in virtù dell'uso di un *cloud* che utilizza “strumenti” situati in Europa. L'articolo 4 della Direttiva impone, infatti, l'applicazione della normativa europea quando: (a) il trattamento è «effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile del trattamento nel territorio dello Stato membro; ...[O] (c) il cui responsabile [...] ricorre, ai fini del trattamento di dati personali, a strumenti, automatizzati o non automatizzati, situati nel territorio di detto Stato membro»⁶.

⁶ Il 13 maggio 2014, la Corte di Giustizia Europea ha statuito che la normativa europea per la protezione dei dati personali deve applicarsi anche a quei motori di ricerca che hanno una filiale o una società collegata nell'UE che ivi venda spazi pubblicitari, indipendentemente da dove siano localizzati i loro *server*. Causa C131/12 (meglio nota come “diritto all'oblio”). La proposta di Regolamento Europeo sulla protezione dei dati personali amplia l'ambito di applicazione territoriale; ciò avrà un notevolissimo impatto sulle società americane (tra cui anche studi legali e *cloud providers*). Il Regolamento si applicherà, infatti, al trattamento dei

Tuttavia, quando si applicano tali disposizioni al *cloud computing*, una domanda sorge spontanea: “Dove è localizzata la nuvola?”. L’Opinione 8/2010 del Gruppo di Lavoro Articolo 29 suggerisce che la localizzazione dei dati non è fondamentale perché «è sufficiente che il responsabile del trattamento effettui il trattamento nel contesto di uno stabilimento nell’UE o che i mezzi rilevanti siano situati sul territorio dell’UE per fare scattare l’applicazione del diritto dell’UE». Mentre questa specificazione è utile per quei responsabili del trattamento “stabiliti” in un paese europeo, essa non chiarisce la situazione in quei casi (es., studio legale americano senza sedi europee) in cui i responsabili del trattamento non sono stabiliti nell’UE (né utilizzano strumenti in Europa) ma usano un *cloud* che – esso sì – utilizza strutture (ad esempio, *server*) in Europa. Come se non bastasse, per complicare la questione, non è sempre possibile per gli utenti della nuvola sapere dove sono localizzati tutti i *server* e dove, in particolare, siano custoditi i loro dati.

Tutti questi aspetti – discussi estensivamente nel nostro articolo sopra citato – dovrebbero essere verificati come descritto nel prosieguo.

Gli aspetti da considerare quando si adotta il *cloud*

Lo schema che segue è stato elaborato per la specifica situazione degli studi legali internazionali tuttavia può utilizzarsi, *mutatis mutandis*, anche da parte di altre organizzazioni.

1. Identificazione della tipologia/e di servizi cloud che lo studio intende utilizzare e analisi dei costi/benefici

Preliminarmente diciamo che esistono tre modelli di servizio *cloud*: “Software as a Service” (SaaS, cioè specifici *software* erogati come servizi di *cloud*), “Platform as a Service” (PaaS, cioè piattaforme fornite via internet come servizio), “Infrastructure as a Service” (IaaS, cioè infrastrutture *cloud* rese disponibili come servizio). Queste tipologie si possono sviluppare tramite quattro tipologie: *cloud* privata, pubblica, ibrida, di gruppo. Di seguito ci concentreremo sul SaaS (che generalmente è offerto su nuvole pubbliche), in quanto questo modello risulta il tipo di servizio più utilizzato dagli studi legali. Le indicazioni di cui sotto sono, comunque, generalmente applicabili a tutti i modelli di servizio e a tutte tipologie di *cloud*.

Per ciascun servizio SaaS che uno studio legale intende utilizzare, è opportuno effettuare un’analisi costi/benefici per determinare se l’adozione del servizio abbia senso dal punto di vista economico. Riteniamo che sia importante

dati personali effettuato da: (i) persone fisiche o giuridiche responsabili oppure incaricati del trattamento dei dati personali nell’UE, e (ii) a quei responsabili *non* stabiliti nell’UE, quando il trattamento riguarda: (a) l’offerta di servizi a residenti dell’UE; o (b) il controllo del loro comportamento. Articolo 3.

effettuare tale valutazione prima della stima dei rischi etici e legali. Se l'utilizzo del servizio non è conveniente, è inutile passare alla valutazione dei rischi e all'analisi per minimizzarli. Alcuni aspetti della valutazione del beneficio economico sono quantificabili, mentre altri lo sono meno (pensiamo all'aspetto della comunicazione più veloce con il cliente o alla comodità d'uso di banche dati accessibili ovunque). La posta elettronica è probabilmente il servizio *cloud* maggiormente utilizzato dagli studi legali: infatti, mentre si può discutere la convenienza di altri servizi, quella della posta elettronica è fuori discussione. Il costo dell'e-mail è minimo, o addirittura inesistente, mentre i benefici in termini di efficienza, speditezza, risparmio di costi per via dell'eliminazione di francobolli, carta e personale, sono notevoli. Un ulteriore beneficio dell'adozione del *cloud* consiste nel fatto che questi consente di essere sempre al passo con l'avanzare della tecnologia. Tenerci al passo con la tecnologia, per gli avvocati americani, è parte dal dovere di competenza professionale ed è ora espressamente previsto dal Commento [8] dell'articolo 1.1 delle Regole Deontologiche tipo⁷ emanate dall'American Bar Association (ABA). Inoltre, di solito, il *cloud* consente l'uso delle tecnologie più all'avanguardia e degli ultimi aggiornamenti, che sono automatici, così come automatici sono i *backups*.

2. Identificazione dei rischi associati con lo specifico servizio

Gli avvocati americani sono soggetti a molteplici doveri deontologici quando si tratta di utilizzare servizi di *cloud* e sono tenuti ad identificare quei rischi che potrebbero tradursi in violazioni etiche, responsabilità legali, o danni alla reputazione dello studio. Nello specifico, i principali doveri deontologici da considerare nell'adozione e uso del *cloud* sono i seguenti:

- Competenza.
- Comunicazione con il cliente, che include il dovere di informare il cliente in caso di compromissione del sistema informatico.
- Riservatezza riguardo ai dati del cliente, che impongono all'avvocato di fare quanto ragionevolmente necessario per evitare la divulgazione non autorizzata delle informazioni riguardanti i propri clienti.
- Mantenimento, conservazione e restituzione, al termine dell'incarico, delle cose di proprietà del cliente.
- Supervisione del lavoro di avvocati e personale non legale, ivi inclusi i *cloud provider*.

Gli avvocati europei sono soggetti a doveri professionali di tipo simile.

La violazione di questi doveri professionali si può tradurre in responsabilità professionale o in violazione deontologica o in entrambe. Inoltre, un trattamento improprio dei dati dei clienti può danneggiare la reputazione dello studio,

⁷ http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents.html.

con conseguente perdita di clientela. Oltre al rischio di violazione dei doveri deontologici sopraelencati, l'uso del *cloud* comporta ulteriori pericoli: vi sono “rischi legali” (come, per esempio, inadempienza contrattuale verso il cliente), rischi di violazione di norme sulla sicurezza dei dati (come, per esempio, violazione di una *security breach law* e violazioni privacy) e rischi di natura “tecnica”, sia interni che esterni allo studio.

L'utilizzo di un servizio SaaS comporta i seguenti rischi “esterni”:

- divulgazione non autorizzata d'informazioni a seguito di violazione del sistema di sicurezza del *cloud provider*;
- diffusione di dati risultante da erronea gestione, da parte del *provider*, di richieste “ufficiali” di fornire informazioni (per esempio, *subpoena* nel sistema statunitense)⁸;
- mancanza di chiarezza circa la proprietà dei dati e licenza d'uso dei dati al *cloud provider*;
- temporanea indisponibilità dei dati dovuta a mancanza di collegamento *internet*, a manutenzione o interruzione del sistema;
- perdita definitiva dei dati a seguito di fallimento del *provider*;
- rischi derivanti dalla localizzazione geografica dei *servers*, dovuti al fatto che i dati si trovano in paesi con differente regolamentazione privacy;
- problemi inerenti la restituzione dei dati a seguito della cancellazione del contratto.

Anche se è possibile identificare i rischi in linea generale, si consideri che situazioni particolari potrebbero comportare ulteriori rischi specifici⁹.

Per quanto concerne i “rischi interni”, questi possono scaturire dalla mancata adozione da parte dello studio legale di procedure e criteri utili a eliminare o ridurre i rischi esterni di cui sopra. Si noti che gli studi legali debbono gestire le criticità interne inerenti il trattamento dei dati personali dei clienti indipendentemente dall'utilizzo di *cloud*. Si debbono, infatti, identificare mezzi idonei alla eliminazione o minimizzazione dei rischi derivanti dal trattamento interno di dati; per esempio stabilendo quali dispositivi elettronici gli avvocati dello studio possono utilizzare per comunicare con i clienti e quali siano le procedure da seguire per la distruzione di quegli apparecchi.

⁸ Il *subpoena* è un ordine – emesso da una corte, un'agenzia governativa o da avvocati (quali ufficiali della corte) – in connessione con un procedimento che impone la comparizione di un testimone o la produzione di documenti o altro. Come si comprende dal nome, l'ordine è assistito da sanzione in caso di inottemperanza.

⁹ Per esempio, sono richieste particolari precauzioni per il caso in cui la pubblica amministrazione (o un appaltatore operante per la stessa) tratti dati inerenti sulla sicurezza nazionale. Allo stesso modo, HIPAA (vedi *supra* nota n. 3) prevede l'adozione di particolari precauzioni.

3. Eliminazione o minimizzazione dei rischi

Gli studi legali dovrebbero porsi delle domande specifiche e informarsi con diligenza per valutare i rischi connessi all'utilizzo di *cloud computing*. Ecco una check list di questi interrogativi:

- Qual è la reputazione del *provider* per qualità e sicurezza? È stato consigliato da ordini professionali o è comunque stato raccomandato o certificato da enti o organizzazioni di categoria?
- Quali sono le misure adottate dal *provider* per proteggere i dati da accessi non autorizzati?
- Quali sono gli *standard* di sicurezza di quella *industry*?
- Il *provider* in questione è conforme a quegli *standard*?
- Cosa prevede il contratto di *cloud* rispetto alle azioni che il *provider* è tenuto a porre in essere per mitigare le conseguenze di una violazione dei dati?
- Cosa prevede il contratto di *cloud* sulla notifica di una violazione dei dati?
- Lo studio legale adotta procedure interne che obbligano ciascun avvocato dello studio e ciascun dipendente dello stesso a informare i responsabili in caso di violazione dei dati?
- Cosa prevede il contratto di *cloud* per il caso in cui al *provider* sia notificata una richiesta di informazioni, per esempio un *subpoena* o un *warrant*?¹⁰
- Cosa dispone il contratto di *cloud* con riferimento alla proprietà dei dati, all'utilizzo degli stessi da parte del *provider* e alla licenza a terzi da parte del *provider*? Attenzione: il contratto deve prevedere che lo studio legale o il cliente di quest'ultimo, a seconda dei casi, è il proprietario dei dati. Il contratto deve anche stabilire che il *provider* può subappaltare a terzi parte del servizio solo con il consenso espresso dello studio legale o del cliente, a seconda di chi è il proprietario dei dati. Nel caso in cui il contratto di *cloud* contenga una clausola non negoziabile che consente al *provider* di operare in *outsourcing*, lo studio legale è tenuto – per i propri doveri deontologici – a ottenere il previo consenso del cliente a tal fine. Ciò sembra necessario anche per ottemperare alla normativa europea di protezione dei dati personali. Nel diverso caso in cui contratto di *cloud* autorizzi il *provider* ad utilizzare i dati, si dovrà valutare, ordinamento per ordinamento, se tale clausola sia ammissibile con riferimento ai doveri deontologici, e al rischio di perdita dell'*attorney-client privilege*¹¹. Comunque sia, tale uso richiede

¹⁰ Per "*subpoena*", vedi definizione alla nota 9, *supra*. "Warrant" è un'autorizzazione, emessa da un giudice ovvero da un ufficiale governativo, diretta alla polizia o ad altro ente affinché si possano compiere arresti, perquisizioni ovvero altre azioni finalizzate all'amministrazione della giustizia.

¹¹ L'*attorney-client privilege* è un concetto tipicamente americano: il "privilegio" consente di escludere dalla *pre-trial discovery* le comunicazioni confidenziali tra avvocato (o suo procuratore) e cliente (o suo procuratore) effettuate per richiedere o prestare assistenza legale.

sempre il consenso, a meno che l'utilizzo da parte del *provider* non sia volto a compiere un'attività utile all'espletamento dell'incarico professionale (si pensi, per esempio, a quei SaaS che, al caricamento delle ore di lavoro, generano automaticamente la relativa parcella.)

- Cosa prevede contratto di *cloud* riguardo all'interruzione del servizio di *cloud* per manutenzione?
- Cosa prevede il contratto di *cloud* riguardo all'accesso ai dati e al ripristino dei dati nel caso in cui il servizio del *provider* sia interrotto temporaneamente o definitivamente?
- Quali metodi di *backup* utilizza il *provider*?
- Lo studio legale ha previsto un metodo di *backup* e recupero dei dati se questi non possano ottenersi dal *provider*?
- Dove si trovano i *server* del *cloud provider*? Nel caso in cui i *server* siano localizzati in paesi nei quali la legge privacy differisce da quella del luogo dove lo studio legale è ubicato, quale è la legge applicabile al trattamento dei dati? Quella straniera? Nel caso in cui si debba applicare la legge di straniera, e lo studio legale non voglia (o non possa) consentire che ai suoi dati si applichi quella legge, c'è qualcosa che lo studio legale o il *provider* possono fare per evitare di conservare i dati in quel paese?
- Cosa prevede contratto di *cloud* con riferimento alla restituzione dei dati al termine del servizio?
- Lo studio legale ha adottato procedure e criteri appropriati, ivi inclusa la formazione del proprio personale, riguardo all'utilizzo del *cloud* e dei dispositivi elettronici per accedervi?

Queste domande possono essere sintetizzate in una breve raccomandazione che considera i rischi interni ed esterni: nel decidere se utilizzare un servizio di *cloud*, uno studio legale dovrebbe verificare l'affidabilità del *cloud provider*, controllare che il contratto di *cloud* sia compatibile con le obbligazioni deontologiche (di competenza, confidenzialità, protezione della titolarità dei dati, supervisione di collaboratori e nelle comunicazioni col cliente), e con la legge privacy a cui lo studio è soggetto, oltre a stabilire procedure e criteri interni per l'utilizzo della *cloud* che ottemperino ai doveri professionali.

4. Fase della decisione

Lo studio legale deve decidere se utilizzare il servizio sulla base dell'analisi costi/benefici, dell'identificazione dei rischi, e delle misure che può adottare per minimizzare tali rischi. La decisione è in parte oggettiva e basata su costi e

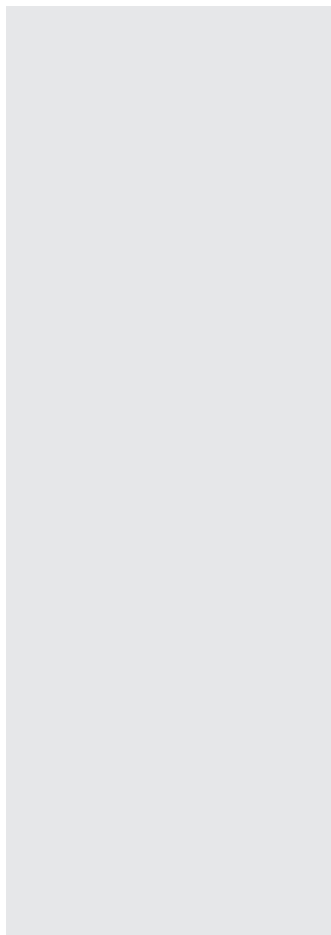
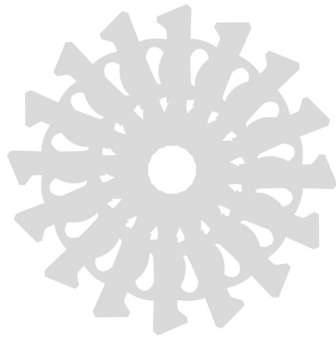
Sul punto, vedi N.M. CRYSTAL - F. GIANNONI-CRYSTAL, *Understanding Akzo Nobel: A Comparison of the Status of In-House Counsel, the Scope of the Attorney-Client Privilege, and Discovery in the U.S. and Europe*, in *Global Jurist*, 11-1 (Topics), Article 1, available at: <http://www.bepress.com/gj/vol11/iss1/art1>

benefici direttamente identificabili e in parte soggettiva, in quanto, da un lato non sarà sempre possibile quantificare gli eventuali benefici (come, per esempio, un aumento di produttività) e dall'altro, la possibilità che un certo rischio si concretizzi e le conseguenze per studio e clienti sono difficili da stimare.

5. Fase successiva alla decisione

L'analisi che lo studio legale deve compiere non deve fermarsi qui. La tecnologia utilizzata e la legge applicabile sono in continua evoluzione e gli avvocati sono chiamati ad essere sempre informati su tali cambiamenti. Di fatto, lo studio legale dovrebbe (i) rivedere periodicamente le misure adottate per la protezione dei dati personali; (ii) informarsi sulla *best practice* per la protezione dei dati personali e implementarla; e (iii) tenersi al passo con l'evoluzione della legge applicabile (in tutte le giurisdizioni in cui esso opera), specialmente (per gli avvocati americani) in tema di *attorney-client privilege*.

ARGOMENTAZIONE E LINGUAGGIO



Il discorso dell'avvocato nel processo: linguaggio e testo*

Alarico Mariani Marini

Il processo come sede linguistica

Si sta ormai diffondendo anche nell'avvocatura la consapevolezza che la conoscenza della teoria e delle tecniche del linguaggio giuridico, e in particolare del linguaggio forense, rappresenta una condizione essenziale per un corretto esercizio della funzione dell'avvocato nel processo.

Ci si è chiesti spesso perché questo insegnamento non sia previsto nei corsi di giurisprudenza; nelle facoltà giuridiche è cambiato il nome, ora sono Scuole di Giurisprudenza o Dipartimenti, ma lo studio del linguaggio giuridico è ancora considerato materia estranea alla educazione del giurista.

Si studiano il processo, gli atti dell'avvocato e del giudice, le formule rituali tramandate dalla consuetudine e ingessate dal formalismo, ci si affanna sull'incessante divenire delle regole processuali, ma non si studia il processo come sede linguistica per eccellenza, nella quale si intrecciano livelli diversi di lingua per comprendere e per comunicare, e per procedere dalla disposizione alla norma attraverso l'interpretazione che è fenomeno essenzialmente linguistico.

Quando alla fine degli anni Novanta, per la prima volta nella storia della nostra avvocatura ci accingemmo a dare inizio ad una formazione post laurea per i giovani che aspirano ad accedere alla professione, la nostra scelta fu quella di impostare un progetto multidisciplinare, esteso a quelle discipline e a quelle tecniche ancora escluse dalla didattica universitaria ma necessarie per praticare il diritto.

Uno dei primi convegni nel 2000 a Roma fu dedicato al linguaggio con una relazione di Tullio De Mauro, e altre relazioni vennero dedicate all'argomentazione giuridica e alla sociologia del diritto, con notevole interesse per la novità di temi sconosciuti agli avvocati.

Da allora il tema del linguaggio giuridico ha avuto sviluppo nella Scuola Superiore dell'Avvocatura in collaborazione con i linguisti dell'Accademia della Crusca, del Laboratorio di Linguistica giudiziaria dell'Università di Firenze, con le riviste e con numerosi libri pubblicati sull'argomento.

* Il testo costituisce la rielaborazione della relazione svolta al convegno sulle *Teorie, tecniche e strumenti di linguistica forense* promosso a Roma i giorni 1, 2 e 3 dicembre dalle Università Sapienza di Roma e Roma Tre.

Questo impegno ha finalmente prodotto un risultato concreto anche nella legge, perché la riforma della professione del dicembre 2012 ha introdotto come materia obbligatoria dei corsi di formazione per i laureati in giurisprudenza il linguaggio giuridico con le tecniche della scrittura e le tecniche dell'argomentazione.

Perché linguaggio e argomentazione?

Perché ogni discorso sulle modalità con le quali l'avvocato deve scrivere o parlare nel processo per realizzare una efficace comunicazione non può prescindere da una premessa fondamentale: che nel discorso del giurista pratico che si svolge nel processo argomentazione e linguaggio sono destinati a vivere insieme. Occorrono quindi una competenza argomentativa ed una competenza linguistica per ragionare correttamente e per comunicare efficacemente argomentazioni giuridiche.

Il processo, lo sappiamo, è fatto di parole nell'oralità e nella scrittura; di parole è il dialogo che vi si svolge, di parole sono gli atti dell'avvocato e del giudice; il ruolo delle altre parti si risolve nei linguaggi diversi dei consulenti, dei testimoni, degli agenti di polizia giudiziaria.

E infine di parole è la legge e le parole sono la materia con la quale è formata la verità processuale nella sentenza, che è il verdetto (*ver-dictum*) con il quale il giudice sigilla con la sua parola risolutiva quell'amalgama linguistico (il sintagma è di Tullio De Mauro) racchiuso nell'incartamento processuale.

Ma la parola è anche lo strumento attraverso il quale si compie con la lettura e l'ascolto la comprensione dei contenuti fattuali e razionali di ciò che nel processo è detto e scritto; il contraddittorio, la costruzione delle tesi difensive, i provvedimenti si alimentano di questa comprensione di significati e anche da tale comprensione dipende l'efficacia del discorso dell'avvocato.

La comprensione è infatti una capacità che viene acquisita esclusivamente con la lettura e il livello di comprensione di un testo, sia esso la parola della legge, del giudice o di una sentenza, dipende dalla frequentazione dei libri; ma le statistiche sulla lettura e di conseguenza quelle sui livelli di comprensione di un testo da parte di laureati non sono confortanti, e nel processo questo limite può privare di un elemento necessario di orientamento, della bussola che occorre per stabilire una rotta.

Argomentazione e linguaggio

La funzione del linguaggio nel processo ha anche una ulteriore finalità.

Nel processo l'avvocato argomenta per convincere il giudice e il giudice argomenta per assolvere il dovere che la legge gli impone di motivare la sua decisione. Entrambi argomentano soprattutto per interpretare.

Si interpretano le prove di accadimenti che non si constatano nel processo poiché sono già avvenuti per ricostruirne la versione maggiormente verosimile tra quelle offerte dai difensori e rappresentate nelle prove e dai testimoni: infat-

ti, come ha scritto Alessandro Giuliani sulla prova, nel processo, non potendo stabilire il vero e il falso, ci si deve accontentare di ciò che è probabile. E si argomenta soprattutto per interpretare la legge nel composito sistema attuale di pluralità delle fonti per ricavarne la regola applicabile al caso controverso.

In tutte queste operazioni la competenza linguistica svolge un ruolo decisivo.

L'applicazione dei precetti generali e astratti della legge ai casi della vita già di per sé ha sempre richiesto una corretta percezione del significato racchiuso nelle parole per estenderlo alle situazioni che la norma non contempla espressamente.

Uno dei primi articoli del codice civile è dedicato alla interpretazione della legge e stabilisce che la stessa va applicata nel senso fatto palese dal significato proprio delle parole; un primo stadio della comprensione che ove risulti insufficiente è integrato nello stesso codice da altri canoni ermeneutici.

Questa esigenza di comprensione attraverso l'interpretazione si è in seguito dotata di ulteriori strumenti, e si è evoluta in un metodo interpretativo razionale con la cosiddetta "svolta argomentativa" della seconda metà del Novecento, a partire dalla teoria dell'argomentazione del Perelman e dagli sviluppi della sua applicazione al diritto, che ha notevolmente valorizzato lo strumento linguistico.

Una valorizzazione che deriva dalla consapevolezza che nel processo la ricostruzione dei fatti e la interpretazione della legge non possono prescindere da un uso appropriato e mirato della tecnica del linguaggio come strumento per orientare la scelta del giudice tra le varie soluzioni possibili.

Si è così stabilita una convivenza con reciproco vantaggio tra contenuti razionali e tecniche espressive, una sorta di simbiosi di elementi di diversa natura.

Infatti per raggiungere i suoi fini l'argomentazione deve esprimersi con una comunicazione efficace nella forma di un testo scritto o di un discorso orale. E il linguaggio usato in tale comunicazione ha questa particolarità, che deve essere funzionale ai contenuti razionali che deve esprimere: così ogni discorso risulta il prodotto di due elementi inseparabili che si intrecciano strettamente tra loro: i contenuti razionali e l'uso appropriato del linguaggio.

Per questo l'attenzione dei linguisti si è concentrata sul testo come tessuto linguistico di un ragionamento (*textus* da *texere*) e quindi come strumento necessario della comunicazione specialistica dell'avvocato nel processo.

Il testo racchiude infatti in sé argomentazione, linguaggio e metodo: il metodo come criterio per organizzare, dare ordine e costruire una struttura unitaria e coesa del ragionamento (Francesco Sabatini ha scritto che il testo deve rispettare i requisiti essenziali dell'unità, della coesione, della completezza e della coerenza).

Ne deriva che nel testo forense la forma è data dai contenuti razionali, mentre l'efficacia comunicativa e quindi persuasiva è data dall'uso corretto del linguaggio.

Questo tuttavia richiede non solo una tecnica linguistica, ma anche una sorta di linfa culturale che eviti che l'avvocato affidi soltanto alla destrezza nell'uso della parola e all'abilità stilistica l'efficacia persuasiva del discorso senza infon-

dervi dei contenuti razionali: è la saggezza dei latini, *eloquentia cum sapientia coniuncta*, come si dibatteva nei secoli dell'oratoria ed ancora nel XVI e XVII secolo.

Un'etica del discorso dell'avvocato

Inoltre (e qui ricordo Habermas e Dworkin) esiste un'etica del discorso necessaria per distinguere i ragionamenti validi da quelli errati o ingannevoli e per individuare le buone ragioni morali sulle quali si fondano.

Oggi questo compito è agevolato dalla Costituzione, dalle Carte dei diritti e soprattutto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che sono espressione dei valori dell'eguaglianza, della solidarietà e del rispetto della dignità della persona, dai quali sono tratti principi e disposizioni oggi dotati di efficacia giuridica vincolante nella interpretazione della legge, e quindi anche nell'uso funzionale del linguaggio nel processo.

Si tratta di quei valori e di quei principi che sono per ora suggellati solennemente nelle Carte internazionali ed europee, ma che tuttavia trovano ancora ostacoli e resistenze a calarsi nella realtà delle nostre società.

In questo senso sono ancora testi incompiuti, nei quali le parole devono ancora in gran parte produrre i loro effetti ancorché i loro significati siano di esemplare chiarezza.

Poiché il testo è un tessuto linguistico formato da parole, qui si apre uno sconfinato scenario che attraverso i secoli ha trattato dei requisiti del linguaggio, che anche nell'uso forense sono una condizione necessaria per attribuire efficacia alla comunicazione nella varietà di forme che distinguono un testo scritto da un discorso orale: dall'origine della scrittura il suo confronto con la cultura dell'oralità è stato oggetto di approfonditi dibattiti.

Non è tuttavia sufficiente nel processo conoscere le regole della grammatica e della sintassi e possedere una abilità linguistica, perché il linguaggio forense è caratterizzato da un intreccio tra la flessibilità del linguaggio naturale e la specificità ed esattezza del linguaggio giuridico. Nella narrazione e nella analisi dei fatti l'uso del linguaggio naturale è di norma prevalente: è il linguaggio degli interrogatori, delle testimonianze, dei verbali, anche se la rappresentazione di un fatto nel linguaggio dell'avvocato e del giudice è sempre in funzione della interpretazione che se ne intende dare sotto il profilo giuridico.

Nella trattazione degli argomenti giuridici l'avvocato e il giudice utilizzano invece necessariamente un linguaggio tecnico che è il prodotto dell'inserimento di un vocabolario tecnico nella struttura del linguaggio naturale (Scarpelli).

Oggi il testo, con i suoi requisiti strutturali, di partizione e di ordinamento delle idee, è oggetto di grande attenzione nel processo per la esigenza di concisione e di chiarezza.

Sono raccomandate buone prassi per dare ordine nella trattazione alle parti del discorso, alla narrazione del fatto e alla dimostrazione delle tesi: si sugge-

riscono criteri diretti ad agevolare la comprensione da parte del giudice, come quello di premettere allo svolgimento del ragionamento una sintesi che guidi alla lettura e alla comprensione: nulla di nuovo ricordando il ciceroniano *hýsteron proterón*.

Chiarezza e concisione nel processo

Ma chiarezza e concisione restano i requisiti storici tradizionalmente al centro di ogni analisi.

La chiarezza, che secondo Scialoja e Calamandrei costituisce anche la garanzia della giuridicità dei contenuti del testo.

La concisione, non come riduzione quantitativa, ma quale affinamento delle tecniche espressive che comporta il taglio di ciò che è superfluo, non essenziale. Si dice, con felice sintesi, che è conciso quel testo nel quale non vi sia nulla da togliere né da aggiungere, ma l'esperienza dimostra che è un traguardo difficile da raggiungere.

Nel diritto è anche richiesta la precisione nel comunicare concetti complessi, che secondo Calvino costituisce l'antidoto alla tentazione di semplificare inutilmente e con faciloneria argomenti che richiedono una rigorosa esattezza lessicale, che è sempre una proiezione della chiarezza del pensiero.

Un requisito che riguarda specialmente l'uso del linguaggio dell'avvocato, come ha scritto Bice Mortara Garavelli, è che non degradi a banale conformismo fatto di stereotipi, di frasi fatte, di tecnicismi obsoleti: in sostanza è una esortazione ad esprimersi anche nel processo in sintonia con le esigenze di dinamismo e concretezza della società in cui viviamo, pur conservando al linguaggio quella originalità e quello stile propri di una professione che si affida alla creatività della parola, senza appiattirsi nel gergalismo curiale e burocratico.

A questo proposito stiamo assistendo nel mondo giudiziario ad un fenomeno destinato a incidere anche sul linguaggio forense.

Lo stile sobrio non è più soltanto un'esigenza culturale e pragmatica che viene raccomandata per attribuire qualità alla comunicazione dell'avvocato e del giudice, ma sta oggi assumendo l'efficacia di requisito normativo della forma degli atti. Le leggi processuali si stanno infatti occupando delle tecniche del linguaggio e di formazione dei testi: il principio generale della libertà delle forme sotto questo profilo sta infatti restringendo le maglie.

Ad esempio, nel codice del processo amministrativo un articolo stabilisce il dovere per giudici e avvocati di redigere gli atti in forma chiara e sintetica (art. 3); agli avvocati è consentito di discutere ma sinteticamente (art. 73); il codice di procedura civile prescrive la concisione della sentenza nella esposizione delle ragioni di fatto e di diritto e le sentenze brevi sono entrate a far parte delle forme delle decisioni.

Le Corti europee da tempo hanno emanato istruzioni pratiche per gli avvocati sulla struttura dell'argomentazione giuridica, sulla esposizione riassuntiva

e schematica dei fatti, sulla concisione degli scritti per i quali si indica anche il numero massimo di pagine consentito.

Le prescrizioni sulla struttura del ragionamento possono apparire singolari, ma sono dettate dalla esigenza di traduzione dei testi nelle varie lingue europee.

Indicazioni analoghe sono state di recente trasmesse anche dal Presidente della Corte di Cassazione per contenere l'ampiezza degli scritti difensivi e giudiziari e valorizzarne la funzione mediante la specificità, la concisione e la chiarezza del linguaggio.

La semplificazione dei testi viene infatti considerata utile anche ai fini della ragionevole durata del processo, forse con un eccesso di ottimismo.

Per concludere vorrei ricordare due inconsueti requisiti del discorso dei quali ha scritto Italo Calvino e che riguardano l'uso delle tecniche linguistiche per evitare che il discorso in genere, ma si attagliano perfettamente a quello dell'avvocato e del giudice, si inaridisca e perda vivacità culturale (Calvino scrive appunto della vivacità e della mobilità dell'intelligenza che sfuggono alla pesantezza del vivere).

Si tratta della "leggerezza", ma non di leggerezza della frivolezza, ma della leggerezza "pensosa" che narra un discorso in cui agiscono elementi sottili e impercettibili.

E della "rapidità" del discorrere che è ragionare, e qui Calvino ricorda Galileo nella famosa metafora del cavallo, nella quale un caval barbero solo, scriveva Galileo, correrà più di cento frisoni, perché discorrere è come il correre e non come il portare, dove più cavalli porterebbero più che uno solo.

Certo, rapidità e leggerezza pensosa creerebbero una straordinaria atmosfera nelle aule giudiziarie, oggi sedi di grandi affanni e di scarsi risultati, e se non sono certo che contribuirebbero a fare veramente giustizia, certamente renderebbero più agevole a quel fine il lavoro di avvocati e di giudici.

Concerti a quattro mani

Patrizia Bellucci

Comunità socioprofessionali a confronto

Il nuovo millennio si è indubbiamente caratterizzato, fin dal suo esordio, per il felice incontro fra le due comunità socioprofessionali dei giuristi e dei linguisti in precedenza reciprocamente poco note, se non nella specifica area interdisciplinare – che si era già attivata fin dai tempi del terrorismo – del “riconoscimento del parlatore” (o dello “scrivente”), cui si è oggi associata, grazie allo sviluppo tecnologico, anche l’analisi delle “impronte vocali”¹.

Questo inedito connubio ha proficuamente prodotto, da una parte, una spedita applicazione delle scienze del linguaggio a temi, generi e problemi di parte giuridica² e, dall’altra, una serie di convegni a doppia partecipazione disciplinare – tanto sul versante dell’avvocatura³ che in quello della magistratura⁴ – capaci di produrre, appunto, “concerti a quattro mani” atti a far progredire conoscenze, metodi e prassi di entrambe le discipline.

I convegni sono andati a sommarsi a un progressivo aggiornamento linguistico dei giuristi pratici⁵: di conseguenza è ormai sempre più diffusa anche fra

¹ Con “impronte vocali” si designa l’insieme delle caratteristiche della voce di una persona: anche se non si è ancora raggiunto un accordo univoco su quale sia l’insieme esaustivo di queste caratteristiche che permetta l’identificazione certa di un individuo, la misurazione delle principali caratteristiche della voce – “biometria vocale” – unita alla qualificazione sociolinguistica del parlante permette quanto meno la riduzione ad un numero assai ristretto di individui.

² Per una più dettagliata rassegna degli studi linguistici di settore, cfr. P. BELLUCCI, *Il procedimento penale: un crogiuolo linguistico*, in F. BAMBI (a cura di), *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, Accademia della Crusca - Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno - Scuola Superiore della Magistratura, Firenze (in stampa).

³ Cfr. A. MARIANI MARINI (a cura di), *Il linguaggio, la condotta, il metodo*, Il Sole 24Ore, Milano 2001; A. MARIANI MARINI (a cura di), *La lingua, la legge, la professione forense*, Giuffrè, Milano 2003; A. MARIANI MARINI - M. PAGANELLI (a cura di), *L’avvocato e il processo. Le tecniche della difesa*, Giuffrè, Milano 2003; A. MARIANI MARINI - F. BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, Pisa University Press, Pisa 2013.

⁴ Cfr. F. BAMBI (a cura di), *Lingua e processo*, cit.

⁵ Ad esempio, relazioni linguistiche su *Linguaggio giuridico e redazione delle sentenze* sono state tenute a partire dal 2004 alla formazione centrale e decentrata del CSM e dal 2012 alla Scuola Superiore della Magistratura (in entrambi i casi edite intranet nelle relative pagine web); quest’ultima infine, nel 2014 – oltre al convegno di cui in F. BAMBI (a cura di), *Lingua e processo*, cit. – ha tenuto presso l’Accademia della Crusca un Corso di formazione “a doppia competenza” per i magistrati in tirocinio ordinario, sempre con edizione intranet sulla pagina web della Scuola.

gli operatori del diritto la consapevolezza che in ambito giudiziario e forense la componente linguistica è inderogabilmente parte strutturale dell'esercizio della professione.

Inoltre, è chiara "tappa" raggiunta da questo percorso e confronto interdisciplinare almeno la chiarezza che le pur resistenti pratiche linguistiche autoreferenziali – concordemente e documentalmente denunciate dai linguisti – sono ormai indifendibili sia sul piano teorico e metodologico che su quello dell'operatività e, a maggior ragione, in ambito sociale e valoriale. Infatti, anche nella giurisprudenza equità, democrazia ed efficienza sono obiettivi non contrapposti ma solidali e fini, obiettivi, pratiche e valori si disvelano sempre nel loro farsi parola.

In questo convergere di rivoli e fiumi, si è indubbiamente privilegiato il livello scritto⁶ del linguaggio giuridico nelle sue varie declinazioni – di recente anche in relazione alla dimensione testuale – con particolare attenzione alla redazione delle sentenze⁷, mentre non si è ancora studiato abbastanza, tra l'altro, proprio ciò che è più specifico dei generi testuali⁸ prodotti dagli avvocati.

Dal *côté* forense negli ultimi anni si è cominciato ad affrontare anche un tema fondamentale quanto trascurato e cioè il problema della comprensione⁹, che – lungi dall'essere un'abilità di tipo "passivo" o di basso profilo – è una delle attività più dinamiche e complesse, peraltro richiesta primariamente al giudice¹⁰ ma, ovviamente, anche a tutti gli altri soggetti processuali.

L'avvocatura è stata assai sensibile e pragmaticamente feconda, attivando, da una parte, un Laboratorio di scrittura¹¹ capace di tener conto anche delle varie implicazioni dello scrivere¹² e, dall'altra, specularmente promuovendo il *Progetto*

⁶ Su questo tema, per necessità di sintesi, mi limito a rinviare a quanto già scritto in P. BELLUCCI, *Giurisprudizione e linguaggio*, in *Cultura e diritti*, 4/2013 e in *Il procedimento penale*, cit.

⁷ Gli studi sullo "scrivere chiaro" e sulla "leggibilità e comprensibilità" dei testi – e in particolare sulla comunicazione pubblica e istituzionale – traggono origine e fondamento anzitutto nei lavori degli anni '90 di Tullio De Mauro, di M. Emanuela Piemontese e della Scuola romana e nel *Codice di stile* (1993) promosso dall'allora Ministro Sabino Cassese e reperibile anche in rete. Cfr. ora R. BOMBI (a cura di), *Manuale di comunicazione istituzionale e internazionale*, Il Calamo, Roma 2013.

⁸ Sui concetti di "tipo e genere testuale", cfr. C. LAVINIO, *Comunicazione e linguaggi disciplinari. Per un'educazione linguistica trasversale*, Carocci, Roma 2004 e L. LALA, *Testi, tipi di*, in *L'Enciclopedia Italiana*, Treccani.it, 2011, s.v.

⁹ Cfr., ad esempio, P. BELLUCCI - M.C. TORCHIA, *La lettura fra comprensione e produzione. Il contributo della sociolinguistica*, in *Diritto e formazione*, 2/2011, pp. 301-311.

¹⁰ E i giudici italiani si caratterizzano positivamente per l'alta capacità di ascolto e concentrazione.

¹¹ Cfr., ad esempio, A. MARIANI MARINI, *Lo dico in prosa. Un laboratorio per la scrittura degli avvocati*, in *Cultura e diritti*, 4/2013, pp. 9-12.

¹² Cfr. A. MARIANI MARINI, *Lo dico in prosa*, cit., pp. 10-11: «nelle professioni giuridiche una elevata qualità nello scrivere costituisce la condizione per svolgere con efficacia e utilmente il lavoro [...]. 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 [...]. Inoltre la chiarezza e la precisione nei discorsi

*libro*¹³, in modo da agire positivamente, tanto a livello della produzione che a quello della comprensione, sui giovani che frequentano le Scuole forensi.

Sempre in anni recenti, si è assistito a un progressivo incremento anche degli studi sulla fondamentale dimensione orale del procedimento penale: non si dimentichi infatti che, se il processo è sempre una «filiera interconnessa di testi» – che si influenzano e si condizionano reciprocamente – il procedimento penale è una «filiera interconnessa di testi e discorsi»¹⁴.

In particolare, il tribunale penale riproduce in piccolo una struttura sociale complessa, individualmente strutturata e caratterizzata da varietà specifiche come il linguaggio giuridico – tuttora spesso appesantito da stereotipie e incrostazioni burocratiche – nelle sue varie declinazioni. Ma l'aula si apre anche ad una continua interazione con il resto della società, che vi introduce il repertorio linguistico italiano¹⁵ in tutta la sua dinamica complessità e talvolta anche lingue minoritarie o straniere¹⁶.

La varietà di estrazione socioculturale dei testimoni immette in aula non solo i vari registri dell'italiano comune, ma anche l'italiano regionale “alto” e “basso”, l'italiano popolare, la dialettologia esclusiva o alternata a vari gradi di competenza dell'italiano, sempre più spesso l'italiano di stranieri (prevalentemente immigrati), non di rado anche i gerghi criminali o le lingue specialistiche

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». Cfr. anche T. DE MAURO, *Obscura lex sed lex? Riflettendo sul linguaggio giuridico*, in G.L. BECCARIA - C. MARELLO (a cura di), *La parola al testo. Scritti per Bice Mortara Garavelli*, Edizioni dell'Orso, Torino 2002, pp. 147-160, alle pp. 149-150: «La distanza e tensione tra parlare comune e linguaggio giuridico è forse la prima radice della diffidenza diffusa verso il linguaggio giuridico nelle sue molteplici manifestazioni: dalle formulazioni delle norme alla loro interpretazione nella giurisprudenza alle formulazioni applicative e ai dibattimenti che precedono e seguono le applicazioni».

¹³ Si vedano, in proposito, le solide e limpide argomentazioni in A. MARIANI MARINI, *Tu leggi? Io no, perché? Un progetto per dare risposte ai giovani*, in *Diritto e formazione*, 1/2011, pp. 1-3; D. CERRI, *Il ruolo della letteratura nella formazione e nell'educazione del giurista*, e S. RACHELI, *Il Progetto libro della Scuola Superiore dell'Avvocatura*, in *Diritto e formazione*, 2/2011, rispettivamente pp. 312-318 e pp. 319-324; D. CERRI, *Efficienza e comprensibilità come obiettivi deontologici nel linguaggio del civilista*, e A. MARIANI MARINI, *Leggere per ragionare, per scrivere, per parlare*, in A. MARIANI MARINI - F. BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto* cit., rispettivamente pp. 69-78 e pp. 27-34.

¹⁴ Cfr. P. BELLUCCI, *A onor del vero. Fondamenti di linguistica giudiziaria*, Utet Libreria, Torino 2005 [con pdf di stampa scaricabile in <http://www.patriziabellucci.it>], pp. 149-262 e P. BELLUCCI, *Il procedimento penale*, cit.

¹⁵ Con “repertorio linguistico” si designa l'insieme di dialetto e lingua – con le relative varietà – contemporaneamente disponibili a un singolo parlante o a una determinata comunità linguistica; cfr. G. BERRUTO, *Sociolinguistica dell'italiano contemporaneo. Nuova edizione*, Carocci, Roma 2012.

¹⁶ Cfr. P. BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., pp. 216-226 e EAD., *Il repertorio linguistico osservato dai Tribunali*, in *Rivista Italiana di Dialettologia. Lingua, dialetti, società*, 37/2013 [ma 2014], in stampa.

e settoriali¹⁷. L'aula, cioè, è anche la sede di incontro – e di scontro – di tutto il repertorio linguistico italiano.

Diversità dei reati oggetto di giudizio, differente estrazione e status processuale dell'interrogato¹⁸, differenti reazioni emotive, differenti abilità e competenze dei testimoni richiederebbero agli interroganti una notevole mobilità nello spazio linguistico e un'alta competenza comunicativa¹⁹: abilità necessarie, ma che non sempre si riscontrano nei fatti. Proprio perché la prova deve formarsi nell'oralità dell'escussione di testimoni dalla più varia qualificazione socioculturale e poiché le parti possono dispiegare la loro contrapposta argomentazione solo elicitalandola dai testimoni, in ambito penale si rende fondamentale la capacità di parlare di tutto e con tutti e per di più, nei processi in Corte d'assise, si deve permettere e agevolare la piena comprensione anche da parte dei giudici popolari.

Si sono, infine, studiati il particolare “andamento narrativo-argomentativo del dibattimento” – sincopato e franto – e i vari “tipi di domanda”²⁰, “snodo” essenziale nell'esercizio della professione.

Maria Cristina Torchia ha studiato anche la peculiare e complessa configurazione degli esami dibattimentali di periti e consulenti tecnici²¹ – che per molti aspetti è assai diversa da quella dei testimoni “ordinari” – e la relativa immisione in aula di lingue speciali.

Già Bice Mortara Garavelli aveva offerto una prima qualificazione dell'arringa finale (e, quindi, indirettamente della requisitoria)²², mentre da parte mia

¹⁷ Le “lingue speciali” – intese come linguaggi tipici di determinati settori o ambienti professionali – comprendono le “lingue specialistiche” e le “lingue settoriali”. Le “lingue specialistiche” sono quelle delle discipline a specializzazione avanzata – come la giurisprudenza, l'economia, la linguistica, ecc. – e sono caratterizzate da nomenclature tecniche, scelte sintattiche preferenziali, strutture testuali codificate, e così via. Le “lingue settoriali” – come il linguaggio burocratico, il linguaggio giornalistico o quello della politica, ecc. – hanno invece un lessico specifico molto ridotto e una scarsa regolazione convenzionale. Cfr. A.A. SOBRERO, *Lingue speciali*, in Id. (a cura di), *Introduzione all'italiano contemporaneo*, vol. *La variazione e gli usi*, Laterza, Roma-Bari 1993, pp. 237-278.

¹⁸ Imputato o parte lesa, testimone, collaboratore di giustizia, perito/consulente tecnico, ecc.

¹⁹ Intesa come capacità di adeguare il proprio discorso sia al contesto situazionale che agli interlocutori.

²⁰ P. BELLUCCI - M.C. TORCHIA, *La regia del discorso in tribunale*, in A. MARIANI MARINI - F. BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto*, cit., pp. 82-106; P. BELLUCCI, *Il procedimento penale*, cit.; M.C. TORCHIA, *Parlare in giudizio, parlare con giudizio*, Settimana iniziale di formazione per i MOT, Firenze 6, 14 e 21 maggio 2014, Edizione intranet, in <http://www.scuolamagistratura.it>.

²¹ Cfr. M.C. TORCHIA, *Disturbi psichici in tribunale. L'interazione dibattimentale con periti e consulenti tecnici*, in M. PETTORINO - A. GIANNINI - M. VALLONE - R. SAVY (a cura di), *La comunicazione parlata*, Liguori, Napoli 2008, tomo II, pp. 1282-1302 e EAD., *Interazioni e intersezioni fra psichiatria e giustizia in tribunale. Un'analisi linguistica*, Tesi di Dottorato in Linguistica, Università degli Studi, Firenze 2009.

²² Cfr. B. MORTARA GARAVELLI, *L'oratoria forense: tradizione e regole*, in A. MARIANI MARINI - M. PAGANELLI (a cura di), *L'avvocato e il processo*, cit., pp. 69-91.

avevo avuto modo di sottolineare caratteristiche ricorsive delle dichiarazioni spontanee dell'imputato²³.

Avevo già richiamato l'attenzione sull'importanza e sulla complessità linguistica delle indagini preliminari del procedimento penale²⁴ che, da un lato, moltiplicano i soggetti – a partire dalla polizia giudiziaria e dalle persone “sentite” a vario titolo a tecnici ed esperti di settori diversi, ecc. – e, dall'altro, introducono generi testuali e discorsivi specifici: dai vari tipi di annotazioni e verbali alle intercettazioni telefoniche e ambientali, agli incidenti probatori, alle ordinanze e così via.

Le acquisizioni che attualmente si segnalano in relazione a questa importantissima fase procedimentale, pur rilevanti, sono ancora abbastanza “carsiche” e *in progress* e sono indubbiamente ostacolate dalla difficoltà di accesso a scritti e registrazioni.

Se avevo già avuto modo di segnalare i numerosi problemi posti dalle intercettazioni telefoniche e ambientali²⁵, Luciano Romito²⁶ dà adesso conto di una prima sperimentazione di formazione di non vedenti²⁷ come periti fonici e trascrittori delle intercettazioni, in cui si è cominciato a porsi il problema di quali siano le competenze linguistiche ed extralinguistiche da assegnare ai periti: competenze che attualmente non sempre vengono accertate adeguatamente²⁸.

Ivana Azzalini e Stefano Fedele hanno anzitutto individuato e ben caratterizzato uno specifico genere finora sfuggito all'attenzione dei linguisti: i cosiddetti brogliacci d'ascolto redatti dalla polizia giudiziaria, che sono determinanti nella fase investigativa di ricerca delle prove e che, fra l'altro, servono anche all'accusa e alla difesa per selezionare le conversazioni da utilizzare in dibattimento²⁹. Il volume dimostra la complessità linguistica e giuridica di questo genere testuale e propone modalità di trascrizione semplici – e quindi realisticamente applicabili dagli operatori di p.g. – ma contemporaneamente esplicite, uniformi e univoche³⁰.

L'azione di contrasto delle mafie ha portato in primo piano la particolare complessità e rilevanza del linguaggio della criminalità organizzata³¹ – esami-

²³ Cfr. P. BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., pp. 242-256.

²⁴ Cfr. P. BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., pp. 7-148.

²⁵ Cfr. P. BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., pp. 37-94.

²⁶ L. ROMITO, *Manuale di linguistica forense*, Bulzoni, Roma 2013.

²⁷ È noto che i ciechi hanno particolari abilità uditive ed elevata capacità di ascolto.

²⁸ Problemi analoghi si pongono nella selezione di periti (e consulenti) in “interpretariato e traduzione”, categorie che sono state recentemente introdotte come necessarie in ogni tribunale – così come è stato ampliato il diritto all'interprete a partire proprio dai colloqui con il difensore – dal d.lgs. 32/2014 in attuazione della direttiva 2010/64/UE (artt. 104 e 143 c.p.p. e 67 delle Norme di attuazione).

²⁹ I. AZZALINI - S. FEDELE, *Guida alla redazione dei “brogliacci d'ascolto” delle intercettazioni telefoniche e ambientali. Manuale per la polizia giudiziaria*, di prossima pubblicazione.

³⁰ La stessa Ivana Azzalini ha adesso esteso la sua ricerca a tutti gli altri tipi di “generi testuali e discorsivi” prodotti dalla polizia giudiziaria nella fase delle “indagini preliminari”.

³¹ Cfr. P. BELLUCCI, *Il repertorio linguistico osservato dai Tribunali*, cit.

nato soprattutto in relazione alla 'ndrangheta³² – producendo anche qui nuovi e fecondi “concerti a quattro mani”.

Prospettive ed orizzonti

Come già accennavo, i generi testuali e discorsivi prodotti dagli avvocati³³ aspettano tuttora di essere studiati nelle loro specificità e non solo nella loro patina superficiale di linguaggio giuridico – non di rado ancora giuridico-burocratico – che li accomuna a quelli dei magistrati. Peraltro sarebbe importante caratterizzare più puntualmente, anche dal punto di vista linguistico, le peculiarità di penale e civile e cominciare a illuminare la diversità di modelli, abilità e stili intercorrente fra le varie generazioni³⁴.

Di sicuro sono ormai maturi i tempi perché, in generale, si proceda negli studi, appunto, per generi: una “memoria” è cosa ben diversa da una sentenza, proprio perché sono diversi fini, funzioni e destinatari (così come una sentenza di legittimità o, a maggior ragione, una massima giurisprudenziale differiscono da una sentenza di merito). Di fondo, l'argomentazione del giudice è di tipo “giustificativo” mentre quella delle memorie è intrinsecamente “persuasiva” – pur se la distanza fra le udienze ne accentua la contemporanea funzione di sintesi narrativa dell'intercorso – con tutto quello che questo comporta anche dal punto di vista linguistico, a partire da una minore neutralità emotiva nelle selezioni lessicali e da un maggior ricorso agli artifici retorici rispetto alle sentenze.

In ambito penale è auspicabile un incremento degli studi linguistici sull'esame incrociato – acme processuale di interesse comune per tutti i giuristi pratici – ma anche l'arringa e la requisitoria conclusive meriterebbero di essere

³² In proposito abbiamo dato più diffusamente conto in I. AZZALINI, *La 'ndrangheta fra dire e non dire*, in *Cultura e diritti*, 1/ 2014, pp. 99-102 e in P. BELLUCCI, *La 'ndrangheta. Un problema che “convoca” competenze e coscienze*, in *Cultura e diritti*, 3/2014, pp. 47-55.

³³ Ho dato conto dei più recenti studi sulle sentenze penali e sulle sentenze della Corte di Cassazione in P. BELLUCCI, *Scrivere in nome del popolo italiano*, in *Cultura e diritti*, 1/2014, pp. 25-30.

³⁴ Attualmente disponiamo solo della constatazione generica che le generazioni più anziane lamentano che «i giovani non sanno più scrivere e fanno perfino errori di ortografia», mentre chi si affaccia oggi alla professione obietta di trovare logica e fondata la prosecuzione dell'apprendimento dei tecnicismi di settore – con cui si è entrati in contatto fin dall'Università e di cui si capisce la funzione a fini di precisione del significato – ma non altrettanto l'innaturale acquisizione di una lingua “fuori commercio”, il ricorso alla quale è giustificato non da esigenze di particolare chiarezza ma solo dal peso di un'abitudine stereotipica chiusa, di cui si trovano ostici e “indigesti” pseudotecnicismi diffusi e stilemi sintattici considerati peregrini. L'obiezione che al liceo e all'Università la propria scrittura veniva apprezzata, a differenza di quanto avvenga con magistrati affidatari e avvocati di riferimento, è quanto mai diffusa. Analisi più circostanziate permetterebbero di intervenire in modo più mirato nella formazione per l'accesso alla professione e rendere più nota e proficua l'esperienza condotta negli *stages*.

approfondite³⁵. È vero che la sobrietà normata dall'art. 523 c.p.p. ha introdotto un contenimento delle espansioni oratorie e delle esibizioni di pathos nella discussione finale e che il processo ormai si costruisce anzitutto raccogliendo e studiando attentamente i documenti e ponendo poi le domande giuste e nella giusta forma sia in fase di esame che di controesame, ma ad arringhe e requisitorie – unico spazio ora previsto per l'argomentazione monologica – resta pur sempre assegnato il compito di esprimere e condensare il risultato di quanto perseguito nell'intero dibattimento: funzione la cui rilevanza risulta proporzionalmente accresciuta anche dal prolungamento dei processi nel tempo.

L'impossibilità di fatto di disporre di videoregistrazioni dei dibattimenti – un tempo superata grazie alle molte trasmissioni televisive come *Un giorno in Pretura* e ancora in parte attenuata dalle registrazioni di *Radio radicale* – ci priva totalmente di studi linguistici relativi alla dimensione dell'*actio* o *pronuntiatio*. Personalmente sono convinta che etica e deontologia dovrebbero suggerire piuttosto l'irrobustimento diffuso di rigorose tecniche argomentative, anche se l'inserimento di registi e attori in alcuni corsi di aggiornamento forense appare assai significativo del privilegio ancora qua e là accordato alla "parola recitata" e alle tecniche di fascinazione. È comunque vero che la parola ben detta può sottolineare il rigore del percorso argomentativo e scandirne i passaggi principali: una ragionevole drammatizzazione del discorso è pur sempre dimensione intrinseca delle arringhe e delle requisitorie.

La rassegna degli studi svolta al paragrafo precedente rende evidente che il processo civile – al di là di ciò che è comune a tutta la scrittura giudiziaria e forense³⁶ – ha attratto meno l'attenzione dei linguisti, mentre è indispensabile tener presente che la Giustizia civile si caratterizza anche per la capillarità d'impatto sociale. La conoscenza dei procedimenti penali – pur più impressivi e in genere a maggiore rilevanza pubblica – per la maggior parte dei cittadini resta quella veicolata dai media (spesso malamente), mentre quasi ogni persona prima o poi nella vita si interseca e si interfaccia con il civile e fa scaturire dalla concreta esperienza diretta e dal personale incontro con i singoli operatori del diritto la propria immagine dell'Istituzione Giustizia. Né si può dimenticare che spesso la giurisdizione civile è chiamata a risolvere temi problematici che il legislatore non sa o non vuole risolvere come, ad esempio, quelli bioetici, che sono invece fondamentali nella vita delle persone.

Se la verbalizzazione dei testimoni è sempre attività quanto mai delicata e strutturalmente complessa (a maggior ragione nelle istruttorie), nelle udienze

³⁵ Su cui si richiama ancora B. MORTARA GARAVELLI, *L'oratoria forense*, cit.

³⁶ Sulla permanenza di burocratismi, inutili pseudotecnicismi o latinismi e formulazioni stereotipiche ecc. negli usi orali e scritti di avvocati e giudici civili cfr. la recente, esperta quanto brillante, conferma di B. CAVALLONE, *Un idioma coriaceo: l'italiano del processo civile*, apparso prima in *Rivista di diritto processuale*, LXVI/2011, pp. 97-107 e poi in B. POZZO - F. BAMBI (a cura di), *L'italiano giuridico che cambia*, Accademia della Crusca, Firenze 2012, pp. 85-96.

civili si assiste all'uso di una verbalizzazione mediata dal giudice, che può talvolta tradire la genuinità della testimonianza proprio per la difficoltà di resa linguistica appropriata, anche se una parola o una frase possono venir assunte come decisive. D'altronde Giuseppe Tarzia scriveva già nel 1989 che la rilevanza del verbale è stata trascurata nella stessa disciplina³⁷. Analogamente, Bruno Cavallone fin dal 1978 lamentava che i giudici traducono le dichiarazioni dei testimoni «in un gergo uniforme che nessuno parla»³⁸, mentre nel giudice dovrebbe invece permanere fino alla decisione un'impressione viva delle risultanze probatorie e proprio questo è il compito della verbalizzazione: ne discende che anche la resa linguistica dovrebbe essere idonea a rappresentare l'effettiva interazione avvenuta e che dovrebbe esserci una maggiore armonizzazione fra oralità enunciata e sua verbalizzazione.

Il linguista, poi, non può che restare intrinsecamente perplesso di fronte alla prassi secondo cui spesso vengono lette al testimone le domande articolate dall'avvocato nei suoi scritti e si verbalizza la risposta "secca" del teste, che magari si limita a un sì/no: in questo modo non si potrà mai sapere se il testimone ha realmente compreso la domanda, se vi erano particolari potenzialmente rilevanti che sono stati omessi, ecc. Per questa via la mediazione linguistica risulta svilita, la funzione della testimonianza notevolmente ridotta, la credibilità del verbale quasi annullata³⁹: sarebbe opportuno che la qualità della verbalizzazione venisse presa in considerazione nelle valutazioni di professionalità. Certamente non si può ignorare che la testimonianza è proprio il momento di maggior contatto e di massima interazione tra processo civile e cittadino.

Per di più il settore civile è attualmente sottoposto a molte sollecitazioni e modifiche quasi totalmente da analizzare anche nelle loro concretizzazioni linguistiche e interazionali.

³⁷ G. TARZIA, *Problemi del processo civile di cognizione*, CEDAM, Padova 1989, pp. 367-368; cfr. anche G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Giuffrè, Milano 2009.

³⁸ B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Rivista di diritto processuale*, 1978, pp. 670-740, p. 734. Cfr. anche B. CAVALLONE, *Un idioma coriaceo*, cit., 2012, p. 89: «Per gli avvocati del contenzioso, il loro sgraziato linguaggio è una sorta di armatura, o di cassetta degli attrezzi, con cui essi difendono la propria identità socio-culturale e la propria funzione tipica, che è infatti quella di 'tradurre' in un idioma per l'appunto sintetico e univoco, e almeno parzialmente formalizzato, le 'narrazioni' che hanno raccolto, in termini più prolissi, variegati e sconnessi, dalla voce dei clienti, o dalle carte che questi hanno rovesciato sulla loro scrivania. Il che poi significa, in ultima analisi, trasportare i conflitti dalla loro dimensione reale a un piano artificiale e metaforico: che è già di per sé un modo per risolverli, o almeno per esorcizzarli. Quanto ai giudici [...] il lessico e la morfologia sono molto simili, se non identici [...] a quelli degli avvocati. E del resto questa coincidenza è imposta, potremmo dire, dal principio della c.d. corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato». Cfr., infine, B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, CEDAM, Padova 1997.

³⁹ Sulle conseguenze della comparabile prassi dei verbali di polizia di ridurre le domande alla formula "A domanda risponde" o addirittura alla sigla A.D.R. mi sono già espressa in *A onor del vero*, cit., pp. 112-125.

Ad esempio, si intravedono spazi nuovi per l'oralità in ambito civile, alcuni dei quali già portati in primo piano dalle interessanti e feconde sperimentazioni condotte negli Osservatori sulla giustizia civile, ad esempio in tema di mediazione e conciliazione ed è indubbio che i mediatori debbano saper mettere in pratica anche competenze comunicative e interazionali alte⁴⁰.

La novità di maggior rilievo – ma ci si interroga, ad esempio, anche sulle possibili modificazioni connesse ad un'eventuale motivazione su richiesta – è forse il processo civile telematico, che fra l'altro potrebbe assegnare diversa rilevanza e ben altri spazi all'oralità anche nel civile⁴¹:

Sia il processo cartaceo sia il processo telematico possono, in realtà, essere la base di due modelli opposti: un processo essenzialmente scritto, dove poco si parla e molto si scrive e si legge; e un modello in cui resta centrale il dialogo processuale tra giudice e parti nella fase preparatoria del procedimento, un dialogo che supporta la preparazione di tutti, una accurata verbalizzazione e che ha l'effetto di sfrondare ogni causa da il troppo e il vano. Il processo civile telematico è l'occasione per ridare slancio a questi temi forti: dialogo processuale, oralità, concentrazione, raccordo tra atti e provvedimenti, attenzione al linguaggio. Ma questo dipende dalla forza culturale che sostiene questi temi e che sola potrà evitare il rischio della dematerializzazione non semplicemente dei fascicoli, ma anche dei casi umani che essi celano⁴².

Tuttavia, non sono pochi anche gli aspetti problematici e ancora irrisolti del PCT e comunque non esiste mai alcun miglioramento “profondo” che non passi dalla formazione, perché è solo questa che permette agli individui di perseguire funzionalmente e creativamente i propri scopi professionali.

In ogni caso la duplice e complessa richiesta di redigere «atti in maniera chiara e sintetica» rivolta, ad esempio, al giudice e alle parti dall'art. 3 del Codice del processo amministrativo⁴³ non può essere assolta con la semplice imposizione del limite di pagine, dato che sia la capacità di sintesi – e quindi di gerarchizzazione delle informazioni – che quella di chiarezza sono specifiche abilità linguistiche che appartengono dunque al grado di competenza relativa dei Soggetti: qui la questione è ineludibile.

⁴⁰ Sul tema mi ero già espressa in P. BELLUCCI, *Una lingua “dalla parte della rosa”*, in G. BERTI ARNOALDI VELI (a cura di), *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, Il Mulino, Bologna 2011, pp. 435-443.

⁴¹ Si rimanda, in tal senso, all'importante contributo di R. CAPONI, *Uno sguardo in avanti (e anche sull'oggi): il processo telematico*, in F. BAMBI (a cura di), *Lingua e processo*, cit. e agli interventi all'Assemblea degli Osservatori del magg.-giu. 2014 riprodotti sul sito dell'Osservatorio Giustizia Civile di Rimini.

⁴² L. BREGGIA, *Giustizia bene comune: il ruolo degli Osservatori sulla giustizia civile*, edita sul sito dell'Osservatorio Giustizia Civile di Rimini.

⁴³ Ringrazio l'Avv. Mariani Marini per la segnalazione.

Mi sembrerebbe, poi, particolarmente importante la formazione – anche linguistica – dei Giudici onorari, proprio per la loro prossimità con la cittadinanza⁴⁴.

La difficoltà di accedere a registrazioni delle interazioni da analizzare ostacola notevolmente il contributo potenziale delle scienze del linguaggio in ambito giuridico, per cui, ad esempio, sappiamo ben poco delle interazioni linguistiche tra accusa/difesa e testimoni fuori dal giudizio così come tra avvocato e cliente.

Meriterebbero ben altra attenzione da quella attuale i siti web e le carte dei servizi messe a punto da Procure e Tribunali, la cui difficoltà di linguaggio per il cittadino comune in gran parte vanifica non solo la funzione pubblica e democratica che potrebbero avere ma la stessa efficacia concreta. I siti, non dimentichiamolo, sono potenti “biglietti da visita” in un mondo sempre più digitale, eppure attualmente – tanto sul versante della magistratura che su quello dell’avvocatura – sono quasi sempre progettati da informatici che non tengono conto di linearità e leggibilità⁴⁵ dei testi, per cui risultano di fatto agevolmente comprensibili solo agli addetti ai lavori⁴⁶.

Il mondo del diritto ha attratto, infine, l’attenzione dei linguisti nell’ambito degli studi di genere: anche in proposito si riscontrano un forte conservatorismo e una certa lentezza nell’affermazione di nomi professionali e di appellativi femminili, che pur sarebbero socialmente, culturalmente e linguisticamente più adeguati⁴⁷, per cui in proposito sono auspicabili “azioni positive” tanto nell’aggiornamento che nella prima formazione.

Conclusivamente

La convergenza fra scienze del linguaggio e scienze del diritto potrebbe spiegare tutta la sua potenzialità ed avere ben altra accelerazione se fossero disponibili anche dati degli interi procedimenti – penali e civili – passati in

⁴⁴ Cfr. anche L. BREGGIA, *Giustizia bene comune*, cit.: «La giustizia dei conflitti c.d. ‘minori’ non è una giustizia di serie B, perché riguarda la vita quotidiana delle persone e la coesione sociale (oltre che grande parte del contenzioso)» e le sue giuste osservazioni sui protocolli d’udienza e su gratuito patrocinio e avvocatura.

⁴⁵ La “leggibilità” di un testo – garantita anzitutto dal ricorso alle parole più note e da un’articolazione del periodo in frasi tendenzialmente brevi ed esplicite – è prerequisito e punto di partenza per la sua “comprensibilità”: sulle principali norme dello “scrivere chiaro” cfr. P. BELLUCCI, *Giurisdizione e linguaggio*, cit., pp. 50-53. Il grado di “comprensibilità” di un testo – che cambia con il variare dei lettori – a sua volta dipende, oltre che dalla leggibilità, dall’organizzazione complessiva del testo e da fenomeni linguistici e testuali più puntuali.

⁴⁶ Per l’analisi di un raro esempio positivo, cfr. P. BELLUCCI, “Quando la Procura parla al Cittadino”, Relazione al Convegno sul tema “Cittadino & Giustizia”, Bolzano, 14 dicembre 2006, con registrazione edita in <http://www.radioradicale.it>.

⁴⁷ Per una sintesi cfr., sul versante dell’avvocatura, S. CAVAGNOLI, *La lingua di genere e il suo rapporto con il linguaggio giuridico italiano*, in *Cultura e diritti*, 4/2013, pp. 55-62 e, per la magistratura, P. BELLUCCI, *L’identità cangiante. Donne e procedimento penale*, in L. MARIOTTINI (a cura di), *Identità e discorsi*, Roma Tree Press, Roma (in stampa).

giudicato. Esemplare, in questa direzione, il nuovo sito della Corte di Cassazione, che dal 31 luglio 2014 ha reso finalmente accessibili al pubblico, e agli studiosi delle varie discipline, le sentenze emesse dalla Suprema Corte (con progressiva implementazione): peraltro, è anche così che si crea l'avvicinamento fra giurisdizione e cittadino diffusamente auspicato da questa stessa rivista.

Meditazioni in tema di processo e verità

Stefano Racheli

Non è passato molto tempo da quando, sulle pagine della *Rivista di diritto processuale*, due illustri studiosi incrociarono le lame (e che lame!)¹. Tema del contendere: il rapporto tra processo e verità.

Dico subito che è lungi da me l'intenzione di inserirmi – novella mosca cocchiera – in quel dibattito, desiderando solo evidenziare (specie ai più giovani) quanti e quali problemi confluiscono in quel fenomeno che chiamiamo “processo”, sì che del tutto comprensibilmente Salvatore Satta parlava di “mistero” del processo e – stentando a trovare il filo conduttore che unificasse umanamente la realtà processuale – si chiedeva: «È possibile continuare così? È ammissibile che noi perdiamo la nostra vita a scrivere trattati di diritto processuale, e a parlare di azione, di rapporto processuale, di legittimazione, e di simili bizantinismi? Tutte queste cose valgono certamente, anzi hanno un immenso valore, quando però non siano fine a se stesse, quando ci sia alla base della speculazione giuridica un accordo fondamentale sul fine che illumina i concetti e dà loro una razionalità che altrimenti è del tutto fittizia. Se manca questo, se manca l'umanità del giudizio, tutto si riduce ad un *gioco*, la scienza, la scuola, la giustizia»².

Quali le posizioni dei contendenti nella contesa cui sopra accennavo? Quelle, per la precisione, così riassunte da uno dei due protagonisti: «Al di là degli espedienti retorici, mi pare tuttavia chiaro che tra di noi esiste un dissenso di fondo intorno al modo di vedere e interpretare il processo. Io tendo a ravvisarvi una situazione conflittuale in cui due o più soggetti competano di fronte ad un soggetto terzo che ha il compito di accertare in maniera giuridicamente valida (ossia *applicando*³ correttamente la norma che regola il caso) la situazione giuridica sostanziale che è oggetto del conflitto. In vista di questa funzione che il processo dovrebbe – sempre a mio avviso – svolgere, ho insistito sulla dimensione epistemica del processo i ragione della necessità che esso sia orientato anche (occorre ribadirlo?) a realizzare accertamenti veritieri dei fatti

¹ Cfr. B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (Considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 2 ss.; M. TARUFFO, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 995 ss.

² Così S. SATTA, *Un giudizio di conciliazione ovvero la giustizia di Evaristo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963 ora in *Colloqui e soliloqui di un giurista*, CEDAM, Padova 1968, pp. 284 ss. Il corsivo è mio.

³ Corsivo mio. Evidenzio il termine in questione perché con esso entra nel dibattito tutta la problematica – cui in seguito farò cenno – relativa all'applicazione della norma.

come condizione necessaria di giustizia della decisione [...]. Cavallone tende invece a ravvisarvi una situazione *ludica*⁴ (corsivo suo) nella quale due campioni – ossia gli avvocati delle parti – mettono in atto una gara retorica (nella quale si servono anche delle prove) di fronte ad un arbitro che alla fine stabilirà chi è il vincitore, ossia chi si è servito meglio degli strumenti della persuasione retorica e lo premierà con una sentenza favorevole»⁵.

Come si vede – volendo schematizzare e, a tal fine, estremizzando – da una parte c'è chi vede nel processo un'attività che presuppone (anche) un accertamento sulla veridicità ontologica di determinati fatti (senza però ridursi solo a questo); d'altra parte c'è chi ritiene che la struttura stessa del processo presuppone un accertamento meramente formale della verità, con la conseguenza che riesce vincitore non chi abbia meglio attinto la verità ontologica, ma chi, secondo le “regole del gioco” (d'onde, appunto, il carattere “ludico” del processo) riesce a dar vita ad una verità formale vincente⁶.

Già la ricerca della finalità propria del processo apre la porta a numerose rilevanti meditazioni per effetto dell'evolversi del processo stesso in parallelo con il mutare sia dei vari “saperi” sia dell'assetto della società. Così non può negarsi l'influsso che sul processo ha avuto tanto l'evoluzione della filosofia (che si è mossa verso una progressiva “concettualizzazione” della realtà) quanto l'affermarsi della “scienza”, quanto ancora il formarsi dello stato moderno e il vario atteggiarsi, al suo interno, dei rapporti di potere. Già a parlare, oggi, di “processo” piuttosto che di “giudizio”, si compie una vera rivoluzione: non si tratta infatti di una mera diversità terminologica, ma di «un mutamento radicale del modo stesso di concepire il fenomeno processuale»⁷.

Nel processo confluiscono dunque e si sedimentano concezioni spesso diversissime, talché esso è oggetto spesso di visioni assai diverse le quali scontano il tentativo il tentativo di ridurre il processo a fenomeno con una faccia sola,

⁴ Faccio notare come anche il Satta, sopra citato, parli di possibile scadimento a “gioco” del processo, con la doverosa precisazione che per questo A. si tratterebbe di un decadimento del processo, là dove, in altre concezioni, il carattere di “gioco” del processo non implica alcuna notazione negativa. È evidente che, nel contesto indicato, il termine “gioco” non ha il significato usuale e colloquiale, ma quello, ben più pregnante, che esso assume nella Teoria dei giochi.

⁵ Così M. TARUFFO, *Contro la veriphobia*, cit., p. 1010.

⁶ Numerose e assai rilevanti le ricadute che gli indirizzi sopra accennati hanno relativamente ai poteri istruttori del giudice e alla disciplina delle prove: di essi non si può qui, per motivi di spazio, dare conto e dunque ci si limita ad un accenno.

⁷ Cfr. N. PICARDI, *Enc. Dir.*, voce *Processo civile (diritto moderno)*, sez II, § 4. Si veda anche N. PICARDI, *L'esame di coscienza del vecchio maestro*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2-3/1986. Sarebbe qui interessante ripercorrere le ricadute che sul processo hanno avuto – così determinando lo scarrocciare del *iudicium in processus* – le concezioni di Althusius e Grotius, il declinare della scolastica tomistica in quella decadente di Coimbra, il sorgere della Scuola del diritto naturale, l'affermarsi della filosofia di Christian Wolff.

la dove, nella realtà, numerose e assai varie sono le sue facce, già solo a parlare di finalità del processo. Ma c'è di più. Nel processo occupano un posto certo non secondario l'interpretazione e l'applicazione della norma, relativamente alle quali solo metaforicamente può dirsi che esse risultino "vere" (e dunque, in quanto tali, prevedibili e certe: la famosa, auspicata "certezza del diritto" di cui tanto si parla).

Quanto all'interpretazione (o identificazione del senso) della norma, va qui evidenziata la natura "filosofica" dell'art. 12 delle c.d. preleggi⁸, il quale – lungi dal risolvere la questione a mero livello tecnico – sposa la tesi secondo cui: a) le parole avrebbero un significato proprio e ciò b) al di fuori e a prescindere dal contesto in cui vengono interpretate e c) senza interagire col soggetto interpretante.

Quanto all'applicazione, deve dirsi che, se stabilire il significato della norma non è cosa facile, ancor più difficile è procedere alla sua "applicazione". Se quest'ultima fosse qualcosa di simile all'applicazione di una vernice, non ci sarebbe problema: la norma se ne starebbe là, nel suo bel barattolo e basterebbe usare il pennello della logica per stenderla nelle sentenze. Le cose purtroppo (o per fortuna) non stanno così. Afferma Kant, nella Critica della ragione pura, «un medico, un giudice o un uomo politico, può avere in capo molte belle regole patologiche, giuridiche o politiche, al punto di poter diventare un profondo insegnante in proposito e tuttavia cadere facilmente in errore nell'applicazione di esse». L'applicazione di una regola – o, il che è lo stesso, la capacità di giudizio – è argomento così vasto e profondo da non poter qui che essere evocato nella sua fundamentalità (nel senso preciso che esso è correlato a ciò che, fundamentalmente, ci costituisce come uomini), nella sua irriducibilità ad atto meramente logico, nel suo essere connesso al contesto in cui l'applicazione cade (il contesto, per la precisione, che invoca la *prudentia iuris* ovvero, detto altrimenti la saggezza del giudice)⁹. "Prudente" non è – si badi bene – chi è cauto, ma chi ha imparato a riprendere la regola nel mutare delle contingenze; non chi abbia immagazzinato tanti casi da non aver davanti più nulla di ignoto, ma chi sia capace di affrontare il non-noto. Come il navigante consumato, il giurista conosce le "regole" che governano il suo navigare, ma, ancor più, sa che il "caso", proprio in quanto accadimento in-previsto, fa, in qualche modo, eccezione all'uniformità e, mettendo in crisi la regola che di quella uniformità si è fatta eco, obbliga la regola a rivedere se stessa. La *iuris-prudentia* è dunque, per definizione, la capacità di ri-definire la regola, così sottraendosi all'immobilità: nulla è più mobile e mutevole della *prudentia*.

⁸ Prescindo qui dalla problematica – cui in questa sede può solo accennarsi – relativa alla genesi delle "preleggi" e alla loro funzione (che non poco influisce sui meccanismi). Sul tema si veda A. GIULIANI, *Le preleggi*, UTET, Torino 1999.

⁹ Si veda P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristotele*, Puf, Paris 1963; F. CALVO, *Norma e applicazione: Hans Kelsen tra Kant e Aristotele*, in *Legalità e giustizia*, 1/1984; F. CALVO, *Giustizia e giudizio*, in *Legalità e giustizia*, 2-3/1989.

Ecco dunque che il giudizio applicativo del “prudente” – per quel che essa presuppone – non sarà frutto di mero sapere, del che aveva piena consapevolezza la filosofia antica, allorché affermava che la “decisione saggia” – articolantesi nei due momenti della deliberazione e della scelta – è sì “un” sapere¹⁰, ma un sapere in un certo senso¹¹.

Ma anche là dove l'attività processuale sia diretta a “conoscere fatti”, essa deve fare i conti con l'ineluttabile necessità di una conoscenza “allo stato degli atti”, nel senso cioè di non potere usare altro che gli strumenti di conoscenza che, in un dato momento storico, siano ritenuti validi, pur nella consapevolezza della loro limitatezza o addirittura precarietà. Non si tratta dunque solo di prendere atto della necessità di mettere un punto fermo e definitivo alla controversia in corso, ma del fatto (assorbente?) che, come affermava von Clausewitz, «in guerra si è sempre nell'incertezza circa la situazione reciproca delle parti. Ci si deve abituare ad agire sempre secondo una verosimiglianza generica ed è un'illusione aspettare il momento in cui si sarà completamente liberi dall'ignoranza»¹².

Le difficoltà, nel processo, di attingere la verità, anche nel caso in cui in esso si compiano attività “conoscenziali” in senso stretto, deriva anche dalle difficoltà che conseguono alla necessità di sciogliere nodi che – piaccia o non piaccia – sono squisitamente filosofici e dunque poco si prestano ad essere «risolti una volta per sempre». Così è, tanto per fare alcuni esempi, del problema della “coscienza e volontà” (art. 42 c.p.) e della “capacità di intendere e volere” (art. 85 c.p.)¹³; del problema concernente il nesso di causalità¹⁴ su cui si è dilungata la ben nota sentenza Franzese¹⁵; della problematica – cui sopra ho fatto accenno – relativa al linguaggio; del fondamento, per finire ma non per ultimo, della scienza e, più in generale, del nostro conoscere¹⁶.

Concludo: il dibattito relativo alla *veriphobia* è prezioso perché consente di cogliere i temi che confluiscono in detto dibattito e che ben potrebbero essere chiamati, heideggerianamente, *Holzwege*: «sono gli *Holzwege* quei sentieri che

¹⁰ Cfr. ARISTOTELE, *Eth. Eud.*, 1246b35-36: «Aretè gar estì kai ouk episteme, alla genos allo gno-seos».

¹¹ Cfr. ARISTOTELE, *Eth. Nic.*, 1141b33: «E una forma di conoscenza sarà sì quella di sapere ciò che è utile a se stessi, ma è molto diversa».

¹² Così von Clausewitz citato in G. DEBORD, *In girum imus nocte et consumimur igni*, Mondadori, Milano 2008, p. 59.

¹³ Su cui si veda, da ultimo, F. SANTONI DE SIO, *Per colpa di chi. Mente, responsabilità e diritto*, Raffaello Cortina, Varese 2013.

¹⁴ Tra i tanti, si veda F. STELLA, *Il giudice corpuscoliano*, Giuffrè, Milano 2005; F. STELLA, *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, Giuffrè, Milano 2004.

¹⁵ Cfr. Cass. Sez. un. sent. n. 30328/2002. Si veda anche S. BELTRANI, ...dopo la “Franzese”: la causalità nella giurisprudenza recente, in *Diritto e formazione*, 4/2008, p. 565.

¹⁶ Su punto mi permetto di rinviare a S. RACHELI, *La metafisica al di là dell'epistemologia (ovvero la scienza come orfana della conoscenza)*, in *Critica giudiziaria*, 2/1981 pp. 77 ss.

incominciano al limitare di un bosco e che, mano mano che si inoltrano nel fitto, vanno sempre più perdendosi, fino a scomparire del tutto [...]. Ogni sentiero, in quanto cammino della ricerca umana, è, ad un tempo, via e sviamento, avanzamento e smarrimento»¹⁷. Temi – aggiungo – che tanto belle e tanto affascinanti rendono le professioni giudiziarie.

¹⁷ Così P. CHIODI, p. IX dell'Introduzione a M. HEIDEGGER, *Sentieri interrotti*, La Nuova Italia, Firenze 1968.

La negoziazione assistita in dieci regole: giustizia partecipativa e teoria dell'argomentazione

Serena Tomasi

La fonte normativa

Questo contributo trae spunto dalle recenti novelle legislative in materia di de-giurisdizionalizzazione proponendosi di fornire, sulla base di elementi di teoria dell'argomentazione, alcune indicazioni metodologiche agli operatori giuridici, e in particolare agli avvocati, che saranno chiamati a ricorrere sempre più spesso a strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla risoluzione processuale. L'urgenza metodologica, e deontologica, è motivata dalla introduzione nel nostro ordinamento, accanto alle procedure dell'arbitrato e della mediazione civile, dell'inedito istituto della negoziazione assistita da uno o più avvocati.

Nell'intendimento del legislatore, già con il decreto legge n. 132/14, convertito nella legge n. 162/14¹, la fase stragiudiziale del conflitto acquisisce un ruolo centrale onerando le parti e i loro difensori dell'obbligo reciproco, normativamente dettagliato, di agire in modo tale da giungere ad una risoluzione condivisa della controversia, senza ricorso all'autorità giudicante.

Che cosa ciò comporti nel momento di pratica attuazione, è tuttavia incerto, con il rischio che la finalità deflattiva sia di fatto disattesa. Si tratta di una sfida ardua nel contesto giuridico contemporaneo: gli avvocati sono chiamati ad assumere responsabilmente il compito ad essi attribuito, modificando le proprie pratiche di condotta per favorire nuove forme di interazione tra le parti². Fanno, infatti, resistenza all'attuazione dell'istituto certe abitudini, invalse nella pratica degli studi legali, sulle quali si rende necessario un ripensamento critico. Tra i pregiudizi ricorrenti, alcuni ci sembrano di particolare importanza: si pensi alla prassi di gestione del conflitto finalizzata primariamente all'instaurazione del giudizio, che riduce il confronto stragiudiziale ad una fase di formale contatto con la controparte, evitando o frustrando ogni tentativo di risoluzione conciliativa. Oppure si pensi alla tendenza a sottovalutare la fase del confronto ante giudizio, non dedicandovi tempo e studio, ma posticipando la più accurata analisi al momento di redazione dell'atto processuale. Infine, vale osservare

¹ Per un approfondimento, v. Dossier di Analisi e Documentazione n. 13/14, a cura dell'Ufficio Studi del CNF, disponibile in download al sito internet: www.consiglionazionaleforense.it/site/home/.../documento8589.html (consultato in data 15 dicembre 2014).

² Cfr. N. BIANCHI, *La formazione permanente tra vecchie esigenze e nuove*, in *Cultura e Diritti. Per una formazione giuridica*, 2/2013, pp. 23-26.

che la ridotta formalizzazione della procedura di *ADR* non deve porre in ombra l'esigenza di specializzazione tecnica dell'avvocato, la quale è invece necessaria per efficacemente promuovere un confronto di tipo controversiale e, per conseguenza, l'apparato di argomenti fruibile dalle parti.

Il prosieguito della nostra riflessione andrà dunque nella direzione di un approfondimento dei presupposti teorici e della pratica applicativa della neo-introdotta negoziazione assistita. In particolare, procederemo, dapprima, ad una sintetica ricognizione dell'istituto sulla base della disciplina delineata nel capo II del decreto legge; della stessa, proporremo poi una rilettura fondata sul modello teorico di argomentazione elaborato dalla scuola pragma-dialettica di Amsterdam³, per i motivi che preciseremo in seguito.

La procedura di negoziazione assistita

Muovendo dalla definizione normativa, la negoziazione assistita è «un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza dei propri avvocati» (art. 2). Sono state previste tre forme di negoziazione: a) volontaria, avente ad oggetto diritti disponibili, con esclusione della materia del lavoro; b) obbligatoria, quale condizione di procedibilità per una serie di materie (v. in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti; in materia di pagamento di somme non eccedenti 50.000 €, ad eccezione delle controversie assoggettate alla disciplina della c.d. mediazione obbligatoria; c) per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, con procedimento distinto a seconda vi sia o non vi sia prole autosufficiente.

Senza entrare nel merito delle peculiarità della procedura obbligatoria e della procedura per separazione o divorzio, giova enucleare le fasi di sviluppo della negoziazione assistita dalla sua genesi alla sua conclusione, così come

³ La rilevanza della teoria dell'argomentazione per l'indagine del ragionamento pratico emerge alla fine degli anni Cinquanta nelle analisi di Perelman e Toulmin: dalla c.d. svolta argomentativa del 1958, i teorici dell'argomentazione hanno indagato il dominio giuridico e hanno elaborato modelli diversi di analisi e valutazione delle pratiche argomentative. Per una ricognizione sulle teorie dell'argomentazione, v. P. CANTÙ - I. TESTA, *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Bruno Mondadori, Milano 2006; A. CATTANI - P. CANTÙ - I. TESTA, *La svolta argomentativa. 50anni dopo Perelman e Toulmin: 1958-2008*, Loffredo, Napoli 2009; A. CATTANI, *Le forme dell'argomentare*, Edizioni GB, Padova 1990; A. GILARDONI, *Logica e argomentazione: un prontuario*, Mimesis, Milano-Udine 2008; E. FETERIS, *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Kluwer, Dordrecht 1999; F.H. VAN EEMEREN - B. GARSSSEN - E.C.W. KRABBE - A.F. SNOECK HENKEMANS - B. VERHEIJ - J.H.M. WAGEMANS, *Handbook of Argumentation Theory*, Springer, New York 2014.

sono state delineate dal legislatore. *L'iter* procedimentale è distinto in quattro momenti, che ci limiteremo ad indicare schematicamente:

- a) *Informazione preliminare del cliente*. All'atto di conferimento dell'incarico, l'avvocato dovrà informare il cliente della possibilità o, ove previsto, dell'obbligo, di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita.
- b) *Attivazione della procedura di negoziazione assistita*. Qualora, nell'ipotesi di procedura volontaria, la parte decida di ricorrere a questo strumento, l'avvocato del proponente formula un invito alla controparte per la stipula di una convenzione di negoziazione.
- c) *Negoziazione*. Se l'invito è accettato, inizia la negoziazione vera e propria con la sottoscrizione di una cd. convenzione di negoziazione, cioè un accordo con il quale le parti convengono di «cooperare in buona fede e con lealtà» per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza dei loro avvocati. Nell'attività di negoziazione degli interessi in lite, le parti e i loro difensori sono tenuti a comportarsi con lealtà e con riservatezza.
- d) *Conclusione*. La negoziazione assistita può portare ad un duplice esito. Nel caso di mancato accordo, le parti sottoscrivono una dichiarazione di mancato accordo, certificata dagli avvocati. Nell'ipotesi di esito positivo, le parti e gli avvocati sottoscrivono un accordo che costituisce titolo esecutivo, valido per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. L'accordo deve essere conforme alle norme imperative e all'ordine pubblico. Non può essere impugnato dall'avvocato che ha partecipato alla sua redazione, pena l'incolpazione di illecito deontologico.

Evidenziamo sin d'ora che la procedura di negoziazione assistita si caratterizza, secondo la nostra analisi, come un processo bilaterale: protagonisti sono le parti litiganti assistite dai rispettivi difensori. La soluzione negoziata del conflitto non prevede, cioè, l'intervento di una terza parte, assuma essa funzione conciliativa, mediatrice o giudicante⁴. Le parti ed i loro difensori, a fronte di un conflitto, agiscono congiuntamente per la soluzione della divergenza di opinioni in via amichevole, cooperando reciprocamente, nel rispetto dei principi di lealtà, buona fede e riservatezza. Ogni fase del processo di negoziazione deve essere accettata dalle parti mediante la sottoscrizione di atti interlocutori e dell'atto definitorio, con la certificazione dei rispettivi difensori: l'invito, la convenzione di negoziazione e l'accordo conclusivo costituiscono atti formali,

⁴ Per un approfondimento, v. M. GRADI, *La mediazione e la conciliazione delle controversie civili*, disponibile on-line all'indirizzo http://www.academia.edu/5507540/La_mediazione_e_la_conciliazione_delle_controversie_civili. Per una riflessione filosofica sulle forme di *Restorative Justice*, segnaliamo F. REGGIO, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, FrancoAngeli, Milano 2010; L. COMINELLI, *La risoluzione delle dispute. Prassi e teorie per la mediazione, il negoziato e il giudizio*, Franco Angeli, Milano 2012; v. anche S. GRECO MORASSO, *Argumentation in Dispute Mediation: A Reasonable Way to Handle Conflict*, John Benjamins, Amsterdam/Philadelphia 2011.

redatti in forma scritta, che attestano la formazione progressiva del consenso delle parti sul merito della controversia.

Il modello pragma-dialettico di discussione critica

Perché la negoziazione abbia successo, alle parti e ai loro difensori è chiesto di “argomentare”. Ora, le disposizioni del capo II del decreto legge 132/14 si risolvono principalmente nella prescrizione della “buona argomentazione”, senza ulteriori precisazioni. Fra i modelli argomentativi presenti in letteratura, ci sembra che il contenuto di questa prescrizione possa essere ricostruito efficacemente dal modello sistematico elaborato dalla scuola di Van Eemeren⁵, al quale intendiamo espressamente fare riferimento per meglio definire le regole della buona pratica della negoziazione assistita. L'opzione per la teoria pragma-dialettica, tra le altre teorie argomentative, è stata determinata dalla sua sistematicità, dalla precisione analitica delle sue fasi e, soprattutto, dal carattere “operativo” del modello elaborato, rispetto a presentazioni meno fruibili.

L'approccio argomentativo sviluppato da F.H. van Eemeren e R. Grootendorst dagli anni Ottanta considera l'argomentazione come un processo di comunicazione ed interazione tra le parti, nel quale occorre dare rilievo, oltre alla logica del ragionamento, ai fattori verbali, contestuali, situazionali e pragmatici che influenzano l'esito dello scambio di opinioni.

La prospettiva di indagine della scuola di Amsterdam presenta una duplice anima, resa manifesta dal nome della teoria, cd. “pragma-dialettica”: il modello è “dialettico” perché predispone un set di regole per la discussione ragionevole; è “pragmatico” perché il confronto si realizza in atti linguistici (*speech acts*)⁶. Il linguaggio è, infatti, ricondotto nell'ambito di una più complessa teoria dell'agire umano per la quale i soggetti non sono più riducibili in astratto a mittente/destinatario della comunicazione linguistica, ma si caratterizzano come parti intenzionali, razionali e sociali, che si prefiggono degli scopi comunicativi e che sostengono la propria posizione negli scambi

⁵ Per un approfondimento della teoria pragma-dialettica, ci limitiamo ad indicare le opere tradotte in lingua italiana: F.H. VAN EEMEREN - R. GROOTENDORST - P. VAN STRAATEN, *Leeren argumenteren met Vader en Zoon, En Spoedcursus in twintig lessen*, Antwerpen, Amsterdam 1996 [= *L'argomentazione a fumetti, corso accelerato in venti lezioni*, trad. it. a cura di A. GILARDONI, Mimesis, Milano-Udine 2009]; F.H. VAN EEMEREN - R. GROOTENDORST, *A Systematic Theory of Argumentation. The Pragma-Dialectical Approach*, Cambridge University Press, Cambridge 2004 [= *Teoria sistematica dell'argomentazione. L'approccio pragma-dialettico*, trad. it. a cura di A. GILARDONI, Mimesis, Milano-Udine 2008]; F.H. van EEMEREN - R. GROOTENDORST - A.F. SNOEK HENKEMANS, *Argumentation. Analysis. Evaluation. Presentation*, Erlbaum, Mahwah 2002 [= *Il galateo della discussione (orale e scritta)*, trad. it. a cura di A. GILARDONI, Mimesis, Milano-Udine, 2011]; F.H. Van EEMEREN, *In Reasonableness*, Rozenberg-SicSat, Amsterdam 2011 [= trad. it. a cura di M. MANZIN - S. TOMASI, in corso di pubblicazione].

⁶ Cfr. J.L. AUSTIN, *Come fare cose con le parole*, Marietti, Torino 2005; J. SEARLE, *Atti linguistici: saggi di filosofia del linguaggio*, Bollati Boringhieri, Torino 2009.

verbal, tra *arguing* e *convincing*⁷. Più recentemente, è stata introdotta nella teoria argomentativa di marca olandese la nozione di “manovra strategica”, integrando il modello con la componente retorica, sulla base del rilievo per cui, chi argomenta, non cerca solo la ragionevolezza, ma agisce per far emergere efficacemente la “propria” ragione.

Il punto di partenza dell'elaborazione teorica pragma-dialettica consiste nel rilevare la sussistenza di un conflitto di opinioni, idoneo a dare luogo ad uno scambio critico di vedute. Per essere critico, questo scambio di opinioni deve essere condotto in conformità a regole analitiche di discussione. Queste regole, nel loro complesso, formano una procedura di *problem-solving* imperniata sulla discussione e sono accettate intersoggettivamente dai partecipanti alla discussione. Il modello di discussione critica elaborato da Van Eemeren e Grootendorst indica cosa idealmente accade in uno scambio argomentativo di opinioni, non cosa di fatto accade. Ancorché ideale, ossia normativo, lo schema pragma-dialettico appronta chiari punti di riferimento per la ricerca empirica: esso costituisce, infatti, un mezzo per analizzare gli elementi della discussione, per identificare il ruolo delle parti nella soluzione della disputa e per verificare se la discussione sia svolta correttamente.

Il modello di comunicazione è bilaterale, cioè imperniato su due parti, il protagonista e l'antagonista. Protagonista è la parte che nella discussione avanza la tesi principale; mentre, antagonista è la parte che mette in questione la tesi principale. Il protagonista difende il proprio punto di vista, l'antagonista lo attacca; il primo tenta di convincere l'altro dell'accettabilità della propria tesi, il secondo solleva dubbi ed eccezioni.

Secondo questo approccio, la discussione critica si svolge in quattro fasi: il confronto, l'apertura, l'argomentazione e la conclusione.

Nella fase di confronto, le parti riconoscono che sussiste tra loro un conflitto di opinioni. Perché vi sia una discussione, si devono cioè riconoscere almeno due punti di vista (c.d. *standpoints*). Il primo stadio dello studio argomentativo richiede pertanto di individuare l'oggetto della disputa, cioè lo *standpoint* controverso tra le parti. Un'espressione verbale non costituisce di per sé stessa uno *standpoint*, ma lo è in ragione del contesto comunicativo in cui si inserisce. Lo *standpoint* è l'espressione di una determinata posizione, positiva o negativa, rispetto a una proposizione. Nell'identificazione dello *standpoint*, sono di ausilio i marcatori linguistici, che annunciano premesse e conclusioni di un ragionamento. In assenza di indicatori verbali, lo *standpoint* si riconosce pragmaticamente, attraverso le spie contestuali del contesto comunicativo di riferimento.

⁷ L'argomentazione, secondo i pragma-dialettici, è un tentativo di convincere l'interlocutore sull'accettabilità o inaccettabilità di una certa tesi. L'argomentare, in questo senso, è un complesso atto illocutorio; il convincimento conseguente è un atto perlocutorio. Un modello ideale di argomentazione deve indicare a quali condizioni un atto illocutorio possa avere efficacia perlocutoria corrispondente all'intenzione del parlante.

Alla fase di identificazione della divergenza segue la fase di apertura alla discussione. Le parti, protagonista e antagonista, stabiliscono le regole della discussione, individuano i punti di partenza condivisi, assumono i rispettivi ruoli, assegnano l'onere della prova. La discussione si apre quando entrambe le parti accettano di discutere secondo determinate e condivise regole.

La fase *dell'argomentazione* è quella in cui le parti presentano argomenti a supporto delle rispettive tesi. Le parti ragionano in opposizione, contro-argomentando sulle rispettive eccezioni e obiezioni.

Nella fase conclusiva le parti, congiuntamente, stabiliscono in che misura la divergenza di opinioni è stata risolta: se il protagonista ritira la tesi, la disputa è risolta a favore dell'antagonista; se l'antagonista ritira i suoi dubbi, la discussione si conclude in favore del protagonista. Il fine ultimo della discussione argomentativa è l'eliminazione della divergenza di opinioni. Vale a dire che, secondo il modello di van Eemeren, lo scopo dell'argomentazione non è la vittoria sull'interlocutore, ma la ricerca congiunta e cooperativa dei parlanti di una soluzione condivisa. Pertanto, gli esiti della discussione non sono determinati autoritativamente da un terzo, ma vengono dichiarati dalle parti stesse, in comune accordo.

Affinché sia risolto con successo il conflitto di opinioni, il modello pragma-dialettico prescrive che in ciascuna fase le parti debbano rispettare alcune regole codificate. La conclusione di una discussione critica è subordinata, infatti, al rispetto di un decalogo (c.d. «dieci comandamenti»⁸): la discussione fallisce quando protagonista e antagonista compiono mosse che, di fatto, impediscono l'esito solutorio violando una o più prescrizioni.

Rispetto ai crismi del decalogo, costituisce una fallacia qualunque mossa argomentativa che impedisca o ostacoli la risoluzione ragionevole di un conflitto di opinioni⁹. In base al codice pragma-dialettico, la mancanza di validità logica è soltanto una possibile causa di fallacia. Le regole codificate richiamano le parti ad agire con lealtà, correttezza e cooperazione, rispettando l'etichetta richiesta dal «galateo della discussione»¹⁰.

Senza entrare nel dettaglio di ciascuna prescrizione, ci limiteremo ad una cursoria rassegna del decalogo per evidenziare i precetti di buona condotta cui le parti dovrebbero, idealmente, attenersi.

Costituisce condizione di primo ordine, sancita dalla prima regola, la libertà di espressione degli interlocutori: è fatto espresso divieto di impedire alla controparte di avanzare o mettere in dubbio una tesi, affinché sia

⁸ F.H. VAN EEMEREN - R. GROOTENDORST, *Una teoria sistematica dell'argomentazione*, cit., pp. 116 ss.

⁹ F.H. VAN EEMEREN - B. GARSEN - B. MEUFFELS, *Fallacies and Judgments of Reasonableness: Empirical Research Concerning the Pragma-Dialectical Discussion Rules*, Springer, Dordrecht 2009.

¹⁰ Facciamo eco al titolo dell'edizione italiana del menzionato van Eemeren 2002.

sempre salvaguardata l'esigenza che le parti si confrontino senza costrizioni, pressioni o condizionamenti.

Il secondo comandamento impone alle parti di partecipare alla discussione responsabilmente, assumendosi l'obbligo di difesa della tesi presentata: chi avanza una tesi non può infatti rifiutarsi di difenderla qualora gli venga chiesto di farlo. Qualora le parti dichiarino opinioni contrapposte, questa regola onera ciascuna di esse ad un atto critico orientato ad una seria e non pretestuosa assunzione del proprio ruolo nella disputa.

La cd. "regola della tesi" impone alle parti il divieto di alterare la tesi originale: le obiezioni e le eccezioni devono essere proposte in relazione alla tesi che è stata effettivamente avanzata dal protagonista.

In ossequio alla quarta regola, non è consentito difendere una tesi attraverso qualcosa che non sia un argomento o attraverso un argomento che non sia pertinente per la tesi in questione.

La quinta regola introduce una garanzia rispetto agli elementi impliciti del discorso, ponendo a carico di ciascuna parte il divieto di attribuire premesse implicite in modo arbitrario e l'obbligo di assumersi l'onere della prova per le premesse lasciate inesprese.

Il sesto comandamento assicura che venga utilizzato in modo adeguato il punto di partenza: ciascuna parte ha l'obbligo di presentare come punto di partenza condiviso qualcosa che è effettivamente tale; da ciò deriva il divieto di assumere come premessa condivisa un luogo che non è accettato da ambo le parti.

La regola della validità richiede che l'argomento posto a base del ragionamento sia logicamente valido: la valutazione della forma del ragionamento è fatta in relazione allo schema del sillogismo ipotetico, sia esso espresso nella forma del *modus tollens* o del *modus ponens*.

L'ottava regola si richiama all'uso degli schemi argomentativi¹¹, prevedendo che un ragionamento non può dirsi condotto in modo conclusivo se non è utilizzato lo schema argomentativo appropriato o se non è stato applicato correttamente.

La nona prescrizione è chiamata anche "regola della conclusione": essa attiene espressamente alla fase risolutiva allorché l'argomentazione è stata completata e si tratta di trarne le conclusioni. Non è consentito, stabilisce la norma, continuare a sostenere una tesi che non sia stata difesa in modo conclusivo o continuare a dubitare di una tesi che sia stata difesa in modo conclusivo.

Infine, chiude il decalogo la regola generale dell'uso del linguaggio: essa si applica a tutte le fasi della discussione critica ed impone a ciascuna parte

¹¹ F. PUPPO - F. MACAGNO, *Argomentare in processo. Il "ragionamento per dicotomie" nella strategia difensiva*, in *Cultura e Diritti. Per una formazione giuridica*, 2/2013, pp. 47-59; Id., *Argomentare in processo. Il "ragionamento per dicotomie" nella strategia difensiva (parte seconda)*, in *Cultura e Diritti. Per una formazione giuridica*, 4/2013, pp. 63-73.

di non usare formulazioni insufficientemente chiare o talmente ambigue da creare confusione. Allo stesso tempo, impone di interpretare le argomentazioni avversarie con reciproca correttezza.

Alcune conclusioni

Per le ragioni che abbiamo detto, il modello di discussione pragma-dialettica si presta ad essere un valido strumento per l'analisi, la valutazione e la realizzazione della negoziazione assistita. La forma particolare della comunicazione negoziale e il suo contesto, diversi da quelli del processo giudiziale, si prestano infatti alla schematizzazione suggerita dagli studiosi olandesi.

Il confronto del modello teorico ideale con la disciplina normativa dell'istituto suggerisce inoltre una serie di regole da seguire nella pratica legale della negoziazione, il cui mancato rispetto mette a rischio l'esito della discussione e, più specificamente, la tenuta del sistema di gestione del conflitto alternativo al giudizio¹².

L'approfondimento del modello olandese consente di evidenziare alcune emergenze di ordine metodologico e deontologico che, senza pretesa di esauritività, proponiamo in chiave di riflessione critica.

La negoziazione può essere letta come una forma di discussione critica, cioè una modalità di composizione del conflitto nella quale il vaglio argomentativo-razionale delle ragioni contrapposte fa emergere quali di esse siano autenticamente condivisibili. La possibilità per un conflitto di trasformarsi in un dialogo, che appare essere costitutiva del nuovo istituto (e che presenta anche il maggior interesse filosofico), richiede di fuoriuscire dalla logica del conflitto e instaurare un confronto critico di ragioni e pretese.

Applicando il modello pragma-dialettico, la negoziazione assistita non si esaurisce nella fase argomentativa, ma è una modalità più complessa di attuazione di una ricerca di ragioni condivisibili tra le parti, al fine di impedire che la composizione del conflitto sia riservata alla volontà di un soggetto, dotato di potere decisionale coercitivo o di funzione conciliativa o promotrice del dialogo. Sono, cioè, le parti ad assumere un ruolo attivo nella procedura che si sviluppa in un confronto reciproco, volontario, consapevole e responsabile, delle posizioni, sì che la soluzione raggiunta sia accettabile e condivisa.

Sotto questo aspetto, risolvere un rapporto controversiale nel contesto di una giustizia partecipativa significa costruire una comunicazione tra le parti impostata in termini di assunzione di un comune *commitment*: evidenziare ciò che accomuna al di là delle differenze.

Il consenso nel merito della controversia passa, sia nel disegno normativo del decreto legge, sia nel modello ideale argomentativo, attraverso quattro fasi.

¹² Sul tema delle forme di giustizia partecipativa, si segnala: G. CONTE - V. VIGORITI (a cura di), *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, Giappichelli, Torino 2010.

È utile porre in risalto il parallelismo stretto tra le fasi dell'*iter* procedimentale delineato dal legislatore e le fasi della discussione critica teorizzata dalla pragma-dialettica.

- Il confronto muove dal riconoscimento di un conflitto di opinioni: è obbligo deontologico dell'avvocato informare la parte sulla possibilità (o sull'obbligo) di verificare e valutare modelli di soluzione del conflitto riconducibili al paradigma partecipativo, alternativi al processo. L'invito alla negoziazione presuppone la scelta per una gestione del conflitto nel quale l'intervento pubblico è ridotto ad un nucleo minimo di norme e assume prevalente rilevanza la dimensione dialettico-dialogica.
- La negoziazione ha inizio solo e se le parti condividono le regole di definizione consensuale della controversia. L'invito alla negoziazione deve essere formalmente accettato: solo con l'atto formale di convenzione di negoziazione la procedura può dirsi aperta. Le parti dichiarano e per l'effetto assumono, volontariamente, l'impegno di cooperare per una soluzione non etero-determinata, ma condivisa e accettata della disputa. Il soddisfacimento delle esigenze individuali di ciascuna parte non può perciò prevalere sul fine ultimo, che si identifica nella ricerca di una soluzione ragionevole della controversia. Se così non fosse, la negoziazione fallirebbe.
- L'argomentazione nella negoziazione è una sua parte vitale. Il modello pragma-dialettico propone una via per garantire nella pratica la partecipazione responsabile delle parti alla negoziazione e, in seguito, l'esecutività dell'accordo raggiunto dalle stesse, al di là di possibili misure coercitive.

Non basta un accordo iniziale tra le parti a porre fine al conflitto: è necessario che si instauri una virtuosa relazione di interazione e cooperazione in vista di una soluzione condivisa; è necessario che il consenso sugli esiti non sia giustificato da una generica sintonia emotiva (cd. *preference for agreement*), ma sia ragionevolmente giustificato.

- Un approccio informale e consensuale non può, infatti, portare ad una soluzione irragionevole della controversia. Se accogliamo la concezione pragma-dialettica di ragionevolezza, ragionevole è la discussione razionale ed appropriata nella situazione, in riferimento al contesto interpersonale. Detto altrimenti, la ragionevolezza non si misura solo per il rispetto delle regole della logica, ma sulla base del consenso in determinate situazioni comunicative. La ragionevolezza combina una dimensione analitica, che attiene al controllo logico della validità, ed una dimensione empirica, che riguarda l'accettabilità intersoggettiva. Dal punto di vista epistemico, questa concezione attribuisce rilievo all'accordo delle parti ma, per vero, si disinteressa della questione "aletica", senza porre in rilievo se la soluzione, ancorché condivisa dalle parti, possa qualificarsi come "vera".
- In questo modello, le parti dall'inizio alla fine agiscono non per vincere sul reciproco oppositore, ma per una definizione concordata della controversia. L'esito non è soggettivo, cioè dipendente dall'arbitrio di un soggetto o

dal maggiore coinvolgimento emotivo, ma è oggettivamente condivisibile perché ragionevole per entrambe le parti. Perché la negoziazione sia un'autentica dimensione del confronto, le parti devono riconoscere quali ragioni debbano essere conclusivamente accettate e quali abbandonate per gli argomenti che sono stati discussi.

Sullo sfondo di questo quadro normativo, si ritrova l'idea per la quale la negoziazione assistita, come autentica pratica di discussione critica, debba essere garantita dagli avvocati, la cui presenza è obbligatoria¹³.

Le disposizioni del Capo II introducono tre prescrizioni deontologiche per gli avvocati, che ne evidenziano la funzione: «informare il cliente all'atto del conferimento dell'incarico della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita» (art. 2, comma 7); «comportarsi con lealtà e di tenere riservate le informazioni ricevute» (art. 9, comma e comma 4-bis); divieto di assistere la parte nell'impugnare l'accordo alla cui redazione si è partecipato (art. 5, comma 4).

I precetti deontologici individuano un obbligo di condotta per tutto lo svolgimento della procedura: a ben vedere, le infrazioni disciplinari corrispondono a fallacie pragmatiche¹⁴, che possono essere commesse nella fase di confronto/apertura, nella fase di argomentazione e in quella conclusiva.

Il "galateo della discussione" è, dunque, una misura deontologica indispensabile per gli avvocati che intendano partecipare alla piena realizzazione del principio dialogico e del metodo argomentativo.

Vi è, infatti, uno stretto legame tra deontologia e metodologia¹⁵: in altre parole, il dover essere del buon avvocato (qui, nella negoziazione) implica l'adozione di un metodo argomentativo adeguato, espressione a sua volta di un fondamento esistenziale di natura dialogica.

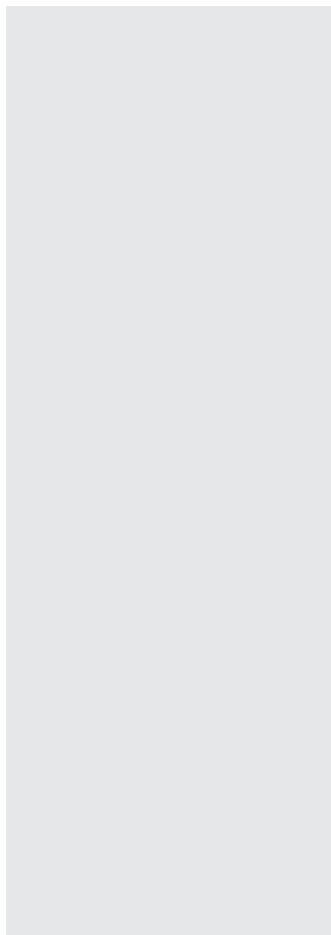
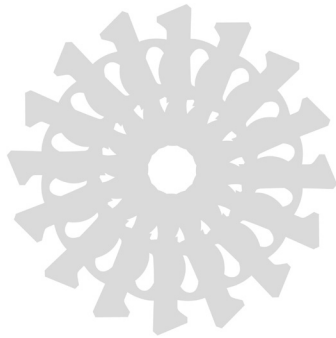
Fa parte dei doveri degli avvocati approntare le procedure logiche e rituali che siano effettivamente in grado di garantire una soluzione condivisa del conflitto. Gli avvocati sono così chiamati ad assicurare il dialogo: spetta a loro evitare che la negoziazione di interessi sia ridotta ad un gioco di forze e sia, invece, governata dalla razionalità argomentativa.

¹³ Sull'etica professionale, v. A.M. MARINI, *Promemoria per gli avvocati. Ragionare, scrivere, difendere i diritti*, Pisa University Press, Pisa 2014.

¹⁴ Cfr. F. D'AGOSTINI, *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Bollati Boringhieri, Torino 2010.

¹⁵ Per un approfondimento dei temi discussi nel presente contributo, si rinvia a M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Giappichelli, Torino 2014 (sulla congiunzione fra deontologia e metodologia, v. spc. *ivi* pp. 123-133).

DIRITTI UMANI E FONDAMENTALI



Riflessioni su possibili strumenti di ingresso protetto dei richiedenti protezione internazionale sul territorio europeo

a cura del Gruppo di studio Progetto Lampedusa*

A mani nude, senza altra scelta. Passo in rassegna i volti a uno a uno, la piazza universale delle donne e degli uomini che porto con me verso un altro mondo. Fratelli miei, non ci hanno vinti. Siamo ancora liberi di solcare il mare.

Luther Blisset, "Q"

L'Unione europea – pur a fronte di grandi dichiarazioni di principi, sacralizzate nella Carta di Nizza e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo – ha fino ad oggi affrontato la questione dell'ingresso sul territorio europeo di migranti e richiedenti protezione internazionale prevalentemente alla stregua di un problema di sicurezza, che si è tradotto in investimenti volti a rafforzare e a controllare la frontiera esterna dell'UE.

Intanto, dal 2000 al settembre 2014¹ le persone che hanno perso la vita nel tentativo di raggiungere l'Europa sono state almeno 22.000; nel solo 2014, sono 3.072 i migranti morti nel Mediterraneo, oltre il doppio rispetto al medesimo periodo del 2013.

Le persone che cercano di attraversare irregolarmente le frontiere europee sono nella maggioranza dei casi uomini, donne e bambini costretti ad abbandonare i loro Paesi in guerra o sottoposti a regimi brutali: provengono dal Corno d'Africa, dall'Africa Centrale, dall'Iraq e dall'Afghanistan, da quel che resta delle Primavere Arabe e, oggi, dalla Siria, Paese ove la guerra ha causato la morte di oltre 190.000 persone. Sono, nella grande maggioranza dei casi, persone che ai sensi della Convenzione di Ginevra e della Direttiva Qualifiche² avrebbero pieno diritto alla protezione internazionale.

* L'articolo è tratto da alcuni dei pareri redatti nell'ambito del Progetto Lampedusa. L'attività di collazione e sintesi è a cura di Caterina Bove, Francesca Cucchi, Chiara Pigato, Alice Ravinale. L'elenco dei partecipanti al Progetto è disponibile sul sito della Scuola Superiore dell'Avvocatura (www.scuolasuperioreavvocatura.it/progetto-lampedusa).

¹ Cfr. Rapporto *OIM Fatal Journeys: Tracking Lives lost during Migration*, presentato a Ginevra il 29 settembre 2014.

² Direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione).

La domanda è *naïve*, ma viene da sé: perché persone che il nostro sistema riconosce quali soggetti da proteggere rischiano ogni giorno la propria vita per varcare le nostre frontiere?

La risposta si trova nella stessa normativa europea³: i richiedenti asilo possono infatti presentare la loro domanda di protezione solo allorquando si trovino già sul territorio dell'Unione europea.

Il viaggio verso l'Europa è dunque il presupposto necessario per accedere all'asilo, e rimane, paradossalmente, affare dei migranti: e, come già osservato nel 1999, dal Consiglio europeo per i rifugiati e gli esiliati (ECRE) durante il Consiglio di Tampere «il miglior sistema europeo di riconoscimento del diritto d'asilo sarebbe comunque ben poca cosa, se alle persone in cerca di rifugio non è data alcuna possibilità di beneficiarne fino a quando non abbiano raggiunto la stessa Europa».

Per fermare, o quantomeno ridurre, la tragedia che avviene nel Mediterraneo da decenni e il traffico di migranti su cui prosperano le organizzazioni criminali sarebbe pertanto necessario e doveroso, come richiesto da tempo da molte ONG, superare l'attuale quadro normativo e riuscire ad approntare soluzioni strutturali – e non già emergenziali – volte a realizzare un meccanismo di tutela per i richiedenti asilo precedente, e non già successivo, agli oramai noti “viaggi della speranza”, che permetta agli stessi un accesso effettivo e sicuro alla protezione internazionale di cui sono riconosciuti titolari⁴.

Gli strumenti giuridici a disposizione delle istituzioni per contrastare tale paradosso esistono, e questo lavoro si propone di analizzarne brevemente le caratteristiche.

Prima di intraprendere la predetta analisi, è opportuno segnalare che, oltre alle gravi carenze relative alla possibilità di ingresso sul territorio europeo, l'azione dell'Unione e degli Stati membri – salvo alcuni casi virtuosi – si è dimostrata sinora insufficiente anche per ciò che riguarda il trattamento che viene riservato a coloro che riescono ad arrivare nel territorio europeo: gli standard di accoglienza non sono adeguati, il c.d. sistema Dublino ha creato una situazione di disuguaglianza sostanziale cui l'Unione non pare interessata a porre rimedio, i migranti sono spesso sottoposti ad una detenzione *de facto* e non esiste a livello normativo una strategia unica che garantisca, sostanzialmente, il rispetto e il riconoscimento della dignità di costoro, come singoli e nelle formazioni sociali.

³ Art. 3 Direttiva 2005/85/CE del Consiglio, modificata recentemente con Direttiva 2013/32/UE.

⁴ Cfr., per tutti, quanto dichiarato dal Direttore del CIR: «I flussi di chi è costretto a fuggire dalle persecuzioni non si possono fermare, per questo è indispensabile gestirli. La possibilità di richiedere asilo in Italia e nell'Unione Europea a oggi dipende dalla presenza fisica della persona nel territorio di uno Stato Membro. Ma le leggi europee costringono i richiedenti asilo a giungere in Europa in modo illegale, rischiando la vita» (C. HEIN intervistato da L. Eduati per l'*Huffington Post*, 3 ottobre 2013).

Con l'auspicata introduzione di procedure di ingresso protetto, non si potrà pertanto prescindere anche da un ripensamento, o addirittura un superamento, del sistema Dublino.

Il recente Regolamento UE n. 604/2013 (c.d. Regolamento Dublino III) che ha sostituito, abrogandolo, il Regolamento 343/2003/CE, pur recependo, almeno in parte, le garanzie sancite dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵, non ha modificato nella sostanza le procedure di determinazione dello Stato competente all'esame delle domande di asilo (i cosiddetti "criteri gerarchici").

Ancora adesso, dunque, il sistema Dublino assegna – nella maggior parte dei casi – la responsabilità di esaminare la richiesta di protezione internazionale (e di farsi carico della successiva accoglienza) allo Stato membro di primo arrivo del migrante, così determinando una forte pressione sui Paesi membri che si trovano ai confini dell'Unione europea.

In molti casi questi Paesi non hanno saputo (o voluto) apprestare condizioni di asilo e accoglienza adeguate, con il risultato che – si veda l'esempio della Grecia, della Bulgaria, ora anche dell'Italia – sempre più numerose sono state le pronunce giurisprudenziali che hanno annoverato questi paesi tra quelli "non sicuri".

A ciò si aggiunga che, più in generale, gli Stati membri adempiono agli obblighi internazionali relativi alla protezione dei rifugiati con modalità che spesso determinano significative differenze dei sistemi di accoglienza e delle possibilità di integrazione dei migranti.

Questa situazione ha di fatto creato, all'interno dell'Unione, un fenomeno di intensa mobilità – nuovamente irregolare – dei richiedenti asilo, i quali, nel tentativo di presentare domanda di protezione nel Paese in cui effettivamente vorrebbero stabilirsi, si trovano costretti ad attraversare illegalmente i territori degli Stati membri.

Tentando di sfuggire ai controlli di frontiera – molto spesso con l'ausilio di trafficanti, pagati a caro prezzo – gli stessi cercano di evitare di essere identificati e quindi di dover radicare l'*iter* per il riconoscimento della protezione in uno Stato membro in cui rischiano di veder violati i propri diritti fondamentali (si veda il caso della Grecia) o che non è in grado di garantire loro le tutele minime previste dalle normative europee, o ancora in cui non sarebbero in grado di trovare un lavoro che consenta loro una vita dignitosa.

In quest'ottica, da un lato, sarebbero auspicabili procedure di ingresso che consentissero di attribuire priorità, all'interno dei criteri gerarchici, alla volontà del richiedente, con elementi correttivi fondati su legami reali fra il richiedente

⁵ Corte Europea dei diritti dell'uomo, sent. *M.S.S. c. Belgio e Grecia* (21 gennaio 2011, ric. 30696/09); Corte di giustizia UE, *N.S. e altri* (21 dicembre 2011, procedimenti riuniti C-411/10 e C-493/10).

e lo Stato membro; dall'altro, si dovrebbe raggiungere una completa armonizzazione delle normative nazionali in materia di asilo con meccanismi efficienti volti a garantire solidarietà ed equità tra gli Stati, secondo quanto previsto dall'art. 80 TFUE, insieme ad un piano di azione non più lasciato alla discrezionalità degli Stati, ma fondato sull'obbligatorietà di un intervento europeo, in modo tale da garantire su tutto il territorio dell'Unione i medesimi standard di accoglienza.

Gli strumenti a disposizione dell'Unione Europea e dell'Italia

L'Unione europea e i singoli Stati membri hanno già avuto modo di sperimentare – al di fuori di un quadro normativo organico – modalità di riconoscimento della protezione internazionale che garantiscono in maniera enormemente più efficace la sicurezza fisica dei richiedenti asilo (nonché l'arrivo “ordinato” degli stessi, con conseguente possibilità di approntare più efficaci sistemi di accoglienza).

Si tratta in alcuni casi di strumenti utilizzati sinora soltanto per particolari situazioni di emergenza, in altri casi di modalità di riconoscimento dell'asilo che erano un tempo adottate da singoli Stati membri e che poi – proprio a causa delle politiche europee, per un beffardo fenomeno di eterogenesi dei fini – sono state dismesse.

Tali strumenti sono: *i)* le Procedure di Ingresso Protetto (PEP) *ii)* la prassi dei reinsediamenti, in inglese *resettlement*, promossa dall'UNHCR, *iii)* le operazioni di evacuazione umanitaria, anche dette “corridoi umanitari”; *iv)* un più pieno utilizzo delle possibilità previste dal sistema dei visti Schengen.

Nei prossimi paragrafi si approfondirà brevemente ciascuno di tali strumenti.

Le procedure di ingresso protetto (PEP)

L'espressione procedure di ingresso protetto (PEP) sta complessivamente ad indicare tutte quelle procedure che permettono allo straniero di richiedere la protezione internazionale ad un potenziale Stato ospite fuori dal territorio di quello Stato e, in caso di riscontro positivo a tale richiesta, di accedervi in tutta sicurezza e legalità.

Le procedure di ingresso protetto hanno dunque l'obiettivo di evitare gli ingressi illegali – e i viaggi nelle mani dei trafficanti ad essi connessi – dei richiedenti asilo nel territorio che dovrebbe, o potrebbe, riconoscere agli stessi la protezione internazionale. Tali procedure permettono altresì agli Stati ospiti di decidere preventivamente e ordinatamente, sulla base delle proprie capacità e possibilità di accoglienza, il numero e il tempo degli arrivi dei richiedenti asilo sul proprio territorio.

I luoghi naturalmente deputati – in assenza di specifici uffici – a raccogliere le richieste di ingresso e di protezione internazionale sono le ambasciate e i consolati presenti nello Stato di provenienza o di transito dei richiedenti asilo,

che andrebbero all'uopo preparate e rafforzate; il loro regime giuridico ovvia al problema – posto da alcuni – secondo il quale il richiedente asilo non potrebbe procedere alla richiesta direttamente nel suo Paese, poiché la “fuga” dal pericolo che tale Paese rappresenta per il richiedente asilo è un elemento essenziale per il riconoscimento della protezione internazionale.

Generalmente, nei casi in cui tale sistema è applicato⁶, le procedure di ingresso protetto sono disciplinate da leggi ordinarie che stabiliscono il ruolo delle ambasciate, il loro rapporto con le commissioni centrali che decidono circa l'accogliibilità della richiesta di protezione internazionale, la possibilità per il richiedente di entrare nel Paese ospite solo una volta ottenuta la protezione internazionale ovvero (come previsto dalla maggioranza delle PEP) anche nel caso in cui la richiesta risulti *prima facie* accoglibile, con svolgimento delle successive pratiche direttamente nello Stato ospite e con relativo – seppur temporaneo – permesso di soggiorno.

Tale regolamentazione delle PEP si distingue dall'asilo diplomatico vero e proprio che, invece, è un atto meramente politico deciso dalle autorità di uno Stato volta per volta per singoli individui⁷, salvo il caso unico dell'Olanda, che concede l'asilo diplomatico temporaneo anche a gruppi di persone in caso di eccezionale emergenza.

Il *resettlement*

Con reinsediamento o *resettlement* si indica quella procedura tramite la quale viene consentito ai richiedenti asilo di trasferirsi da luoghi non sicuri – per esempio, da campi profughi – a Stati che abbiano deciso di accordare agli stessi la protezione internazionale e il conseguente permesso di soggiorno.

Le procedure di *resettlement* sinora sono state sempre coordinate dall'UNHCR che stabilisce quali siano le persone che maggiormente necessitano di tale forma di tutela e si coordina con gli Stati che decidono di partecipare a tale programma.

Una importante procedura di *resettlement* è stata recentemente attivata dall'UNHCR a favore dei profughi siriani: come si legge in un comunicato dell'Alto Commissariato pubblicato in data 27 giugno 2014, dal 2013 ad oggi 33.837 persone sono state trasferite dalla Siria ed accolte in numerosi Paesi del mondo; con specifico riferimento ai rifugiati siriani, il Paese europeo più virtuoso è stato la Germania, che ha accolto oltre 20.000 persone. L'Italia rimane invece a zero.

Tale strumento sarebbe senza dubbio una soluzione durevole al problema in esame ma al momento è ancora poco utilizzato. Nel 2011 – ultimi dati globali diramati dall'UNHCR – le persone che hanno beneficiato della procedura

⁶ In Europa disponevano di Procedure di Ingresso Protetto l'Austria, l'Olanda, la Danimarca e la Svizzera.

⁷ Si vedano i recenti casi di Edward Snowden e Julian Assange.

di reinsediamento sono state 61.231 – ovvero soltanto l'1% di coloro che, sempre stando alle stime dell'Alto Commissariato, avrebbero diritto alla protezione internazionale – di cui 42.215 accolte dai soli Stati Uniti. In Europa, lo Stato più virtuoso nel 2011 è stato la Svezia (1.900 reinsediamenti), seguito da Danimarca, Finlandia, Olanda, Regno Unito; l'Italia in quell'anno ha reinsediato sul proprio territorio soltanto 151 persone. L'Unione europea si è dotata di un Programma comune di reinsediamento soltanto nel 2012.

I corridoi umanitari

Il termine “corridoio umanitario” convenzionalmente indica determinate zone che, in caso di conflitto, vengono demilitarizzate e protette da contingenti – normalmente delle Nazioni Unite – per permettere il passaggio di aiuti umanitari a popolazioni che si trovano in situazione di particolare emergenza. Il più vasto uso di corridoi umanitari è stato fatto in passato durante la guerra nei Balcani. I corridoi umanitari possono essere stabiliti anche con il fine di permettere l'evacuazione dei profughi da una zona di guerra o dai campi in cui costoro siano stati costretti a sostare e il loro trasferimento in Stati disposti ad accoglierli, nei quali gli stessi potranno avviare le pratiche per il riconoscimento della protezione internazionale.

Lo strumento è stato normalmente utilizzato sotto l'egida delle Nazioni Unite e ciò a causa della natura eminentemente negoziale dello stesso, che viene attivato in situazioni di eccezionale emergenza e che deve essere avallato – o imposto con la forza – anche dagli Stati o dai gruppi che quell'emergenza l'hanno creata. In linea teorica, in ogni caso, nulla impedisce che l'Unione europea o un singolo Stato possano attivare operazioni del genere senza il necessario – e difficoltoso – intervento dell'ONU, a patto però che l'UE o lo Stato in questione dispongano di un potere negoziale sufficiente per ottenere la creazione di un'area protetta in cui svolgere le operazioni di salvataggio dei profughi⁸.

I corridoi umanitari attivati sinora per l'evacuazione dei profughi hanno avuto alcune caratteristiche peculiari: la durata temporale limitata e precisa, il riferimento ad un particolare gruppo di persone in situazione di eccezionale emergenza (in rilievo vengono dunque le necessità di protezione del gruppo e non dei singoli), la preventiva fissazione di quote di rifugiati da ospitare da parte degli Stati disponibili all'accoglienza degli stessi.

Tali caratteristiche renderebbero lo strumento in questione certamente adatto ad alleviare temporaneamente la pressione ai confini dell'Europa e a

⁸ Sinora, la più grande operazione di evacuazione umanitaria è stata quella con cui, nel 1999, circa 90.000 profughi kosovari sono stati trasferiti dalla Macedonia a Stati disponibili all'accoglienza, che hanno altresì contribuito fisicamente allo spostamento dei profughi stessi. L'operazione fu organizzata dall'UNHCR con il supporto di contingenti militari degli stessi Stati che accolsero i profughi.

permettere la sicurezza di molti migranti che oggi si trovano in procinto di intraprendere il viaggio via mare o via terra: pare però d'altro canto evidente che le operazioni di evacuazione umanitaria, per le citate caratteristiche, non potrebbero essere uno strumento di risoluzione stabile della questione oggetto di esame, che non è legata ad un'emergenza temporanea ma ha assunto negli anni la forma di un fenomeno strutturale del nostro tempo.

Peraltro, la natura negoziale ed emergenziale di tale strumento, e dunque il fatto che il corridoio umanitario si attivi senza precise e prestabilite obbligazioni giuridiche in capo ai soggetti che lo realizzano, lascia alcuni dubbi circa il fatto che con tale modalità si possano garantire al meglio i diritti dei soggetti titolari di protezione internazionale.

Senza dubbio avere operazioni di evacuazione coordinate dalla Unione europea e con norme comuni a tutti gli Stati partecipanti sarebbe un passo in avanti verso l'affidabilità di tale sistema.

Nessuna operazione di evacuazione umanitaria è stata fino questo momento coordinata dall'Unione europea: si segnala però una recente comunicazione della Commissione, che invita le istituzioni europee a lavorare al fine di predisporre dei canali umanitari onde evitare quanto sta accadendo nel Mediterraneo (Com//2013/869); a tale Comunicazione non è però ad oggi seguito alcunché.

Il visto umanitario

Le procedure brevemente illustrate nei paragrafi precedenti rappresentano senza dubbio strumenti di straordinaria rilevanza per offrire una soluzione duratura ed efficace al problema oggetto di esame, ma, al momento, pare del tutto assente la volontà politica di procedere in tale senso.

Un'alternativa di maggiore fattibilità sia giuridica che pratica è offerta dalla stessa normativa europea: si tratta del visto c.d. umanitario che, se utilizzato, potrebbe limitare grandemente gli ingressi illegali – e i viaggi della speranza – in Europa.

La relativa disciplina è contenuta in due regolamenti europei, il Codice delle frontiere⁹ ed il Codice dei visti¹⁰ Schengen. Il primo, all'art. 5, par. 4, lett. c), prevede la possibilità per gli Stati membri di consentire l'ingresso per motivi umanitari anche a cittadini di Paesi terzi che non posseggano i requisiti per l'ingresso alle frontiere esterne previsti dal par. 1 dello stesso articolo. La rappresentanza diplomatica non dovrebbe farsi carico, così, della valutazione (anche sommaria) della domanda di protezione, ma si limiterebbe a rilasciare un visto per motivi umanitari, di durata limitata. La fattispecie è disciplinata

⁹ Regolamento (CE) N. 562/2006 del Parlamento e del Consiglio, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone.

¹⁰ Regolamento (CE) N. 810/2009 del Parlamento e del Consiglio, che istituisce un codice comunitario dei visti.

all'art. 25 del Codice visti, ove è espressamente prevista la possibilità per gli Stati Membri, in presenza di ragioni di carattere umanitario, di rilasciare un "Visto con validità territoriale limitata" in deroga alle disposizioni dell'art. 5 Reg. 2009/810/CE, il quale consentirebbe al richiedente di viaggiare in sicurezza verso il Paese cui intende chiedere protezione e di farvi ingresso allo scopo, appunto, di presentare la relativa richiesta.

La previsione di tale visto consentirebbe di anticipare le tutele per i richiedenti la protezione internazionale nei Paesi di origine e nei Paesi terzi, secondo i criteri individuati nelle direttive europee che regolano la materia. In una prospettiva più ampia la prerogativa andrebbe estesa ai c.d. profughi ambientali, ai richiedenti protezione umanitaria e alle vittime di tratta. Questi soggetti potrebbero affrontare il viaggio verso l'Europa in sicurezza ed evitare di mettere la propria vita e tutte le proprie speranze nelle mani dei trafficanti.

Quanto già sperimentato in alcuni Paesi – nell'ambito di legislazioni nazionali che prevedevano Procedure di Ingresso Protetto – consente di mettere in luce quali potrebbero essere le criticità più evidenti dell'utilizzo dello strumento in esame ma offre anche alcuni spunti sulle possibili soluzioni.

La presentazione della richiesta di tale visto nei Paesi di origine potrebbe essere resa impossibile agli aventi diritto da parte delle autorità statali responsabili delle persecuzioni o da parte di soggetti terzi che lo Stato non riesce a controllare e dai quali non riesce a difendere i propri cittadini.

Colui che fugge dal proprio Paese per il timore fondato di essere perseguitato dovrebbe perciò più verosimilmente presentare la relativa richiesta in uno Stato terzo, potenzialmente in uno Stato limitrofo.

In uno stadio iniziale dunque, gli uffici consolari addetti al rilascio di tali visti dovrebbero essere potenziati negli Stati limitrofi ai territori di provenienza dei richiedenti protezione, dove la situazione potrebbe divenire ingestibile se, una volta diffusa la notizia di tale possibilità, l'enorme afflusso di persone congestionasse l'attività delle ambasciate esponendo lo stesso personale interno al pericolo di ripercussioni.

Questa criticità potrebbe essere limitata prevedendo più sedi consolari adette al rilascio del visto e, all'interno di ogni sede, maggiore personale. Le procedure dovrebbero essere snelle, limitandosi ad un esame sommario delle situazioni e rimandando agli organi interni allo Stato di destinazione una valutazione più puntuale sulla singola condizione.

Una prospettiva di tal tipo ha speranza di funzionare solo in un panorama europeo e se gli uffici consolari di tutti o di una buona parte degli Stati membri impostassero il lavoro (almeno) in questi termini.

D'altra parte, in attesa che sia modificata la normativa europea rimane, in capo ai singoli Stati, la possibilità di adottare soluzioni che possano intanto rendere più sicuro e legale il viaggio verso l'Europa.

Infine, è necessario menzionare un ulteriore strumento a disposizione degli Stati membri dell'Unione europea, ovvero la Direttiva sulla Protezione Tempo-

anea (Direttiva 2001/55/CE del Consiglio). Tale normativa prevede la possibilità per gli Stati membri di concedere temporaneamente l'ingresso ed il soggiorno sul proprio territorio a gruppi di persone provenienti da aree in estrema emergenza. La normativa italiana ha recepito parzialmente le indicazioni della Direttiva con l'art. 20 del d.lgs. 286/98, che prevede il riconoscimento di una "protezione temporanea" ed il rilascio di un permesso di soggiorno provvisorio a persone giunte in numero elevato ed in situazione di emergenza, permesso rinnovabile fino a che l'emergenza perdura e non ostativo alla presentazione di una domanda di asilo da parte dei singoli. Da rilevare che la norma in questione è assai generale e la sua applicazione sinora è stata subordinata all'emana-zione, di volta in volta, di circolari ministeriali per ogni caso specifico. Questo è successo, per citare il caso più recente, in occasione dell'arrivo di un gran numero di cittadini tunisini all'indomani delle "Primavere arabe" nel 2011.

Lo stato delle cose nell'Unione europea e in Italia

Nonostante la presenza di strumenti giuridici già potenzialmente applicabili, l'Unione europea non ha ancora disposto procedure di ingresso protetto, che potrebbero rappresentare, insieme ad un migliore utilizzo del Codice Schengen, la più efficace soluzione al dramma degli arrivi illegali.

Molteplici sono state le Comunicazioni della Commissione e le Risoluzioni del Parlamento¹¹, volte a richiedere l'applicazione, in particolare, delle PEP e del *resettlement* ma, a livello normativo, i risultati sono stati minimi.

Un primo passo in avanti è costituito, senza dubbio, dal Programma Comune di Reinsediamento dell'Unione europea, approvato il 29 marzo 2012 dal Parlamento dopo tre anni di lavori della Commissione e del Consiglio. Tale programma permetterà la gestione europea delle procedure di *resettlement* e consentirà inoltre agli Stati membri coinvolti di ottenere il sostegno fornito dal Fondo Europeo per i rifugiati, ma ancora molto vi è da fare: il programma infatti è stato sinora applicato solo in via sperimentale e senza alcun obbligo per gli Stati Membri di parteciparvi.

Il c.d. Programma di Stoccolma ha inoltre fornito spunti per l'implementazione o la modifica delle normative oggi vigenti in tema di immigrazione, con il fine di garantire una migliore tutela dei diritti fondamentali.

Tali spunti sono stati in parte recepiti dalle nuove Direttive Qualifiche¹² e Procedure¹³ nonché dal nuovo Regolamento Frontex¹⁴.

¹¹ Si vedano in particolare Com/2000/0755, 2008/2305(INI), 2013/2827(RSP), Com/2013/869.

¹² Direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione).

¹³ Direttiva 2013/32/UE recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione).

¹⁴ Regolamento 656/2014/UE recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia Europea per la

Nonostante questo, le normative dei singoli Paesi sono assai lontane dall'armonizzazione indicata nel programma: nel territorio dell'Unione non esiste ancora, infatti, uno status uniforme di beneficiario della protezione e neppure un mutuo riconoscimento dei visti per soggiorno umanitario accordati nei singoli Stati e il divario tra obiettivi dichiarati e politiche per la loro concreta attuazione è divenuto sempre più ampio.

Quanto all'Italia – nonostante l'esistenza di strumenti giuridici potenzialmente efficaci, rispetto alle risposte strutturali volte a prevenire gli arrivi illegali, e non già a rimediarvi – la situazione è quanto mai arretrata.

Il nostro Paese non è infatti dotato di alcuna normativa che consenta di anticipare, all'estero, le tutele per chi richiede una protezione: l'Italia non ha mai avuto una PEP, né ha mai applicato il combinato disposto degli artt. 5 e 25 del Codice Schengen.

Anche la partecipazione dell'Italia a programmi di *resettlement* è stata assai limitata: come poc'anzi esposto, infatti, nel 2011 soltanto 151 persone sono state reinsediate sul territorio italiano e l'Italia non ha ad oggi aderito al programma di *resettlement* dei profughi siriani promosso dall'UNHCR.

L'ingresso sicuro dei richiedenti asilo in Italia è dunque sinora passato soltanto attraverso operazioni emergenziali di evacuazione umanitaria.

In particolare, l'Italia ha realizzato – tramite le proprie forze armate – operazioni di evacuazione umanitaria nel 1990 a favore degli albanesi, nel 1999 a favore dei kosovari (l'aviazione nei trasferì 5.000 dalla Macedonia all'Italia) e nel 2011 a favore di 108 eritrei e etiopi che si trovavano in Libia: tale ultima operazione umanitaria è di particolare interesse perché avvenuta sulla base di accordi negoziati direttamente dall'Italia e dalla Libia, su pressione del vescovo di Tripoli, e senza l'intermediazione delle Nazioni Unite.

Quanto ai provvedimenti urgenti, nel 1990 fu riconosciuta senza alcun passaggio intermedio la protezione internazionale ad alcune centinaia di albanesi che avevano occupato l'ambasciata italiana a Tirana; nel 1992, poi, fu adottata una normativa *ad hoc* (l. 390/1992) – peraltro assai poco utilizzata – che prevedeva una procedura specifica per l'accesso alla protezione internazionale da parte dei profughi provenienti dai Balcani (ma, in ogni caso, non facilitava in alcun modo l'ingresso di costoro nel territorio nazionale).

In tal senso, l'adozione, in Italia di un visto a validità territoriale limitata per fini umanitari, come disciplinato dal Codice Visti UE e dal Codice Frontiere Schengen, potrebbe intanto avviare una prassi positiva e sicura e non trascurabile dagli altri Stati membri e dalle istituzioni europee.

gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione Europea, che ha sostituito il Regolamento 1168/2011/UE, che ha modificato il Regolamento 2007/2004/UE istitutivo dell'Agenzia Europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione Europea.

Diritti umani, dignità e psicologia

Guglielmo Gulotta*

La dignità come “diritto ad avere diritti”

In questo periodo la tutela dei diritti umani è al centro dell'osservazione giuridica e sociopolitica.

La tutela di questi diritti ha assunto importanza cruciale, e l'argomento ha iniziato ad essere oggetto dei dibattiti non solo filosofici, ma anche pubblici, giuridici e politici, a partire dal secondo dopo guerra, quando sono stati promulgati Documenti internazionali in materia di diritti umani (si pensi alla Carta delle Nazioni Unite del 1945 e alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948) e ha iniziato a farsi strada l'idea che vi fosse «lesione della dignità umana se la persona concreta diventa oggetto, strumento, quantità fungibile»¹.

Quest'anno poi l'argomento risulta particolarmente centrale perché sono 250 anni che è stato pubblicato il testo di Beccaria “Dei delitti e delle pene”, un testo all'epoca innovativo, e oggi ancora attualissimo, strettamente attinente ai temi che stiamo affrontando perché analizza il problema della legittimità dell'azione statuale, l'importanza della certezza della pena sia in un'ottica utilitaristica, sia dal punto di vista della tutela del reo, condannando qualunque aspetto vendicativo della punizione.

I diritti umani proteggono diverse aree: la vita, la sicurezza personale, il riconoscimento come persona, la libertà di pensiero, di opinione, di espressione, di coscienza, di religione, di movimento, il diritto a un livello adeguato di vita, all'educazione, ecc.

Si tratta di diritti che interessano in termini più generali la tutela della personalità e hanno come comun denominatore la tutela della dignità umana, di cui si parla non solo nella nostra Costituzione (l'art. 3 stabilisce la “pari dignità sociale” di tutti i cittadini, mentre agli artt. 36 e 41 il concetto viene declinato in un'ottica di pari possibilità e in particolare l'art. 36 fa riferimento al diritto del lavoratore di ottenere una retribuzione “sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza dignitosa” e l'art. 41 individua la dignità umana come limite all'iniziativa economica privata), ma anche in numerose fonti internazionali

* Ringrazio Giulia Gasparini per l'aiuto offertomi nell'arricchire e nel trasformare la relazione *Psicologia giuridica e diritti umani*, presentata il 3 ottobre 2014 presso l'Università degli Studi di Padova nell'ambito del convegno *La psicologia forense oggi: rispetto delle prassi operative e dei diritti relazionali* in questo documento.

¹ G. DÜRIG, sub art. 1 n. 28, in *Grundgesetz Kommentar*, a cura di T. MAUNZ - G. DÜRIG, Verlag, München 1958.

(per citarne alcune, l'Atto Costitutivo dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura del 1945, la già citata Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, i Patti Internazionali sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, la Dichiarazione dell'UNESCO sulla razza e il pregiudizio razziale del 1978, il Corpo dei principi delle Nazioni Unite per la protezione di tutte le persone soggette a qualsiasi forma di detenzione o prigionia del 1988, la Dichiarazione Universale dell'UNESCO sul genoma umano e i diritti umani del 1997, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000, la Dichiarazione Universale dell'UNESCO sulla bioetica e i diritti umani del 2005).

La dignità rappresenta quindi il *fil rouge* dei diritti umani, anzi si configura come la “madre” stessa di tutti i diritti. Per dirla con le parole di Hannah Arendt, la dignità è “il diritto ad avere diritti”². E in effetti, leggendo le spiegazioni del Presidium³ all'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea («la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata»), sembra che la dignità costituisca il valore fondante degli stessi diritti dell'individuo. Si afferma infatti che «la dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali [...]». Ne consegue in particolare, che nessuno dei diritti sanciti nella presente Carta può essere usato per recare pregiudizio alla dignità altrui e che la dignità della persona umana fa parte della sostanza stessa dei diritti sanciti nella Carta. Non può pertanto subire pregiudizio, neanche in caso di limitazione di un diritto».

Il Presidium ha dato molta importanza alla dignità, tanto da “dedicarle” il Capo I della Carta all'interno del quale sono inseriti il diritto alla vita (art. 2), il diritto all'integrità fisica e psichica della persona (art. 3), la proibizione della tortura e delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti (art. 4), la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato (art. 5).

Tutele simili erano già state garantite all'interno della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (1950), che prevede il diritto alla vita (art. 2), il divieto della tortura (art. 3), il divieto di schiavitù e del lavoro forzato (art. 4), il diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 5), il diritto a un processo equo (art. 6), il principio del “nessuna pena senza legge” (art. 7) in base al quale «nessuno può essere condannato per un'azione/omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato», il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), la libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9), il divieto dell'abuso del diritto (art. 17). La Convenzione tutela altresì la proprietà (art. 1 - protocollo 1) e il diritto all'istruzione (art. 2 - protocollo 1), il divieto di imprigionamento

² Cit. in F. RESTA, *Dignità nella detenzione e sovraffollamento penitenziario. Note a margine del “decreto carceri”*, in *Cultura e Diritti. Per una formazione giuridica*, 1/2014.

³ Il Presidium della Convenzione Europea ha redatto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2007) e ha fornito delle spiegazioni agli articoli destinate a costituire uno strumento per l'interpretazione delle disposizioni della Carta medesima.

per debiti (art. 1 - protocollo 4), il diritto a un doppio grado di giurisdizione in materia penale (art. 2 - protocollo 7), il diritto di risarcimento in caso di errore giudiziario (art. 3 - protocollo 7), il diritto a non essere giudicato o punito due volte (art. 4 - protocollo 7) e l'uguaglianza degli sposi (art. 5 - protocollo 7), il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione (art. 1 - protocollo 12).

In generale, quindi, stando a quanto pubblicato sulle fonti internazionali, si può affermare che le concezioni di dignità sviluppatesi a partire dal secondo dopoguerra rimandano all'idea di dignità come qualcosa che esprime il valore intrinseco dell'essere umano in quanto tale, che è innegabile, uguale per tutti, insopprimibile, non graduabile. Tale valore oggettivo è innegabile e inderogabile al punto da essere sottratto alla libera disponibilità dell'individuo che ne è portatore, che non può validamente dismetterlo. Questo è quanto sostenuto da una sentenza del Consiglio di Stato Francese del 27 ottobre 1995, la cosiddetta "sentenza del lancio dei nani"⁴: la determinazione del valore oggettivo della dignità non è rimessa alla persona interessata, ma a un terzo, in questo caso il giudice. Nell'ipotesi di un conflitto tra l'accezione oggettiva e quella soggettiva della dignità, quindi, la seconda è inevitabilmente destinata a soccombere.

Esiste poi un altro aspetto della dignità, quella che può essere aumentata, o perduta, che rimanda all'onore, alla reputazione, e quindi all'auto percezione di sé e alla considerazione di sé negli altri, che varia al variare delle epoche e dei contesti.

Alla fine degli anni '60 avevo analizzato la relazione tra dignità e reputazione, nell'ambito di un lavoro sulla differenza concettuale che distingue l'onore dal decoro nella tutela della vita privata⁵: «mentre il concetto di onore comprende un aspetto soggettivo come sentimento che la persona ha della propria dignità e del proprio valore sociale, ed uno oggettivo inteso come opinione che gli altri hanno di lui [...], il concetto di decoro, come suggerisce anche l'uso corrente della parola, appare invece principalmente informato in senso oggettivo». Risulta allora

⁴ Si tratta del caso riguardante lo spettacolo del "lancio del nano", praticato nelle discoteche francesi e consistente nella possibilità riservata agli spettatori di utilizzare come "proiettili" le persone affette da nanismo, lanciandole il più lontano possibile. Il Consiglio di Stato ha affermato che, nonostante fossero state assicurate misure di sicurezza volte a escludere rischi per l'incolumità fisica del soggetto e ancorché il nano avesse liberamente scelto di prestarsi allo spettacolo (invocando il diritto al lavoro e la libertà di impresa e di commercio), utilizzare come "proiettile" un soggetto affetto da handicap fisico, presentato come tale, lede la dignità della persona umana. In M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Direitos Fundamentais & Justiça*, 11/2010.

⁵ G. GULOTTA, *Il concetto di decoro e la tutela della vita privata*, in *L'indice penale*, 1968, pp. 137-141; in *Il Diritto alla riservatezza e la sua tutela penale*, Giuffrè, Milano 1970 (Atti del Congresso di Varenna, 5-7 settembre 1967); in *Psicopatologia e Delitto*, Giuffrè, Milano 1971.

che «il decoro tocca la pura dignità a dir così esteriore dell'individuo, da qualsiasi lato la si consideri (fisica, intellettuale, patrimoniale eccetera) in quanto non tramodi, non degeneri a vulnerare l'onore»⁶. Concludevo che «l'individuazione del concetto di decoro mentre da un lato, dunque, permette di estendere la tutela della reputazione, dall'altra difende una parte della vita privata dell'individuo». L'articolo proponeva una disamina di concetti ancora oggi al centro di importanti pronunce giurisprudenziali: la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è espressa lo scorso maggio sul tema del diritto all'oblio, stabilendo che i cittadini europei hanno il diritto di richiedere ai motori di ricerca di internet l'eliminazione delle pagine e dei link che rimandino a informazioni che li riguardano se queste sono «non adatte, irrilevanti o non più rilevanti», poiché la rievocazione di fatti che non sortiscono più l'interesse pubblico costituisce, invece, una violazione della privacy dell'individuo. Anche i nostri giudici di legittimità si sono espressi relativamente all'importanza del diritto alla riservatezza affermando che tale diritto è strettamente attinente al nucleo essenziale dei valori di personalità, in assenza dei quali la persona «non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana»⁷ (sent. n. 366 del 23 luglio 1991).

Se una prima concezione di dignità come valore intrinseco all'essere umano può essere considerata oggettiva, la seconda rimanda senza dubbio ad aspetti soggettivi e tale distinzione sembra sussistere anche nel mondo giuridico: la dignità oggettiva è alla base del riconoscimento dei diritti umani e costituisce (o dovrebbe costituire) un freno alle interferenze di terzi, Stato compreso, nella vita intima delle persone; la dignità soggettiva, invece, rimanda alla possibilità di raggiungere e realizzare (o almeno al tentativo di) i propri obiettivi e dunque alla necessità che lo Stato fornisca a tutti i cittadini i mezzi di base per poter attuare tale tentativo. La capacità di impegnarsi e tentare di migliorarsi dipende senz'altro dalla dotazione naturale di ciascuno, ma risultano fondamentali le risorse esterne: i governi devono pertanto assicurare quelle basi economiche, sociali, politiche e culturali a che ognuno abbia almeno il minimo per tentare di realizzare le proprie mire⁸.

Pare quindi che vengano contemplate sostanzialmente due espressioni, due manifestazioni, della dignità: da un lato, una dignità da preservare e tutelare, dall'altro una dignità da promuovere e accrescere. Aspetti inscindibili e per certi versi non gerarchizzabili in quanto espressioni del medesimo principio. Questo duplice aspetto è ben rintracciabile nel Preambolo della Carta delle Nazioni Unite, in cui l'ONU esplicita di avere l'obiettivo di «riaffermare la fede nei diritti

⁶ E. FLORIAN, *Ingiuria e diffamazione*, SEI, Milano 1939, p. 880.

⁷ G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari. Quaderni del Dipartimento di scienze giuridiche*, Quaderno 2, Università Cattolica del Sacro Cuore, sede di Piacenza, Libellula Edizioni, Tricase (LE) 2010.

⁸ M.C. NUSSBAUM, *Human Dignity and Political Entitlements*, in *Human Dignity and Bioethics*, essay commissioned by the President's Council on Bioethics, Washington DC 2008, pp. 350 ss.

fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana, nella eguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne», ma anche di «promuovere il progresso sociale ed un più elevato tenore di vita in una più ampia libertà» Allo stesso modo, nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo si sottolinea come «il riconoscimento della dignità intrinseca e dei diritti uguali e inalienabili di tutti i membri della famiglia umana è il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo» (Preambolo) e come «tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti» (art. 1), ma si sottolinea anche che «ogni individuo [...] ha diritto [...] alla realizzazione, attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale [...], dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità e al libero sviluppo della sua personalità» (art. 22) e che una «remunerazione equa e soddisfacente» può assicurare «a lui stesso e alla sua famiglia un'esistenza conforme alla dignità umana» (art. 23). Considerando poi altri contesti, si evince come l'istruzione concorra «al pieno sviluppo della personalità umana e al senso della [...] dignità» (Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, art. 13), e come «tutte le persone sotto ogni forma di detenzione o imprigionamento devono essere trattate in modo umano e con il rispetto per la dignità inerente della persona umana» (Corpo dei principi delle Nazioni Unite per la protezione di tutte le persone soggette a qualsiasi forma di detenzione o prigionia, principio 1).

I riferimenti normativi indicano quindi da un lato l'esigenza di tutelare e proteggere quel nucleo inviolabile proprio di ogni essere umano, dall'altro l'importanza di promuovere le potenzialità e le capacità di ogni individuo. Se l'individuo spinge verso forme di realizzazione personale socialmente accettate, le esigenze di tutela e di promozione sono rivolte nella stessa direzione; in caso contrario, si pone il problema di capire fino a che punto vada tutelata la spinta allo sviluppo dell'individuo, senza tuttavia violare i diritti di altri, e talvolta anche dell'individuo stesso (come accaduto nel caso del “lancio dei nani”).

La dignità quindi non consiste solamente nel principio da cui discendono altri diritti, ma si configura anche come fonte di doveri, divieti e responsabilità, ed è un valore che costituisce la “bussola” per i giudizi sulle condotte⁹. La dignità diventa allora un limite alla discrezionalità del legislatore non come effetto di un bilanciamento, ma come bilancia essa stessa¹⁰.

La dimensione sociale della dignità è quindi evidente: «la dignità [...] ha contenuto valoriale non soltanto in riferimento all'essere umano in quanto tale, ma anche con riguardo all'essere umano nella sua vita di relazione e, più in generale, all'essere umano come soggetto della società in cui vive [...]. Si tratta di una dimensione che supera la tutela dell'individuo, per cogliere quest'ultimo

⁹ D. BEYLEVELD - R. BRONSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford University Press, Oxford 2001.

¹⁰ M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Direitos Fundamentais & Justiça*, 11/2010, aprile/giugno.

nei suoi rapporti con gli altri. La “dimensione sociale” della dignità trova [...] un ampio ed esplicito riconoscimento all’interno della Costituzione»¹¹.

Nonostante le numerose menzioni del concetto di dignità in varie fonti internazionali, il suo significato resta però ancora piuttosto vago e il tentativo di definizione espone a non poche difficoltà. Nemmeno il “suggerimento” di Wittgenstein, che sostiene che per comprendere il significato di una parola o di un concetto «si deve guardare al suo impiego e imparare da esso» sembra rendere il compito meno gravoso.

Schachter ritiene che il significato intrinseco della dignità umana «è lasciato a una comprensione intuitiva, condizionata in larga misura da fattori culturali. Quando è stato invocato in situazioni concrete, si è generalmente assunto che una violazione della dignità umana possa essere riconosciuta anche se il termine astratto non può essere definito»¹². In qualche modo, quindi, «proprio l’indeterminatezza della dignità e la molteplicità dei significati attribuiti a tale concetto aiutano a comprendere perché in alcune circostanze si è fatto ricorso alla dignità come elemento rafforzativo e/o specificativo di altri diritti, mentre in altre situazioni la dignità è stata utilizzata in modo autonomo, quale limite di diritti anch’essi costituzionalmente garantiti, o perfino come un diritto nuovo, che giustifica pretese risarcitorie in caso di lesione»¹³.

Anche Zagrebelsky, recentemente, ha pubblicato un articolo¹⁴ in cui sottolinea come il costrutto della dignità sia stato protagonista in tutte le Costituzioni e le Carte internazionali, a partire dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, nonostante la difficoltà di definizione: «ma il fatto che d’un concetto si possa fare un uso tanto largo e, soprattutto, incontestato, è un segno di forza o di debolezza del concetto stesso? Purtroppo, di debolezza: tanto più il concetto è generale e astratto, tanto meno è determinato in particolare e in concreto».

Psicologia della dignità

«Ciò che è davvero fondamentale, per ciò stesso non può mai essere posto, ma deve sempre essere presupposto»¹⁵. In effetti, appare chiaro come i giuristi, pur

¹¹ M. BELLOCCI - P. PASSAGLIA, *La dignità dell’uomo quale principio costituzionale*, Quaderno predisposto in occasione dell’incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Roma, Palazzo della Consulta, 30 settembre - 1 ottobre 2007.

¹² O. SCHACHTER, *Human Dignity as a Normative Concept*, in *The American Journal of International Law*, 1983, p. 77.

¹³ G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari. Quaderni del Dipartimento di scienze giuridiche*, Quaderno 2, Università Cattolica del Sacro Cuore, sede di Piacenza, Libellula Edizioni, Tricase (LE) 2010.

¹⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il valore della dignità, quella fragile barriera contro la barbarie*, in *la Repubblica*, 12 settembre 2014.

¹⁵ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992, p. 3.

utilizzando largamente il concetto di dignità, non hanno mezzi per fornirne una definizione.

È allora la psicologia che può offrire contenuto al costruito, fornendo un utile contributo partendo dalla considerazione che la dignità, configurandosi come “madre” dei diritti umani, è strettamente connessa a quegli aspetti psicologici di autostima, autorealizzazione, auto percezione, reputazione, che, fino a oggi, non sono stati oggetto di una valutazione sistematica, pur avendo importanti implicazioni sul piano giuridico e pubblico.

E sono in particolare le teorie proposte dalla psicologia del Sé a fornire spunti di riflessione di rilievo.

Le teorie della psicologia del Sé considerano infatti il Sé come il prodotto di un’interazione sociale che si costituisce a partire da un rispecchiamento: Cooley¹⁶ parlava di *Sé rispecchiato* (*The Looking Glass Self*) per indicare quella parte di noi che si crea «dalla rifrazione della nostra immagine deviata e moltiplicata dallo sguardo e dalle parole degli altri»¹⁷. Noi sviluppiamo la nostra conoscenza di noi stessi sulla base della percezione che abbiamo di come gli altri ci vedono, e attraverso gli altri riceviamo, come in uno specchio, un’immagine riflessa di noi stessi che poi interiorizziamo e utilizziamo per creare il nostro personale concetto di noi: «ciascuno come in uno specchio riflette l’altro che passa. Come vediamo riflessi nello specchio il nostro volto, la nostra figura, il nostro vestito ed essi ci interessano perché sono nostri, e siamo soddisfatti oppure no a seconda che essi corrispondono o non corrispondono a ciò che a noi piacerebbe che fossero, così con l’immaginazione cogliamo nella mente di un altro un certo modo di considerare il nostro aspetto, i nostri comportamenti, i nostri obiettivi, le nostre azioni, il nostro carattere, i nostri amici e così via e da tali considerazioni siamo in vario modo influenzati»¹⁸. Da ciò deriva che la nostra reputazione è un «potente sistema di retroazione del sé su se stesso che costituisce l’identità sociale e che integra nell’auto percezione come ci vediamo visti»¹⁹.

Come dice un proverbio africano «le persone sono persone attraverso altre persone».

È da questa dimensione sociale che nascono la vergogna, l’imbarazzo, l’orgoglio, l’autostima... e l’ansia connessa a questi sentimenti dipende proprio dal fatto che non possiamo “controllare” gli altri, anche se in realtà non si tratta semplicemente dell’opinione altrui, quanto piuttosto di ciò che noi crediamo che sia l’opinione che gli altri hanno su di noi, che cerchiamo di modificare e influenzare, all’interno di un complesso gioco cognitivo in base al quale «cer-

¹⁶ C.H. COOLEY, *A Study of the Early Use of Self-Words by a Child*, in *Psychological Review*, 15/1908, pp. 339-357.

¹⁷ G. ORIGGI, *Noi, confusi dalla nostra reputazione*, in *Il Sole 24Ore*, 7 settembre 2014, p. 34.

¹⁸ C.H. COOLEY, *Social Organization: A Study of the Larger Mind*, Charles Scribner's Sons, New York 1909, pp. 25-31.

¹⁹ G. ORIGGI, *op. cit.*

chiamo di manipolare le rappresentazioni che gli altri si fanno di noi partendo da un'idea che ci siamo fatti di queste rappresentazioni»²⁰.

Secondo Goffman, il Sé, dati i suoi aspetti sociali, ha bisogno di una validazione interpersonale al punto che gli altri costituiscono la fonte stessa dello sviluppo della nostra mente e del nostro Sé²¹. È per questo che le persone si comportano come attori su un palcoscenico, selezionando cosa mostrare agli altri e cosa nascondere dietro le quinte²², e ciononostante l'impressione che una persona desidera dare agli altri non è necessariamente uguale all'impressione che l'altro percepirà: l'individuo, infatti, durante gli incontri sociali «tende a trattare i presenti sulla base delle impressioni che essi in quel momento danno per ciò che riguarda il loro comportamento passato e futuro»²³.

La dignità, quindi, anche come difesa e protezione di noi, della nostra autostima, della nostra “faccia” intesa come quell'immagine pubblica che ogni persona vuole avere²⁴, come quel costrutto sociale che fa riferimento a identità socialmente situate che la gente si attribuisce o attribuisce agli altri. Per Goffman il termine faccia può essere definito come il valore sociale positivo che una persona rivendica per se stessa mediante la linea che gli altri riterranno che egli abbia assunto durante un contatto particolare. Per faccia si intende quindi un'immagine di se stessi, delineata in termini di attributi sociali positivi; un'immagine, tuttavia, che gli altri possono condividere²⁵. Esistono varie espressioni verbali e strategie comunicative a cui spesso ricorriamo per confermare, promuovere o mettere a repentaglio quelle identità: “salvare la faccia”, “metterci la faccia”, “perderci la faccia”²⁶... Anche Skinner utilizza l'espressione “salviamo la faccia” all'interno del suo testo *Oltre la libertà e la dignità*²⁷: «opponiamo resistenza a ogni condizione in cui il nostro comportamento sminuisca la nostra dignità [...]. Cerchiamo di procurarci meriti attribuendo alla nostra condotta ragioni meno impellenti di quelle reali»; «salviamo la faccia riconducendo il nostro comportamento a cause meno visibili o meno efficaci [...]. Diamo modo alla gente di salvare la faccia accettando le spiegazioni che dà del proprio comportamento per quanto inverosimili possano essere».

Noi ci percepiamo come capaci o meno di affrontare un compito, risolvere un problema, gestire una situazione, ingaggiarci in una relazione: questo di-

²⁰ G. ORIGGI, *op. cit.*

²¹ P. ASHWORTH, *Psychology and “Human Nature”*, Psychology Press, Hove 2000.

²² E. GOFFMAN, *The Presentation of Self in Everyday Life*, Doubleday, New York 1959.

²³ E. GOFFMAN, *Interazione strategica*, il Mulino, Bologna 2009, p. 285.

²⁴ E. GOFFMAN, *On Face-Work: An Analysis of Ritual Elements in Social Interaction*, in *Psychiatry*, 18/1955, pp. 213-231.

²⁵ E. GOFFMAN, *Relations in Public: Microstudies of the Public Order*, Harper and Row, New York 1971.

²⁶ L. DE CATALDO NEUBURGER - G. GULOTTA, *Sapersi esprimere. La competenza comunicativa*, Giuffrè, Milano 2009.

²⁷ B.F. SKINNER, *Oltre la libertà e la dignità*, Mondadori, Milano 1971, pp. 64-66.

pende dal nostro senso di autoefficacia percepita²⁸, cioè quel complesso di nostre aspettative e credenze personali, riassumibile come “sapere di saper fare” che ha conseguenze comportamentali e che costituisce uno degli aspetti principali della conoscenza di sé. Ognuno di noi, infatti, immagina per se stesso un progetto: Sartre²⁹ riteneva che la realtà umana andasse vista nei termini delle finalità che l'individuo si propone, ponendo l'accento sugli obiettivi piuttosto che sulle cause. L'individuo non dovrebbe essere ostacolato nella realizzazione di questo suo progetto, perché sono proprio gli eventuali ostacoli a costituire un attacco alla dignità e all'autorealizzazione personale, che nell'ottica di Maslow costituisce la spinta dell'uomo a diventare migliore, a crescere, una volta che tutti gli altri bisogni sono stati soddisfatti: «un uomo deve essere ciò che è capace di fare. Egli deve essere coerente con la propria natura. L'autorealizzazione è un desiderio di diventare sempre più ciò che si è idiosincronicamente, di diventare tutto ciò che si è capaci di diventare»³⁰.

Sembra dunque che gli esseri umani siano ostaggio del prossimo e che la dignità personale possa essere messa a repentaglio dalla condotta altrui. Insomma, “l'inferno sono gli altri” come dirà Garcin nel dramma di Sartre *A porte chiuse* (1944) e la lesione della dignità, allora, è una lesione del Sé in quanto costruito che implica caratteristiche interne e esterne: non si tratta solo di come io mi vedo, ma anche di come sento che gli altri mi vedono. Questa dinamica è resa magistralmente nell'opera pirandelliana *La patente* (1917) e ben riassunta nell'opera *Ciascuno a suo modo* (1924), quando Diego afferma: «ma lo vuoi capire che la tua coscienza significa appunto ‘gli altri dentro di te’?».

Lesioni della dignità

Le violazioni della dignità, in questi termini, hanno a che fare con l'umiliazione, con la mortificazione. Pur non esistendo una classificazione ufficiale di atti che possono ledere tali aspetti personali, esiste di certo una consistente similarità interculturale, benché l'umiliazione dipenda dal contesto e sia soggetta alle personali visioni del mondo. In generale, si fa riferimento a tutte quelle azioni che sminuiscono una persona sul piano fisico, psicologico, simbolico, pubblico: la violenza fisica, l'esclusione sociale, la diffamazione, l'insulto, la violazione del diritto al nome proprio, la diminuzione dello status sociale rispetto ai pari, porre in essere comportamenti che determinino la sopraffazione fisica di qualcuno (ad es. costringendo una persona a strisciare, a inginocchiarsi, tenerla al guinzaglio, esporla pubblicamente senza vestiti...), la discriminazione sulla base del sesso, della fede religiosa o dell'appartenenza a un gruppo.

²⁸ A. BANDURA, *Self regulation of motivation an action through internal standards and goal systems* (1989), cit. in G. GULOTTA, *La vita quotidiana come laboratorio di psicologia sociale*, Quaderni di psicologia, Giuffrè, Milano 2008.

²⁹ J.P. SARTRE, *Critica della ragion dialettica*, Il Saggiatore, Milano 1960.

³⁰ A. MASLOW, *Motivazione e personalità*, Armando, Roma 1954.

Consideriamo anche che la violazione di questi aspetti non necessariamente è determinata da un comportamento, ma anche da atteggiamenti passivi o omissivi che possono parimenti determinare vergogna e umiliazione quali la trascuratezza o l'esclusione sociale³¹.

Una lesione dell'autostima e del senso della propria autoefficacia si rileva anche quando una determinata risposta, passiva o attiva, non incontra le aspettative dell'individuo: si tratta di non riconoscimenti, di una mancanza di riscontro da parte degli altri e la negazione del riconoscimento sociale è alla base dell'esclusione.

A questo proposito occorre fare riferimento al concetto del ruolo sociale, determinato dal complesso dei comportamenti che le persone si attendono da parte nostra, mentre lo *status* è riferito al complesso dei comportamenti che noi ci attendiamo legittimamente da parte degli altri: «il ruolo che l'individuo assume si manifesta nella sua condotta concreta e dipende, per gran parte, dal modo in cui egli percepisce i ruoli dei suoi "partner" sociali, nonché dalla posizione in cui si pone nei loro confronti. Un aspetto particolare di questi fenomeni è costituito dall'"attesa di ruolo". Quando incontriamo una persona di cui conosciamo lo stato sociale, ci aspettiamo che si comporti in una data maniera. Una discordanza tra il ruolo atteso e il ruolo percepito, cioè quando il 'partner' non si comporta come era previsto, produce una difficoltà nell'adattamento delle relazioni interpersonali»³².

Skinner³³ annovera tra le possibili lesioni della dignità «ogni prova del fatto che il comportamento di una persona può essere attribuito a circostanze esterne», che si traduce nella privazione del riconoscimento del proprio merito, perché «riconosciamo la dignità o il valore di una persona quando le attribuiamo il merito di aver fatto quello che ha fatto. Il merito che le attribuiamo è inversamente proporzionale all'evidenza delle cause del suo comportamento». Ritene, per esempio, che «di tanto in tanto i progressi nella tecnologia fisica o biologica, diminuendo le probabilità di procurarsi riconoscimenti di merito o ammirazione, hanno dato l'impressione di minacciare il merito o la dignità», come accade per la scienza medica, che «ha diminuito la necessità di soffrire in silenzio e la possibilità di essere ammirati per questo».

Il contributo della psicologia si rivela quindi utile da molteplici punti di vista. La considerazione di base secondo cui la violazione della dignità è connessa alla lesione di alcune dimensioni psicologiche può orientare la presa di decisioni giuridiche in casi complessi, così come può stimolare riflessioni in chi è chiamato a "decidere" della vita delle persone (giudici, politici, legislatori) rispetto agli effetti che tali decisioni sono in grado di determinare, favorendo la promulgazione di norme e leggi sempre più dirette alla tutela e alla promozione del benessere

³¹ D. SHULTZINER - I. RABINOVICI, *Human Dignity, Self-Worth, and Humiliation: A Comparative Legal-Psychological Approach*, in *Psychology, public policy and law*, 18-1/2012, pp. 105-143.

³² G. GULOTTA, *Il concetto di decoro e la tutela della vita privata*, cit.

³³ B.F. SKINNER, *Oltre la libertà e la dignità*, Mondadori, Milano 1971, pp. 58-75.

umano³⁴. In taluni casi, la necessità della persona di essere riconosciuta come tale e la tutela della sua autostima, della sua autoefficacia, possono rivelarsi più importanti dell'aspetto strettamente legale della disputa: in tali situazioni, infatti, gli aspetti psicologici sono alla base della risoluzione del conflitto e della giustizia, e la dignità diviene pertanto assimilabile proprio al recupero dell'autostima poiché il trauma della vittima è dato proprio dalla mancanza di rispetto.

Ciò potrebbe incrementare il nostro senso di giustizia: noi tendiamo a pensare che il mondo sia giusto³⁵ cioè che il mondo sociale sia governato da principi di giustizia in base ai quali ciò che otteniamo è meritato e meritiamo quello che abbiamo, quindi quello che accade è corretto e le decisioni che vengono prese nei nostri confronti sono giuste. Se non avessimo queste credenze e ritenessimo il mondo sociale intrinsecamente ingiusto, esso diventerebbe imprevedibile, non controllabile.

La violazione di questa credenza costituisce una lesione della dignità. L'aspetto psicologico del sentimento di giustizia è alla base della cosiddetta *aequitas*, che ci permette di capire perché accettiamo certe regole e perché in certe occasioni non le rispettiamo o addirittura le osteggiamo. In una prospettiva evoluzionistica, alla base del senso di giustizia c'è qualcosa che rimanda alla generosità come conseguenza dell'opportunismo sociale: gli ominidi si sono resi conto che l'unico modo per sopravvivere era cooperare e che i comportamenti egoistici e individualistici avrebbero messo a rischio la sopravvivenza. La dimensione sociale del sentimento di giustizia attiene al concetto di confronto³⁶ e quindi, ancora una volta, agli altri: compariamo la nostra attività con quella altrui e in base alle nostre percezioni valutiamo se la giustizia può essere considerata egualitaria oppure no.

Skinner³⁷ sostiene che «gran parte della letteratura della dignità si occupa della giustizia e del problema se premi e punizioni siano stati assegnati meritatamente. Quando si considera se una punizione sia stata inflitta meritatamente sia la libertà sia la dignità sono in gioco. Aspetti economici entrano nella letteratura della dignità nel determinare un prezzo giusto o un giusto salario. La prima protesta del bambino: "Non è giusto", si riferisce di solito alla grandezza di un premio o di una punizione».

Un affronto, una violazione della nostra dignità, un comportamento giudicato non equo, vengono quindi percepiti come tali in base alle nostre valutazioni sulla situazione, alla relazione che ci lega a colui che ci ha danneggiato, alle nostre interpretazioni, non solo delle azioni altrui, ma anche delle leg-

³⁴ G.B. MELTON, *The Law is a Good Thing (Psychology Is, Too)*, in *Law and human behavior*, 16-4, 1992.

³⁵ M.J. LERNER, *The Belief in a Just World: A Fundamental Delusion*, Plenum, New York 1980.

³⁶ L. FESTINGER, *A Theory for Social Comparison Process*, in *Human Relations*, 7/1954, pp. 117-140.

³⁷ B.F. SKINNER, *Oltre la libertà e la dignità*, Mondadori, Milano 1971, pp. 70-71.

gi e delle politiche vigenti. Queste percezioni, e l'intensità delle reazioni ai comportamenti o situazioni giudicati non "giusti", variano anche tra persone appartenenti alla stessa dimensione socio-culturale perché dipendono contemporaneamente da fattori contestuali e personali. Tutti questi fattori modellano le aspettative di ognuno rispetto al fatto che sussista una "giustizia".

Ecco perché non esiste un "elenco" delle violazioni alla dignità: si tratta un argomento complesso caricato da una forte soggettività. La relatività culturale e contestuale, tuttavia, non concerne i fattori psicologici sottostanti, che sono invece universali.

L'occuparsi di aspetti psicologici non deve tuttavia esporre al rischio di allontanarsi eccessivamente dalle ricadute pratiche dei concetti sin qui considerati.

E allora, qualche esempio di contesti e situazioni in cui tali aspetti si sono rivelati centrali.

L'attualissima situazione delle carceri in Italia. È di questi giorni la prima applicazione del rimedio compensativo previsto dal decreto 92/2014 (che ha ricevuto il sì del Senato all'inizio del mese di agosto) sul risarcimento ai detenuti custoditi in carcere in condizioni inumane e degradanti determinate dal sovraffollamento (che non pare essere un problema solo italiano: da un articolo del Corriere della Sera del 27 luglio 2014 Ungheria, Cipro, Grecia, Malta, Croazia, Belgio e Francia stanno peggio di noi) che prevede un risarcimento di 8 euro per ogni giorno trascorso in cella in condizioni disumane, richiedibile entro 6 mesi dalla fine della detenzione o, se la pena è ancora da espiare, uno sconto di un giorno ogni 10 in cui è stato violato il diritto a uno spazio umano (almeno 3 m²). E così, per la prima volta in Italia, un detenuto del carcere di Padova, attualmente scarcerato per aver ricevuto uno sconto di 10 giorni sulla pena residua, ha ricevuto € 4.808,00 a titolo di risarcimento per aver trascorso 601 giorni di detenzione in condizioni disumane, ossia in uno spazio di 2,85 m². Riflettiamo sul fatto che l'Azienda sanitaria locale di Cuneo, nel proprio sito internet, alla sezione "Detenzione di animali d'affezione" indica che le dimensioni minime per detenere un cane al chiuso sono di 8 m²...

Sul tema, va ricordata l'importantissima sentenza "Torreggiani" della CEDU del gennaio 2013, da cui deriva la promulgazione del decreto legge 92/2014, che ha condannato l'Italia a risarcire il danno morale patito dai ricorrenti determinato dalla non disponibilità, protrattasi per tempi lunghi, a beneficiare di uno spazio vitale conforme ai criteri ritenuti accettabili dalla Corte, dalla mancanza di acqua calda per lunghi periodi, dall'insufficienza dell'illuminazione e della ventilazione nelle celle, circostanze che hanno causato nei ricorrenti un'ulteriore sofferenza, benché di per sé non costituiscano trattamenti inumani e degradanti³⁸. La Corte ha stabilito pertanto che vi è stata violazione dell'art.

³⁸ Anche la Corte di Cassazione si è espressa relativamente all'estensione della nozione di danno non patrimoniale da intendersi come danno da lesione di valori inerenti alla persona

3 della Convenzione («nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»). Nella sentenza la Corte rammenta che «la carcerazione non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione. Al contrario, in alcuni casi, la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato. In questo contesto, l'art. 3 pone a carico delle autorità un obbligo positivo che consiste nell'assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova di intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente». Se, infatti, i diritti umani sono tali proprio perché posseduti da tutti gli esseri umani in virtù della loro appartenenza al genere umano, la possibilità di godere di tali diritti non può essere persa solo per aver commesso un reato, poiché anche un reo continua ad essere una persona³⁹.

Pare tuttavia importante riflettere sul trattamento penitenziario, che se da un lato deve rispettare e tutelare la dignità del prigioniero, dall'altro deve tenere in considerazione anche la tutela della dignità delle persone «oneste», la cui dignità era stata lesa dal reo stesso. Ci si confronta quindi con la necessità di erogare un trattamento che deve tutelare la dignità di chi ha violato la dignità altrui.

In stretta correlazione con questo tema, l'altrettanto attualissima questione del superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (attualmente 5 sul territorio nazionale)⁴⁰, la cui chiusura è stata rinviata al 1 aprile 2015⁴¹. Da un'inchiesta del 2011 erano emerse le inumani e degradanti condizioni in

(Cass. civ. sez. III n. 8827 e n. 8828 del 31 maggio 2003). Secondo una pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. civ. n. 26972 dell'11 novembre 2008) il risarcimento integrale del danno va previsto in tutti i casi in cui derivi dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione, che si tratti dei diritti inviolabili alla salute, oppure dei diritti inviolabili della famiglia, o ancora del diritto alla reputazione, all'immagine, al nome, alla riservatezza, tutti «diritti inviolabili della persona incisa nella sua dignità, preservata dagli artt. 2 e 3 Cost.».

³⁹ T. WARD - A. BIRGDEN, *Human Rights and Correctional Clinical Practice*, in *Aggression and violent behavior*, 12/2007, pp. 628-643.

⁴⁰ Aversa (Caserta), Castiglione delle Stiviere (Mantova), Montelupo Fiorentino (Firenze), Napoli, Reggio Emilia; Barcellona Pozzo di Gotto (Messina) è stato chiuso nel dicembre 2012 dopo essere stato posto sotto sequestro.

⁴¹ Il 29 maggio 2014 la Camera dei Deputati ha definitivamente approvato il decreto-legge 52/2014 con cui viene prorogata al 31 marzo 2015 la data di chiusura degli OPG. Si tratta della seconda proroga, visto che – dopo che il decreto-legge 211/2011 aveva previsto la chiusura degli OPG entro il 31 marzo 2013 –, ritardi sia nell'attuazione dei programmi regionali di accoglienza degli internati che della disciplina attuativa da parte dello stato hanno portato il governo con la legge 57/2013 al differimento della chiusura al 1 aprile 2014.

cui erano costretti a vivere gli internati, spesso “condannati” al cosiddetto “ergastolo bianco”: sporcizia, costrizioni fisiche, assenza di terapie e nessuna prospettiva di riabilitazione e rimessa in libertà. Con la nuova legge, invece, la permanenza nei mini OPG regionali adibiti ad accogliere i pazienti non potrà essere superiore, nella durata, al massimo della pena edittale prevista per il reato commesso dal soggetto.

L'importanza della dignità e delle dimensioni psicologiche connesse alla tutela dei diritti umani viene sottolineata anche in altri ambiti, tra cui ad esempio il diritto alla vita privata e familiare (art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo) e il diritto alla genitorialità, argomenti centrali e con i quali ci si confronta sempre più frequentemente. Al proposito, si cita una innovativa sentenza della CEDU (n. 21188/09 del 12 aprile 2011) in cui per la prima volta la Corte ordina a uno Stato (in questo caso la Croazia) di fare sì che i contatti tra i figli e i genitori separati siano garantiti. Sullo stesso tema, per quanto riguarda l'Italia, si segnala la sentenza CEDU n. 25704 del 29 gennaio 2013 che ha condannato lo Stato a risarcire un cittadino con la somma di 25 mila euro, di cui 15 mila a titolo di danno morale: il ricorrente sosteneva che le autorità italiane non avessero effettivamente garantito il suo diritto alla vita familiare, previsto dall'art. 8 della Convenzione⁴², e cioè, nella fattispecie, il suo diritto di coltivare con la figlia un rapporto equilibrato nonostante l'elevata conflittualità con l'altro genitore. Già in precedenza la Corte aveva assunto questa posizione: si ricorda la sentenza *Piazzi contro Italia* del 2 novembre 2010 con la quale la Corte ha constatato l'inefficacia delle misure adottate per far rispettare il diritto di visita del ricorrente al fine di ristabilire i rapporti con il figlio minore, ed ha censurato il comportamento tenuto dall'Autorità giudiziaria che aveva delegato ai servizi sociali la concreta gestione della questione senza svolgere verifiche efficaci e tempestive sull'esecuzione dei propri provvedimenti⁴³.

Altri due argomenti, attuali per quanto forse poco dibattuti, paiono strettamente legati alla psicologia forense nell'ambito di questa analisi: la somministrazione di trattamenti farmacologici ai condannati per reati a sfondo sessuale allo scopo di ridurre, se non eliminare, la loro libido (la c.d. castrazione chimica)⁴⁴ e la possibilità di “leggere nella mente”⁴⁵ degli individui attraverso tecniche neu-

⁴² «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare. Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla protezione della salute e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

⁴³ G. VASSALLO, *Diritto di visita del genitore: la Cedu condanna i tribunali italiani*, in *Altalex*, nota dell'8 febbraio 2013.

⁴⁴ K. HARRISON - B. RAINEY, *Suppressing Human Right? A Rights-Based Approach to the Use of Pharmacotherapy with Sex Offenders*, in *Legal Studies*, 29-1/2009, pp. 47-74.

⁴⁵ M. GAMER, *Mind Reading Using Neuroimaging. Is This Future of Deception Detection?*, in *European Psychologist*, 19-3/2014, pp. 172-183.

ropsicologiche di *memory detection*⁴⁶ (letteralmente “rilevamento della memoria”, indagine dell’esistenza della traccia mnestica relativa a un particolare evento) e di *lie detection* (lo scoprire se una persona mente)⁴⁷. Recenti studi sulla prevenzione del crimine⁴⁸ stanno indagando la possibilità di capire e prevedere le intenzioni degli individui effettuando una sorta di “diagnosi” del futuro attraverso queste tecniche di lettura della mente: si pensi, ad esempio, all’applicazione di tali metodiche nel caso in cui degli individui trovati in possesso di materiale esplosivo e sospettati di voler organizzare atti terroristici dichiarassero di voler utilizzare l’esplosivo per scopi edilizi. La prevenzione di un attacco terroristico può giustificare questo tipo di indagini? Se “il fine giustifica i mezzi”, è possibile ammettere l’impiego di questi strumenti anche per l’indagine delle intenzioni delle persone relativamente a questioni di vita quotidiana, per esempio i consumi? Al di là dei divieti procedurali esistenti nei singoli paesi, è lecito discutere se tali interventi possano essere lesivi della dignità umana. La risposta, senza dubbio, è positiva nel caso in cui vengano posti in essere senza, o peggio contro, la volontà della persona (nel caso delle tecniche di “lettura della mente”, sia che si tratti dell’imputato, sia che si tratti di un testimone). Più delicato, tuttavia, è interrogarsi sull’impiego di tali procedure in soggetti consenzienti ove sia accertato che il consenso sia libero. Si è visto in precedenza, infatti, come la dignità personale sia un valore così connaturato all’essere umano, così basilare, da poter essere addirittura sottratto alla libera disponibilità dell’individuo che ne è portatore, a prescindere dal suo libero consenso.

In conclusione, lo studio dei diritti umani, della tutela della dignità e delle dimensioni psicologiche connesse, pare imprescindibile data la loro centralità e la grande eco internazionale suscitata da questi temi. Anche se per Skinner la letteratura della dignità ostacola i progressi umani perché «può opporsi a progressi nella tecnologia, compresa una tecnologia del comportamento, perché essi distruggono le possibilità di essere ammirati, così come può opporsi a un’analisi fondamentale perché questa offre una spiegazione alternativa del comportamento che sottrae all’individuo i meriti che gli erano attribuiti in precedenza»⁴⁹, c’è chi ritiene che la risonanza di questo tema sia spiegabile per il fatto che i diritti umani rappresentano l’ultima utopia a disposizione dell’umanità: il loro pregio, così come la loro debolezza, sta nel difficile tentativo di superare la sovranità statale in nome dei diritti della persona⁵⁰.

⁴⁶ B. VERSCHUERE - E.H. MEIJER, *What’s On Your Mind? Recent Advances in Memory Detection Using the Concealed Information Test*, in *European Psychologist*, 19-3/2014, pp. 162-171.

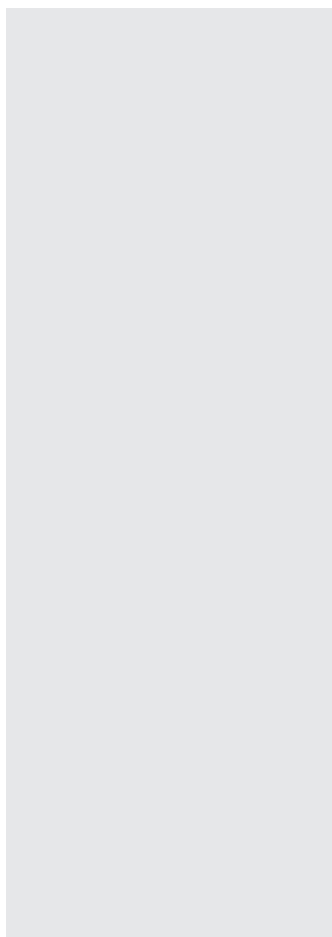
⁴⁷ M. BÖSE, *Human Rights and Legal Limits on the Use of Deception Detection Method. A View from Germany*, in *European Psychologist*, 19-3/2014, pp. 221-223.

⁴⁸ P.A. GRANHAG - E. M. GIOLLA, *Preventing Future Crimes. Identifying Markers of True and False Intent*, in *European Psychologist*, 19-3/2014, pp. 195-206.

⁴⁹ B.F. SKINNER, *Oltre la libertà e la dignità*, Mondadori, Milano 1971, p. 75.

⁵⁰ S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights In History*, Harvard University Press, Cambridge 2010.

APPROFONDIMENTI



La *translatio* in sede arbitrale di procedimenti pendenti*

David Cerri

Degiurisdizionalizzazione e privatizzazione

La legge 10 novembre 2014 n. 162 ha convertito il decreto legge n. 132 del 12 settembre, *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*, con numerose modifiche.

Esaminiamo soltanto e brevemente l'art. 1, dedicato al trasferimento in sede arbitrale di procedimenti civili pendenti, perché ci consente qualche osservazione di carattere più generale.

La prima è che usare un termine ostico ed ai limiti dello scioglilingua come “degiurisdizionalizzazione” deve avere un significato per chi lo propone, e quindi è lecito indagare l'intenzione nell'adottarlo. Diremmo allora che è qualcosa di più di una semplice descrizione degli effetti sperati delle nuove norme, e piuttosto una sorta di ammonimento utile ai fini dell'interpretazione da parte dei giuristi pratici, avvocati e magistrati. In altre parole, è come se il legislatore dicesse: cari cittadini, guardate che ricorrere alla giustizia statale in materia civile è un lusso che va riservato alle ipotesi nelle quali sia davvero indispensabile; pensateci bene, perché se esiste una possibilità di non ingombrare i tavoli dei giudici con le vostre beghe e non la sfruttate, ve ne pentirete.

Così ci sembra di poter riassumere in termini più brutali quanto con indubbio maggior *savoir faire* il Ministro ha illustrato presentando già a luglio le nuove misure sul sito istituzionale, puntando sulla necessità di eliminare l'arretrato e diminuire la durata del processo civile, obiettivi – *ça va sans dire*, per continuare col francese – assai più che nobili; ed ha ripetuto a settembre con l'Atto di indirizzo politico-istituzionale per l'anno 2015, con ancor maggior chiarezza sugli scopi generali dell'azione del Ministero («1. Rendere la sua

* Che *translatio* vera e propria a dir la verità non sarebbe (lo ha notato anche B. CAPPONI, *Traslazione dei contenziosi: dai tribunali ai consigli dell'ordine*, in *Questione Giustizia* on line), ma tutti la chiamano così, a cominciare dal Ministro... Questo contributo è apparso online su www.judicium.it con il titolo *Vedi alla voce “Degiurisdizionalizzazione”* a margine della versione originaria del d.l. n. 132, prima delle modifiche operate dalla legge di conversione, in base alle quali è stato quindi rielaborato. Tra i primi commenti al d.l. n. 132 v. G. NAVARRINI, *Riflessioni a prima lettura sul nuovo “arbitrato deflattivo” (Art. 1, D.L. 12 settembre 2014, n. 132)*, e V. VIGORITI, *Il “trasferimento” in arbitrato: l'inizio di un'inversione di tendenza?*, anch'essi entrambi in www.judicium.it.

struttura compatibile con le prescrizioni in materia di riduzione della spesa pubblica succedutisi dal 2006 ad oggi») e su quelli specifici della giustizia civile («introduzione di meccanismi deflattivi idonei a contribuire in modo immediatamente significativo alla riduzione dei flussi in entrata [...] muovendosi nella direzione di una rilevante de-giurisdizionalizzazione»¹).

Posizione quindi che non scandalizza, per carità, e che anzi può esser condivisa (ma entro certi limiti, che ci sembrano dettati dalla Costituzione²), visto che un (in)sano realismo esclude che si possano ipotizzare soluzioni diverse ed apparentemente ovvie e banali, come ad esempio maggiori risorse finanziarie per il sistema giustizia, la sua razionalizzazione in senso “aziendale”, una migliore formazione professionale e deontologica per magistrati, avvocati e personale amministrativo, fino ad una diversa tecnica di redazione dei testi normativi (sempre ispirati agli immortali versi di Trilussa *Se vòì l'ammirazzione de l'amichi nun faje capì mai quello che dichì*³).

La questione è probabilmente più generale, e certamente non solo italiana.

Da tempo è in atto negli ordinamenti occidentali un processo di espulsione del contenzioso al di fuori dalla giurisdizione statale; quella che si può definire sinteticamente, e con inevitabile imprecisione, la “privatizzazione” della giustizia civile è un fenomeno accertato con chiarezza ad esempio negli Stati Uniti, dove di recente a proposito delle Federal Rules of Civil Procedure si sono definite “*endangered species*” (specie in pericolo di estinzione) i *Trial Judges* e il *Public Process*; è cambiato lo stesso modo di fare il giudice, e si parla apertamente di “*outsourcing*” a proposito delle crescenti previsioni contrattuali che *impongono* il ricorso alle procedure alternative⁴; e la stessa Corte Suprema ha un chiaro indirizzo in quel senso, accentuatosi negli anni del mandato di John

¹ Qui col trattino, *n.d.r.*

² E magari anche dalle Carte sovranazionali: per es. l'art. 6 della CEDU sul diritto ad un processo equo, il cui rispetto che è certamente compatibile con la rinuncia alla giurisdizione statale in favore di arbitri, ma... *est modus*: «*Le droit à un tribunal revêt en effet une trop grande importance dans une société démocratique pour qu'une personne en perde le bénéfice par cela seul qu'elle a souscrit à un arrangement parajudiciaire*» (CEDU, V Sec., 28 ottobre 2010, in 1643/06, *Suda c. République Tchèque*).

³ Trattati da *Pappagallo ermetico*, in *Acqua e vino* (1937).

⁴ Per un quadro generale v. J. RESNIK, *The Privatization of Process: Requiem for and Celebration of the Federal Rules of Civil Procedure at 75* (June 5, 2014), in *University of Pennsylvania Law Review*, 162, Yale Law School, Public Law Research Paper No. 510, <http://ssrn.com/abstract=2431426>, da cui sono tratte le citazioni nel testo. Cfr. anche A.S. ZIMMERMAN - R. DANA, *Aggregate litigation goes private* (August 22, 2014), Loyola-LA Legal Studies Paper No. 2014-38, <http://ssrn.com/abstract=2485416>, che si riferisce a J. DODGE, *Disaggregative Mechanisms: Mass Claims Resolution Without Class Actions*, 63, 1253 (2014), a proposito della tendenza alla creazione – in via contrattuale – di sistemi di soluzione delle controversie di massa tali da evitare il ricorso alle azioni di classe (si cita il caso della Costa Concordia, tra gli altri).

Roberts come Chief Justice⁵. Non c'è quindi da meravigliarsi se anche da noi spira la stessa brezza; compiacersene, è un'altra cosa⁶.

La *translatio*

Se non abbiamo sbagliato di molto nell'individuare la *ratio* generale delle norme, si può dare un'occhiata al trasferimento in sede arbitrale delle controversie pendenti in primo e secondo grado.

A chi scrive erano sembrate ovvie intanto le previsioni in tema di maturazione di preclusioni e decadenze⁷, e le esclusioni dal novero dei procedimenti trasferibili di quelli aventi ad oggetto diritti indisponibili, e di quelli in materia di lavoro e previdenza; ma nell'intento di favorire la novità il legislatore ha allargato il campo da un lato (per materia, emendamento Ichino ed a.) alle «cause vertenti su diritti che abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte esclusiva, quando il contratto stesso abbia previsto e disciplinato la soluzione arbitrale», e dall'altro (per valore, emendam. Capacchione ed a.) a quelle di valore non superiore a 50.000 euro in materia di responsabilità extracontrattuale o aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro nei casi in cui sia parte una Pubblica amministrazione, per la quale varrà il principio del silenzio assenso qualora non sia espresso per iscritto il dissenso entro 30 giorni dalla richiesta della parte privata (ciò che – lo anticipo – mi sembra di fatto imporre al difensore dell'amministrazione l'obbligo di formulare tempestivamente il diniego, giacché non è realistico pensare ad una risposta altrettanto celere dell'ente: poi... si vedrà).

Resta però che la domanda che il giurista pratico si può (e si dovrebbe fare) è un'altra: perché le parti congiuntamente (prima che la causa venga trattenuta in decisione⁸) dovrebbero chiedere al giudice quella sorta di autorizzazione di cui al comma 2 dell'art. 1, anziché semplicemente abbandonare il giudizio (sono d'accordo, no?) e scegliere la via dell'arbitrato secondo le consuete modalità?

La risposta si atteggia su due argomentazioni: una debole ed una forte.

Quella francamente debole potrebbe essere questa: perché in queste ipotesi si avrebbe una garanzia di professionalità per la figura degli arbitri, qualora

⁵ Anche per il loro carattere divulgativo utili i numerosi articoli sul tema di D. COLE (che insegna a Georgetown) come ad es. l'ultimo *The Anti-Court Court* sulla NYRB (<http://www.nybooks.com/articles/archives/2014/aug/14/anti-court-supreme-court/>).

⁶ V. in senso più positivo T. GALLETO, *Il processo gestito dai privati e la competitività dello strumento arbitrale*, e F.P. LUISO, *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in www.judicium.it. Per un quadro italiano v. il settimo *Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia* dell'ISDACI: per un estratto <http://www.isdaci.it/images/pdf/estratto%20ricerca%20isdaci.pdf>.

⁷ Punto quest'ultimo, detto di sfuggita, peraltro non così semplice, introducendosi nell'arbitrato la considerazione di questioni maturate altrove.

⁸ Ed anche a questo proposito: cosa impedirebbe già oggi alle parti di rinunciare all'azione ed introdurre un arbitrato anche dopo la precisazione delle conclusioni?

la scelta non sia concordata tra le parti. La versione originaria della norma era piuttosto laconica sul punto: la scelta doveva essere operata dal Presidente del Consiglio dell'Ordine degli avvocati, tra i legali con una anzianità minima di tre anni dichiaratisi disponibili prima della trasmissione del fascicolo⁹, che non avessero subito condanne definitive. Richiamata l'attenzione sul punto, con l'emendamento Lumia ed a. è stato inserito il comma 5 bis che lascia al decreto ministeriale – da adottarsi entro 90 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione – di stabilire «i criteri per l'assegnazione degli arbitrati tra i quali, in particolare, le competenze professionali dell'arbitro, anche in relazione alle ragioni del contendere e alla materia oggetto della controversia, nonché il principio della rotazione nell'assegnazione degli incarichi, prevedendo altresì sistemi di designazione automatica», mentre con l'emendamento Lepri – con effetto fisarmonica, se ci si passa l'espressione: più garanzie di là, meno di qua... – i vincoli soggettivi sono stati limitati nel tempo (condanne negli ultimi cinque anni) e nella tipologia (condanne definitive comportanti la sospensione dall'albo).

Nonostante l'evidente maggiore cura dedicata all'argomento – per ora solo potenziale, leggeremo il d.m. – rimane discutibile che organo e bacino di scelta siano oggettivamente migliori e quindi preferibili rispetto al meccanismo delineato dall'art. 810 c.p.c., anche se un'ulteriore “garanzia” è stata introdotta col comma 2 bis, per il quale «La funzione di consigliere dell'ordine e l'incarico arbitrale di cui al presente articolo sono incompatibili. Tale incompatibilità si estende anche per i consiglieri uscenti per una intera conciliatura successiva alla conclusione del loro mandato».

C'è chi ha parlato di una (lecita!) strizzata d'occhio alla categoria¹⁰, che da tempo auspica una maggiore diffusione delle procedure alternative e vuole esserne protagonista (vedi le iniziative sulle camere arbitrali presso i Consigli degli Ordini, come del resto previsto nella legge di riforma dell'ordinamento professionale).

Collegio o arbitro unico?

Un'altra considerazione, che ne introduce una successiva a sfondo deontologico.

Si era notato che parlare soltanto di “collegio” arbitrale sembrava ingiustificato ed in controtendenza, limitando la facoltà delle parti di preferire un arbitro unico (la differenza in termini di costi, tra l'altro, non è irrilevante¹¹). Simile

⁹ Notarella speciosa: dopo la trasmissione del fascicolo no, ma dopo il provvedimento del giudice od ancor prima, dopo la richiesta congiunta, sì?

¹⁰ La pensa così ad es. B. CAPPONI, *op. cit.* Cfr. anche di G. SCARSELLI, *Luci e ombre sull'ennesimo progetto di riforma del processo civile, ibid.*

¹¹ In particolare se si fa riferimento alle tariffe forensi del 2004, punto 9 tab. D all. al d.m. n. 127/2004, come previsto con rinvio formale dall'art. 24 del c.d. decreto Bersani del 2006, e come ritiene la giurisprudenza di merito, come ad es. Trib. Pisa, 8 agosto 2013; Id., 28 agosto 2013; Id. 30 agosto 2013, quest'ultima confermata espressamente sul punto da App. Firenze 4 aprile 2014, inedite.

scelta se davvero voluta avrebbe potuto avere un'unica spiegazione, che cioè si fosse voluto offrire la più compiuta garanzia del "collegio" tenuto conto di un bacino di scelta non specificamente qualificato. Torna qui pertanto la questione della competenza, e mi sembra doveroso porre un problema di serietà tutto proprio della nostra categoria, che in qualche modo vede riconosciuta una preferenza¹².

Sarà possibile ai Consigli territoriali, preferibilmente sulla base di linee guida predisposte dal CNF e/o dalle sue fondazioni, adottare dei criteri regolamentari per l'"iscrizione" – uso con cautela il termine, giacché non si tratta certamente di un nuovo albo o registro, ma almeno di un "elenco" bisognerà parlare – degli aspiranti arbitri? Gli organismi di mediazione (giusto per fare un paragone) possono adottare regolamenti più o meno rigorosi pur nell'ambito delle previsioni generali. O fioccheranno i ricorsi dei colleghi che lamenteranno l'ingiusta esclusione, vantando la scarna lettera della legge?

Il "modesto emendamento" del quale avevo scritto, che attribuisse tale facoltà (anche soltanto all'organo istituzionale apicale) avrebbe risolto i dubbi, ma non si è avuto, mentre si è preferito superare il problema inserendo la previsione della facoltà di scelta a favore dell'arbitro unico: ma soltanto per le controversie di valore inferiore ad euro 100.000, ove le parti lo decidano concordemente. La preoccupazione rimane quindi intatta per le altre controversie di valore superiore, e non sembra comunque logico che il "valore" abbia una funzione discriminante quando si parla di garanzie.

Gli incentivi

La spinta più forte dovrebbe derivare piuttosto da quanto finora è solo "previsto" all'ultimo comma dell'art. 1, che cioè il Ministro, con il decreto già ricordato, possa stabilire «riduzioni dei parametri relativi ai compensi degli arbitri», previsione che si somma all'esclusione della solidarietà per i compensi (è l'inapplicabilità dell'art. 814, comma 1, secondo periodo, c.p.c.¹³).

Questi sì che sono incentivi all'uso dell'arbitrato, dove la comparazione costi/vantaggi porta spesso ad un rifiuto, come il rischio per la parte vincitrice di doversi sobbarcare integralmente i costi del procedimento.

E lo sono talmente che è davvero troppo malizioso immaginare che le parti, visto il costo del contributo unificato, possano volutamente iniziare un procedimento giudiziale solo per poi usufruire di tali agevolazioni (con riduzioni dei costi che dovrebbero essere appunto limitate ai casi contemplati dalle nuove norme, e non esigue per apparire attraenti)? Speriamo di sì, ma crediamo di no;

¹² Va da sé che eguali ed anzi maggiori perplessità deriverebbero dall'estensione della platea dei potenziali arbitri ad altre categorie professionali.

¹³ La Nota di lettura del Servizio Bilancio n. 63 (sul sito del Senato sub AS 1612) si dimentica la deroga.

le differenti modalità nella scelta dell'arbitro (nell'ipotesi dell'art. 810 c.p.c. ed in quella ora delineata¹⁴) non sarebbero certo tali da far sottovalutare un consistente risparmio, cui potrebbero/dovrebbero però aggiungersi incentivi di carattere fiscale (il Ministro ha annunciato ai giornali che sono senz'altro allo studio).

Un modesto suggerimento in senso deflattivo è poi dato dal 4 comma, con un meccanismo di tempi certi in sede di appello a pena di estinzione del processo; ma l'indicazione di un termine apparentemente inflessibile per la pronuncia del lodo (ora solo parzialissimamente più elastico per la facoltà concessa agli arbitri di chiedere alle parti una proroga di trenta giorni) confligge tanto con la libertà delle parti quanto con le norme del codice di rito, pur richiamate al 1, sì che sarebbe auspicabile un chiarimento od una coerente interpretazione (per dirne solo qualcuna: si applicano le proroghe di cui all'art. 820, 4 comma, c.p.c.? è necessaria la notifica di cui all'art. 821 c.p.c.? e come la mettiamo con l'art. 830, 2 comma, c.p.c. al riguardo dei poteri della Corte di appello di decidere nel merito?¹⁵). Ci limitiamo a notare che anticipazioni ufficiose dei nuovi testi non distinguevano tra primo e secondo grado, il che porterebbe ad escludere l'ipotesi interpretativa dubitativamente avanzata dall'Ufficio Studi del CNF¹⁶, secondo la quale l'obbligo della riassunzione potrebbe scattare anche in primo grado per il decorso del termine di 120 giorni per il deposito del lodo. Argomento – quello del “ripensamento” del legislatore, tra l'altro del tutto ufficioso – senz'altro debole, mentre potrebbe esser più valido quello della *ratio* acceleratoria delle nuove norme.

All'orizzonte si profilano, insomma, questioni di non poco momento. Ove nessuna parte abbia fatto ricorso all'art. 821 c.p.c., possono gli arbitri emettere il lodo dopo la scadenza dei 120 giorni ma prima che si compiano i 60 per la riassunzione? (risposta provvisoria: perché no...); e se trascorre anche il secondo termine, che succede se gli arbitri il lodo lo redigono egualmente? non avrebbero dovuto, perché nel frattempo all'estinzione del giudizio di impugnazione.

¹⁴ Se la scelta dell'arbitro è concorde, il problema non si dovrebbe ovviamente porre, neppure da un punto di vista dei costi.

¹⁵ «Se il lodo è annullato per i motivi di cui all'art. 829, commi primo, nn. 5), 6), 7), 8), 9), 11) o 12), terzo, quarto o quinto, la corte d'appello decide la controversia nel merito salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente nella convenzione di arbitrato o con accordo successivo» riferimenti questi ultimi che imporrebbero l'opportunità di una regolamentazione pattizia caso per caso, a scanso di equivoci. Altre perplessità sono sollevate nello stesso Dossier del Servizio Studi del Senato sull'AS 1612, in particolare sui poteri del Presidente del tribunale di cui agli artt. 811, 813 bis, 814 comma 2, 815 (interpretati in collegamento ad un potere di nomina ora trasferito al Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati) ed all'art. 825 c.p.c.

¹⁶ <http://www.consigionazionaleforense.it/site/home/pubblicazioni/dossier-ufficio-studi/articolo8798.html>. Sul testo coordinato dopo la conversione il nuovo Dossier 13/2014 del 13 novembre 2014: <http://www.consigionazionaleforense.it/site/home/pubblicazioni/dossier-ufficio-studi/articolo8896.html>.

zione è conseguito il passaggio in giudicato della decisione di primo grado: ma l'hanno fatto egualmente. Ho il timore che se il lodo non venga impugnato (e come? forse sub n. 4 dell'art. 829, come eccesso di potere arbitrale) anch'esso passi in giudicato, e nel contrasto tra i due giudicati sia quest'ultimo a prevalere, in omaggio a conclusioni consolidate¹⁷.

Insomma, se proprio si dovevano invitare le parti ad un maggiore uso della giustizia arbitrale, forse lo si poteva fare meglio, senza creare nuovi problemi interpretativi: «basta, per favore basta» scriveva un Autore a proposito di altre riforme dettate da improvvidi e contraddittori impulsi deflattivi¹⁸.

Il rischio delle nuove norme, in conclusione, è che si tratti dell'espressione di un pio desiderio, giacché la possibilità così "offerta" «ha pochissimo di nuovo, e sarà rarissimamente utilizzata»¹⁹: a meno che gli avvocati non si mettano in condizione di renderla attraente, garantendo qualità degli arbitrati a costi ridotti. Altrimenti, i ricorsi alla *translatio*, comunque non frequenti, condurranno a procedimenti che saranno considerati più o meno di serie B.

¹⁷ Cfr. per es. Cass. civ., sez. trib., 29 dicembre 2011, n. 29580; Cass. civ., sez. trib., 16 marzo 2007 n. 6270.

¹⁸ M. FORNACIARI, *Ancora una riforma dell'articolo 360, comma 1, numero 5 c.p.c.: basta, per favore, basta*, in *Rass. Forense*, 2012, pp. 493 ss.

¹⁹ G. SCARSELLI, *op. cit.*

Enti ecclesiastici e giurisdizione del giudice ordinario italiano

Mara Magagna

Gli enti ecclesiastici dopo il Concordato del 1984

I rapporti tra Stato e Chiesa cattolica (e ogni altra confessione religiosa) si manifestano in modo assai significativo nella vita delle molteplici organizzazioni che fanno capo ad una confessione religiosa. Come operano questi organismi nello Stato? La questione ha avuto risposte diverse nel corso della storia, a seconda delle ideologie, del grado di laicità dello Stato, di avversione verso il potere temporale dell'istituzione religiosa, dei timori suscitati dalla presenza forte nello Stato di enti che ad esso non fanno capo.

Un primo accenno merita la Costituzione, che all'art. 20 recita: «il carattere ecclesiastico e il fine di religione e di culto di un'associazione o di un'istituzione non possono essere causa di speciali limitazioni legislative, né di speciali gravami fiscali per la sua costituzione, capacità giuridica e ogni forma di attività». In sostanza, la norma ci allontana definitivamente dal clima delle leggi eversive¹ e bandisce trattamenti discriminatori nei confronti degli enti ecclesiastici, naturalmente con implicito riferimento agli acquisti, ai regimi fiscali e tributari. E fu Dossetti a difendere la norma contro chi temeva, fondatamente, il ritorno della manomorta ecclesiastica, poiché ben avrebbe potuto lo Stato negare la proprietà di beni agli enti ecclesiastici, ma solo se ogni persona giuridica fosse stata colpita da tale divieto².

Più recentemente è il Concordato del 1984 ad aver segnato, o tentato di segnare, i confini tra Stato italiano e Chiesa cattolica, regolamentando, tra l'altro, l'ingresso e l'operato delle organizzazioni religiose, nelle loro varie forme, nell'ordinamento e nell'amministrazione dello Stato: modi di costituzione, organi, regime tributario, acquisto e alienazione di beni, questi solo alcuni dei nodi da sciogliere.

Com'è noto, con la legge 20 maggio 1985 n. 121 venne ratificato dallo Stato italiano il protocollo firmato il 15 novembre 1984 in materia di enti ecclesiastici; e con la legge 20 maggio 1985 n. 222 il Parlamento italiano dettò le disposizioni relative a detti enti e al sostentamento del clero.

¹ Sulla storia che ha preceduto la formulazione di questo articolo cfr. R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, sub art. 20, Utet, Torino 2006, pp. 441-444.

² Tra gli altri cfr. C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, il Mulino, Bologna 1996, pp. 333 ss.

Secondo l'art. 1 della legge n. 222/85 acquistano la qualità di persona giuridica dell'ordinamento italiano gli enti approvati o costituiti dall'autorità ecclesiastica, con sede in Italia e con fine di religione e di culto. Si presumono enti con detta finalità quelli che fanno parte della costituzione gerarchica della Chiesa e menzionati nel libro II, parte II cann. 330-572 c.j.c.; per gli altri enti ed organizzazioni il fine dovrebbe essere oggetto di accertamento. Presunzione del fine di religione e di culto non significa tuttavia automatismo nel riconoscimento della personalità giuridica da parte dello Stato, non potendosi prescindere comunque dall'analisi dello Statuto e dell'attività effettivamente esercitata³. Né il fine di religione o di culto secondo il punto di vista statuale coincide con il fine secondo l'ordinamento canonico. L'art. 16 della legge n. 222 traccia il confine tra le attività di religione o di culto e le attività diverse da quelle di religione o di culto: le prime sono dirette all'esercizio del culto, la cura delle anime, alla formazione del clero e dei religiosi, a scopi missionari, alla catechesi, all'educazione cristiana; le seconde sono attività di assistenza e beneficenza, istruzione, educazione e cultura e, in ogni caso, attività commerciali o a scopo di lucro. L'elenco non è tassativo, perché, ad esempio, non si nomina l'attività sanitaria, che pure ha assunto una certa importanza nell'ambito degli enti religiosi.

Se poi l'attività di religione o di culto è senz'altro il fine dell'ente ecclesiastico, così come dichiarato nello statuto dello stesso ed effettivamente praticato, non si può escludere che accanto a codesta attività caratterizzante ve ne possano essere altre: l'art 15 della legge n. 222 prevede che gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, e dunque con finalità di religione o di culto, possano svolgere anche attività diverse, secondarie si potrebbe dire, le quali sono soggette alle leggi dello Stato italiano concernenti le medesime attività e al regime tributario previsto per le stesse: così stabiliva l'art. 7, comma 3, del Concordato del 1984. Qui forse occorre aprire una breve parentesi sul regime tributario cui sono soggetti gli enti ecclesiastici, dato affatto irrilevante e per lo Stato e per la Chiesa⁴. L'art. 29 lett. h dei Patti lateranensi prevedeva che «il fine di religione e di culto è equiparato, a tutti gli effetti tributari, ai fini di beneficenza e istruzione». La disposizione era ripetuta nel Concordato del 1984 (art. 3) e recepita dallo Stato italiano nell'art. 3 della legge n. 121 del 25 marzo 1985 normativa dalla quale emerge dunque che la caratteristica specializzante dell'ente ecclesiastico, ossia il suo fine di religione o di culto, ha importanti implicazioni sul regime tributario, mentre, al di fuori di questo fine per le attività cosiddette diverse ex art. 16 della legge n. 222, l'ente non gode di privilegi.

Nel panorama dei numerosi enti ecclesiastici ve n'è poi uno in particolare, che non ha assolutamente funzione di religione o di culto e che tuttavia è un

³ In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato, come sottolineato da C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 322 ss.; vd. anche F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna 2007, pp. 171 ss.

⁴ Cfr. F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., pp. 270 ss.

ente economico di notevolissima importanza per l'assetto organizzativo della Chiesa, ma anche dello Stato. Il titolo II della legge n. 222 concerne i beni ecclesiastici e il sostentamento del clero e, all'art. 21, si prevede che in ogni diocesi sia eretto l'Istituto per il sostentamento del clero, previsto dal canone 1274, con qualifica di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto (art. 22)⁵. Il fine è quello di «assicurare, nella misura periodicamente determinata dalla Conferenza episcopale italiana, il congruo e dignitoso sostentamento del clero che svolge servizio in favore della diocesi...» (art. 24). L'art. 25 si esprime in termini di remunerazione, equiparata, ai soli fini fiscali, al reddito da lavoro dipendente. La legge n. 222 prevede poi un complesso meccanismo di intervento da parte dello Stato a favore dell'Istituto centrale per il sostentamento del clero con sede a Roma, poiché le risorse degli Istituti diocesani sono insufficienti rispetto al raggiungimento dello scopo (artt. 46 ss.).

Complessivamente dalla legge n. 222 emerge un regime di favore nei confronti degli enti ecclesiastici, pur in presenza di un controllo da parte dello Stato italiano sull'attività degli enti: vi è senza dubbio un occhio di riguardo verso il fine specifico di religione o di culto, che appare l'ambito in cui l'ente può muoversi meglio senza l'ingerenza dello Stato. Al di fuori di attività di religione o di culto gli enti sarebbero, in linea di principio, equiparati agli enti laici che svolgono la medesima attività e in tutto assoggettati alle leggi dello Stato.

La questione della giurisdizione

Se da un lato le disposizioni di diritto sostanziale e tributario sembrano piuttosto numerose e in buona misura soddisfano la necessità di regolamentare l'operato degli enti ecclesiastici, il profilo processuale, con riferimento all'ambito privatistico e non penale, appare più incerto; l'operatore del diritto, soprattutto il pratico, non può evitare di porsi una domanda – che le precede tutte – nel caso in cui insorga una controversia civile che coinvolga un ente ecclesiastico: a chi spetta l'esercizio della giurisdizione civile sul caso, al giudice ecclesiastico o al giudice ordinario italiano?

Com'è noto, il Concordato del 1929 prevedeva espressamente un grave sacrificio della giurisdizione italiana a vantaggio dei tribunali ecclesiastici in materia di nullità del matrimonio: il testo dell'art. 34 era inequivocabile nel parlare espressamente di riserva. Ciò comportava da un lato l'impossibilità per i giudici italiani di conoscere delle cause di nullità del matrimonio, dall'altro l'automatica esecutività delle sentenze del tribunale ecclesiastico, senza che si potesse contestarne l'efficacia civile⁶.

Detta riserva era poi abbandonata con il Concordato del 1984, cosicché i giudici ordinari si sono riappropriati del potere di conoscere delle controversie

⁵ Vedi C. CARDIA, *Manuale*, cit., pp. 397 ss.

⁶ Vedi C. CARDIA, *Manuale*, cit., pp. 474 ss.; F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., pp. 317 ss.

relative e questa materia. A parte però il superamento dell'espressa riserva prevista dall'art. 34 del Concordato del 1929 solo in materia di matrimonio, quali sono i riferimenti normativi per risolvere l'eventuale conflitto di giurisdizione nel caso in cui parte della controversia sia un ente ecclesiastico?

Nella nostra Costituzione si rinvencono enunciati piuttosto generici, quali il 1 comma dell'art. 7 che recita: «Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani»⁷. La disposizione veniva ripetuta anche dall'art. 1 del Concordato del 1984, con l'ulteriore aggiunta dell'art. 2 che «è assicurata alla Chiesa la libertà di organizzazione, di pubblico esercizio del culto, di esercizio del magistero e del ministero spirituale nonché della giurisdizione in materia ecclesiastica». Oltre all'inevitabile dubbio sul significato della locuzione «materia ecclesiastica», occorre chiedersi se dire che lo Stato riconosce alla Chiesa la giurisdizione significhi introdurre una «riserva» di giurisdizione. Noi crediamo di no; non almeno di carattere generale. In realtà non vi è nulla di nuovo rispetto a quanto già viene enunciato all'art. 1 della Costituzione, perché dall'indipendenza e dalla sovranità discende anche l'esercizio della giurisdizione da parte della Chiesa. Ora, i proclami di principi di indipendenza, di sovranità, in sé importanti, non sono in concreto di grande aiuto, perché resta il dilemma su chi possa esercitare legittimamente la sovranità verso un soggetto che è tale in due ordinamenti: l'ente ecclesiastico nasce nell'ordinamento canonico, è riconosciuto quale persona giuridica nell'ordinamento italiano, ha sede e opera nel territorio nazionale attraverso una fitta rete di relazioni di varia natura attingendo dall'ordinamento statale le regole, si rapporta con cittadini italiani, anzi nella quasi totalità dei casi le stesse persone che fanno parte dell'ente sono esse stesse cittadine italiane.

Si condivide però l'opinione di chi sottolinea come l'art. 7, 1 comma 1, della Costituzione tracci un confine tra gli scopi diversi, individuali e collettivi, perseguiti dai due ordinamenti sovrani. Lo scopo religioso, spirituale, confessionale è estraneo allo Stato⁸. Questo vale non solo per la religione cattolica, ma anche per altre confessioni religiose (art. 8 Cost.)⁹. Da qui discende l'incompetenza rispetto alla materia strettamente confessionale, di come cioè la Chiesa cattolica intenda raggiungere i fini spirituali, religiosi ed ecclesiali che, invece, le sono propri¹⁰.

⁷ Sul 2° comma dell'art. 7 cfr. C. CARDIA, *Manuale*, cit., p. 211 con riguardo alla sentenza n. 30 del 24 febbraio 1971 della Corte Costituzionale.

⁸ Secondo C. CARDIA, *Manuale*, cit., pp. 287 ss., dai principi generali dell'ordinamento italiano (ma anche di quello canonico) discende una riserva alla giurisdizione ecclesiastica in materia spirituale e disciplinare.

⁹ R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario*, I, cit., sub art. 7, pp. 176 ss.

¹⁰ Cfr. R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario*, I, cit., p. 178, dove si evidenzia che naturalmente vale anche il contrario, per cui anche la Chiesa non dovrebbe interferire con gli obiettivi dello Stato e le modalità di realizzazione. Vedi anche C. CARDIA, *Principi*, cit., pp. 261 ss.

Il vero è che i fedeli sono anche cittadini, come gli enti ecclesiastici sono anche persone giuridiche nell'ordinamento dello Stato; e che, parlando di giurisdizione, è inevitabile evocare il diritto inviolabile alla tutela giurisdizionale con particolare riguardo all'art. 24 della nostra Costituzione, con cui lo Stato si impegna a garantire la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi violati: proprio così, da un lato, sta il diritto di ogni cittadino di poter adire l'autorità giudiziaria per il ripristino di una situazione lesa; dall'altro, l'obbligo dello Stato di emettere una pronuncia, ogniqualvolta un cittadino l'abbia provocata¹¹.

La giurisprudenza

Molto recentemente con ordinanza del 28 agosto 2014 il Tribunale di Padova, in seguito a reclamo *ex art. 669-terdecies* affermava la giurisdizione del giudice ordinario italiano, chiamato a decidere della legittimità della decadenza pronunciata dal Vescovo diocesano nei confronti del presidente del Collegio dei Revisori dell'Istituto diocesano per il sostentamento del clero. Tralasciando la questione di merito, la controversia, in entrambe le fasi, si concentrava unicamente sulla questione della sussistenza o meno della giurisdizione in capo al giudice ordinario italiano.

Nella motivazione il Collegio patavino evocava l'ultima sentenza delle Sezioni Unite di Cassazione, la n. 16847/2011, che, ritenuto applicabile al caso l'art. 11 del Trattato Lateranense, ribadiva l'esenzione da ogni ingerenza – anche tramite l'esercizio della giurisdizione – solo per gli enti centrali della Chiesa, quale non poteva dirsi l'ente ecclesiastico in questione e il tipo di rapporto controverso, cioè un normale rapporto di lavoro. Il che equivale a dire che lo Stato non interferisce quando la Chiesa agisca come ente sovrano attraverso i suoi organi centrali, istituzionali, di “governo”. Ciò vale anche sotto il profilo della giurisdizione, che è pure esercizio di sovranità: spiega la Suprema Corte che il principio espresso dall'art. 11 altro non è che un'applicazione del principio più generale di diritto internazionale per cui *par in parem non habet iurisdictionem*, l'unico che possa giustificare l'abdicazione da parte dello Stato dalla propria giurisdizione sul territorio.

Che dire dunque degli enti ecclesiastici, diremo così locali? Di certo non può per essi parlarsi di enti centrali che esprimano la sovranità della Chiesa. Senza dubbio, in linea di principio, dalla sentenza n. 16847/2011 discende la giurisdizione del giudice ordinario nazionale, quando una parte sia un ente ecclesiastico. Sul punto però vi è un lungo percorso di giurisprudenza di legittimità e di merito degno di essere rivisto.

Nella sentenza del 18 ottobre 1993 n. 10300, le Sezioni Unite negavano la giurisdizione del giudice italiano «a conoscere della controversia sull'esistenza e sulle vicende (a seguito di provvedimento di sospensione o di esclusione)

¹¹ Vedi R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario*, I, cit., *sub art. 24*, p. 511.

del vincolo associativo che lega l'associato ad una Confraternita avente scopo esclusivamente di religione e di culto, costituita nell'ambito dell'ordinamento ecclesiastico, ancorché si tratti di organizzazione soggetta alle leggi civili sulle associazioni non riconosciute»¹². Nella motivazione della sentenza, sono evocate le norme di riferimento della materia. Secondo la Corte, l'art. 2 della legge n. 121/1985 assicura all'autorità ecclesiastica l'esercizio della giurisdizione in materia ecclesiastica, ma non è di per sé sufficiente ad escludere la giurisdizione del giudice italiano, «potendo (in date materie miste, cioè di interesse anche civile) concorrere la giurisdizione ecclesiastica con quella civile». Si evoca poi l'art. 71 della legge n. 222/85 che, in materia di confraternite, al 1 comma, riserva all'autorità ecclesiastica la competenza riguardo alle sole attività dirette a scopo di culto. *Ergo*, l'autorità civile, anche giurisdizionale, non può conoscere di quelle attività dirette a realizzare lo scopo del tutto peculiare, mentre potrebbe conoscere di altre attività diverse. Ma neppure questo è l'articolo pertinente al caso, poiché si doveva conoscere della legittimità della decisione di escludere un membro della Confraternita, cosa assai diversa dallo scopo di culto. La sentenza n. 10300 esclude altresì la giurisdizione civile in merito alla formazione, all'appartenenza agli organi statutari e, in più, a tutte le loro decisioni; e ciò, a dire della Corte, in conformità all'art. 10 della legge n. 222/1985, ritenuto applicabile anche alle Confraternite già costituite al tempo del Concordato del 1929, ma sprovviste del decreto di riconoscimento dello scopo di religione o di culto evocato dall'art. 71, 2° comma, della legge n. 222. Dette confraternite, nella sentenza n. 10300, sono assimilate alle associazioni costituite ed approvate dall'autorità ecclesiastica, non riconoscibili come enti, ma riconosciute dalle norme di diritto privato, cui sono soggette, «salva la competenza dell'autorità ecclesiastica circa la loro attività di religione e di culto e i poteri della medesima in ordine agli organi statutari» (art. 10 legge n. 222/85)¹³.

La sentenza n. 10300/93 tracciava così il confine invalicabile per lo Stato in materia di Confraternite: quelle attività esclusivamente necessarie per il raggiungimento dello scopo di culto, secondo il disposto del 1° comma dell'art. 71 della legge n. 222. Nella sentenza n. 10300/93 si fa però di più: si introduce per via interpretativa una riserva di giurisdizione non espressamente prevista in materia di confraternite, ritenendo applicabile l'art. 10, 2° comma, della legge n. 222/85 a quelle la cui situazione sia quella descritta nel secondo comma dell'art. 71: ossia confraternite già esistenti nel 1929 e prive del decreto di riconoscimento dello scopo di culto. Ora, come si diceva sopra, l'art. 10 cit. prevede un assoggettamento alle leggi civili delle associazioni non riconoscibili ai sensi dell'art. 9, mentre l'autorità ecclesiastica mantiene competenza sulle attività di religione e di culto e sui poteri esercitati riguardo agli organi statutari. L'ultimo

¹² In *Giustizia civile*, I/1994, pp. 706-710.

¹³ Così anche F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 209.

inciso sembra riferirsi appunto agli interventi dell'autorità ecclesiastica circa l'organizzazione di queste associazioni, la formazione degli organi statutari, la nomina, le formalità richieste, la rimozione dagli incarichi, anche la stessa previsione di quali debbano essere gli organi statutari. L'interpretazione di cui alla sentenza n. 10300 non è affatto condivisibile laddove estende la competenza dell'autorità ecclesiastica ad ogni decisione degli organi statutari, anche in merito all'esistenza del vincolo associativo¹⁴, perché si crea *ex novo* per via interpretativa una riserva di giurisdizione non prevista dalla legge.

Analoga decisione era adottata dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 3127 del 10 aprile 1997¹⁵ in merito ad un caso simile di esclusione del vincolo associativo nell'ambito di una Confraternita. In essa si esaminava con puntualità il regime delle confraternite, in particolare di quelle già esistenti al tempo del Concordato del 1929, di cui all'art. 71 legge n. 222/1985. Ma, a differenza del caso precedente, l'Arciconfraternita era munita di decreto di riconoscimento dello scopo, ragione per cui non poteva applicarsi il comma 2 dell'art. 71 e neppure poteva invocarsi l'art. 10 della legge n. 222 secondo l'interpretazione della sentenza n. 10300. Tenuto conto delle norme regolanti queste Confraternite, «l'esclusione dell'ingerenza statale non è limitata, sotto altro profilo»... alle «attività di religione o di culto» ed agli «organi statutari»... «la stessa si estende, viceversa, a tutta l'organizzazione e ad ogni questione attinente all'esistenza e alle vicende del vincolo associativo che lega un associato alla Confraternita, che si sottraggono alla giurisdizione del giudice italiano». Infatti, secondo la Suprema Corte, per queste Confraternite troverebbe applicazione l'art. 29 lett. c) del Concordato del 1929, richiamato altresì in occasione della revisione del 1984, secondo il quale, come si legge nella sentenza, «le stesse rimangono sottratte integralmente [...] ad ogni ingerenza degli organi dello Stato, siano essi amministrativi che giurisdizionali». Continua poi la sentenza precisando che «l'esclusione dell'ingerenza statale [...] si estende [...] a tutta l'organizzazione e ad ogni questione attinente all'esistenza ed alle vicende del vincolo associativo che lega un associato alla Confraternita, che si sottraggono alla giurisdizione del giudice italiano». Ora, è evidente come, ancora, la Suprema Corte abbia voluto introdurre per via di interpretazione una riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici in merito a tutta la vita concernente le Confraternite già costituite al tempo del Concordato del 1929, munite del decreto di riconoscimento dello scopo di religione o di culto. Se è corretto evocare l'art. 29 lett. c del Trattato Lateranense, fatto salvo dagli accordi del 1984, non altrettanto si può dire dell'interpretazione allo stesso data dalla Corte. L'articolo infatti recita: «Le Confraternite aventi scopo esclusivo o prevalente di religione e di culto

¹⁴ Vedi *Giustizia civile*, 1994, cit., p. 709; sull'art. 10 della legge n. 222/85 vedi F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., pp. 205 ss.

¹⁵ In *Giustizia Civile*, 1998, I, pp. 197-204 con nota di M. CRISPO, *I soci delle Confraternite e la giurisdizione statale*.

non sono soggette ad ulteriori trasformazioni nei fini, e dipendono dall'autorità ecclesiastica, per quanto riguarda il funzionamento e l'amministrazione». Come si vede, solo una forzatura della norma può portare a ravvisare in essa una riserva di giurisdizione, soprattutto se si pone un confronto con l'art. 34 dei Patti Lateranensi, dove in modo inequivocabile si parla di riserva a favore dei tribunali ecclesiastici.

E se certamente per quanto riguarda le attività strettamente dirette alla realizzazione dello scopo di religione o di culto si può comprendere la riserva di cui all'art. 71, 1° comma, della legge n. 222/1985, molti dubbi insorgono sulla introduzione per via interpretativa della riserva a favore del giudice ecclesiastico in merito all'operato degli organi statutari delle Confraternite e alla sussistenza del vincolo associativo. Infine, non si può fare a meno di evidenziare che anche nel caso risolto, correttamente, dal Tribunale di Padova si trattava della sopravvivenza e composizione di un organo statutario, cioè il Collegio dei Revisori, e della permanenza in carica di un suo membro. Però, essendo l'ente in questione l'Istituto diocesano per il sostentamento del clero, e dunque un ente ecclesiastico riconosciuto in entrambi gli ordinamenti e non avente neppure scopo di religione e di culto, nessuna riserva poteva invocarsi nel caso e, dunque, legittimamente il Tribunale di Padova, affermata la propria giurisdizione, sospendeva la decisione del Vescovo, giudicata non conforme alle norme statutarie.

Dunque, l'interpretazione data dalle Sezioni Unite, nelle citate sentenze relative alle Confraternite, all'art. 10, 2° comma, della legge n. 222/1985 e all'art. 29 lett. c del trattato Lateranense non solo introduce una riserva limitativa della giurisdizione del giudice italiano, non prevista espressamente dalla legge; ma introduce altresì un'ingiustificata disparità di trattamento tra le Confraternite e gli enti ecclesiastici, di cui alla legge n. 222/1985 medesima, tra i quali gli istituti per il sostentamento del clero: perché, mentre al giudice ordinario non sarebbe consentito conoscere alcunché in merito all'attività degli organi statutari delle Confraternite, diversamente per gli altri enti ecclesiastici si afferma la giurisdizione concorrente del giudice italiano e di quello ecclesiastico.

La giurisdizione concorrente nella giurisprudenza

Se nella sentenza n. 10300/93 si accennava rapidamente al principio della concorrenza delle due giurisdizioni, esso era stato affermato in modo chiaro nella sentenza delle Sezioni Unite del 28 agosto 1990, n. 8870¹⁶. Il caso poi coinvolgeva nuovamente un Istituto diocesano per il sostentamento del clero, chiamato di fronte al pretore del lavoro da taluni sacerdoti che lamentavano una remunerazione troppo bassa. L'esito del ricorso era quello di negare la

¹⁶ In *Giustizia civile*, I/1991, pp. 303-315 con nota di M. FINOCCHIARO, *Giurisdizione del pretore del lavoro, per la quantificazione della remuneratio spettante ai sacerdoti investiti della cura delle anime?*

giurisdizione del giudice ordinario italiano, ma ciò solo in quanto i sacerdoti avevano già preventivamente adito la giurisdizione ecclesiastica, o meglio un organo amministrativo di composizione: *electa una via non datur recursus ad alteram*. Si affermava così che le giurisdizioni sono concorrenti, ma la scelta dell'una esclude la successiva possibilità di adire la seconda. Scorrendo la sentenza, si possono individuare punti importanti. In primo luogo, si affronta la questione sul piano delle norme sostanziali, poiché, se è vero che la disciplina del sostentamento del clero è canonistica, è pur vero che essa è stata recepita dallo Stato italiano, nell'ambito degli accordi tra Stato e Chiesa, come lo dimostra la vigenza di leggi dello Stato, tra tutte la legge n. 222/1985. Alla Corte appare così indubbio che il sistema di regole relativo al sostentamento del clero appartiene ad entrambi gli ordinamenti, con l'importante conseguenza che al sacerdote l'ordinamento italiano riconosce un diritto della cui lesione egli può ben lamentarsi davanti ad un giudice, non potendosi assolutamente ritenere implicitamente affermata una riserva di giurisdizione in capo ai tribunali ecclesiastici. Inoltre, la tutela giurisdizionale è annoverata tra i diritti inviolabili di cui all'art. 2 della Costituzione, tutela non del tutto rinunciata neppure laddove fosse espressamente prevista dall'art. 34 del Concordato del 1929 una riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici, poiché in sede deliberatoria il giudice nazionale poteva verificare il rispetto del diritto di difesa e dei principi di ordine pubblico. Non, dunque, mero recepimento di quanto la sentenza proveniente dall'ordinamento ecclesiastico stabiliva, ma effettivo controllo che diritti inviolabili non fossero stati pretermessi. Tornando poi alla questione della retribuzione dei sacerdoti, nella sentenza si sottolinea come il recepimento nell'ordinamento italiano della disciplina prevista dall'ordinamento canonico non può in alcun modo essere interpretata come rinuncia alla giurisdizione, la quale può derivare solo da riserva espressamente prevista dalla legge. In conclusione la sentenza n. 8870/90 afferma in modo chiaro il principio della concorrenza delle due giurisdizioni secondo il criterio della prevenzione.

A ben vedere però, nella sentenza n. 8870/90 si spendono non pochi argomenti per giungere ad una conclusione che è poi la premessa dell'affermato principio di concorrenza: cioè che le norme sostanziali sul sostentamento del clero appartengono ad entrambi gli ordinamenti. *Ergo* il giudice italiano ha giurisdizione sul caso.

Più audace, invece, la decisione del Tribunale di Padova 7 gennaio 1995¹⁷. Il caso concernente la nullità del matrimonio concordatario, era affrontato dal Tribunale in modo innovativo, ma al tempo stesso rigoroso sul piano logico-giuridico. Dopo aver ribadito l'abrogazione della riserva di giurisdizione a favore dei giudici ecclesiastici e la vigenza del principio di concorrenza tra le due giurisdizioni da risolvere mediante il criterio della prevenzione, il giudice si

¹⁷ In *Giustizia civile*, I/1995, pp. 2239-2248.

pone la questione se il giudice ordinario italiano possa risolvere la controversia applicando norme di diritto canonico quale legge regolatrice del matrimonio concordatario. Dopo l'esposizione articolata sul piano logico, la soluzione è affermativa, poiché il giudice italiano si troverebbe di fronte ad una situazione analoga al caso in cui egli debba risolvere la controversia applicando un ordinamento straniero in virtù delle norme di diritto internazionale privato, con il limite necessario del rispetto dell'ordine pubblico. Trattandosi però di matrimonio celebrato in Italia da cittadini italiani, il vincolo rimane assoggettato anche alle leggi civili, in concorrenza con le norme di diritto canonico. Sarà dunque la parte interessata a scegliere l'ordinamento dal quale far discendere la nullità del vincolo contratto e su cui chiede la pronuncia del giudice adito per primo, tenendo conto che non tutte le cause di nullità previste dall'ordinamento canonico sono conformi all'ordine pubblico interno. In generale, non può dunque escludersi che il giudice italiano possa attingere anche dall'ordinamento canonico la norma solutoria di un caso in cui sia parte un ente ecclesiastico, che è soggetto appartenente sia all'ordinamento canonico sia all'ordinamento italiano in virtù della legge n. 222/85.

Ancora nel delineare i limiti di sovranità giurisdizionale dello Stato italiano, una più recente pronuncia delle Sezioni Unite del 6 luglio 2011, n. 14839, escludeva la giurisdizione del giudice ordinario chiamato a decidere della domanda di risarcimento del danno promossa nei confronti di un ecclesiastico per aver violato regole processuali canoniche nell'esercizio delle sue funzioni di giudice ecclesiastico in una causa avente ad oggetto la nullità di un matrimonio canonico con effetti civili. Il principio della concorrenza delle due giurisdizioni era ribadito, ma non ritenuto applicabile al caso, poiché ci si muove nell'ambito della sovranità della Chiesa esercitata per il tramite dei propri giudici in applicazione di norme che regolano il processo canonico.

Tendenze recenti

L'ultima pronuncia delle Sezioni Unite, la n. 16847 del 2011, sembrerebbe aver inteso restringere a ipotesi del tutto eccezionali l'immunità dalla giurisdizione italiana: solo gli enti centrali della Chiesa sono esentati dall'attività di cognizione del giudice italiano.

Muovendo dall'orientamento della Cassazione, il Tribunale di Roma nella sentenza del 30 maggio 2013, n. 432, sembra essersi spinto anche oltre, dovendosi pronunciare su un caso di ammissione di un ente ecclesiastico alla procedura di amministrazione straordinaria prevista dalla legislazione italiana. È interessante notare come il giudice romano faccia un passo in più rispetto alla citata sentenza delle Sezioni Unite: per escludere l'ingerenza dello Stato italiano si dovrebbe guardare non solo al soggetto (l'ente ecclesiastico centrale), ma anche, alternativamente al profilo soggettivo, agli atti compiuti dall'ente, i quali dovrebbero essere "espressione diretta dell'esercizio della potestà d'im-

perio". Secondo l'interpretazione data dal Tribunale alla sentenza n. 16847, la giurisdizione del giudice ordinario è stata correttamente affermata, perché le Sezioni Unite avevano affrontato un caso in cui non era parte un ente centrale della Chiesa; ma anche – si aggiunge – non poteva «il rapporto di lavoro essere considerato espressione di una potestà *iure imperii*». La linea innovativa risulta ancora più evidente nel momento in cui il giudice romano, dopo aver ribadito l'esenzione dall'ingerenza statale riguardo all'attività di tali enti centrali, si preoccupa però di chiarire che «lo stesso termine Stato possa essere inteso nell'accezione ristretta di autorità amministrativa, dalla cui ingerenza soltanto può giustificarsi l'esenzione, e non quella giudiziaria». Proseguendo nel ragionamento, la sentenza arriva al risultato che il trattamento degli enti centrali non sarebbe diverso da quello degli altri enti ecclesiastici, «la cui esenzione dalla giurisdizione italiana non potrebbe mai riguardare attività extrareligiose e privatistiche».

Pertanto, il Tribunale precisa che invece «l'obbligo generalizzato di non ingerenza, tale da estendersi a ogni profilo dell'attività degli enti di istituzione ecclesiastica (anche se definiti centrali dal diritto canonico) costituirebbe una limitazione di sovranità che deve risultare solo da norma espressa e non è desumibile da argomenti interpretativi incerti». Da quanto detto sembra emergere una linea del tutto nuova: per gli enti centrali della Chiesa è corretto parlare di un generale principio di non ingerenza dell'apparato amministrativo statale, ma non può parlarsi di una generale esenzione dalla giurisdizione italiana laddove insorga una controversia avente ad oggetto attività regolate dalle leggi civili e non pertinenti allo scopo confessionale e religioso dell'ente centrale, a meno che non esista una precisa e univoca riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici.

Questi ultimi orientamenti del giudice di legittimità e di merito imporrebbero un ripensamento anche in merito alla giurisprudenza sopra evidenziata in materia di confraternite, poiché non esiste una norma chiara che preveda una riserva di giurisdizione: ciò vale per l'art. 10 della legge n. 222/1985 e altresì per l'art. 29 lett. c del Concordato del 1929. Entrambi prevedono una riserva a favore dell'autorità ecclesiastica rispetto a quella amministrativa dello Stato in merito alla struttura delle confraternite e agli organi statutari; ma per parlarsi di esenzione dalla giurisdizione civile dovrebbe esservi una norma univoca, sull'esempio dell'abrogato art. 34 del Concordato del 1929. Infine, seguendo il percorso tracciato dal Tribunale di Roma, l'organizzazione della confraternita, le decisioni degli organi statutari, l'esclusione di un associato non riguardano specificamente il fine spirituale, religioso e confessionale, per cui si possa giustificare un'esenzione dalla cognizione del giudice italiano, il quale, peraltro, esercita la sua funzione riguardo all'attività degli organi sociali degli enti ecclesiastici di cui alla legge n. 222. Resta solo da domandarsi se l'art. 71, comma 1°, nel preservare all'autorità ecclesiastica la competenza riguardo alle attività dirette a scopi di culto delle confraternite, faccia riferimento alla sola sfera di

amministrazione, ovvero introduca anche una riserva di giurisdizione, considerato che l'articolo non si esprime in modo rigoroso in tal senso. In generale, poi è da chiedersi, rievocando l'art. 7 della Costituzione e l'art. 2 del Concordato del 1984, se appunto sia possibile ammettere una riserva di giurisdizione solo quando enti centrali o enti periferici della Chiesa siano coinvolti in controversie attinenti esclusivamente al fine religioso, spirituale, confessionale, di culto, il che equivale a dire nell'ambito della sovranità riconosciuta alla Chiesa, tutte finalità estranee allo Stato italiano.

Riflessioni in tema di abuso del diritto: aspetti sostanziali e processuali*

Riccardo Mazzariol

La nozione di “abuso del diritto” è di non facile comprensione logica, prima ancora che giuridica. Alla base di questo concetto vi è infatti un’intima contraddizione: se l’abuso si colloca sul terreno dell’esercizio di un diritto, per definizione non può pensarsi a un comportamento illecito che si muova pur sempre su questo terreno. Di fronte a un comportamento “abusivo”, dovrebbe allora implicitamente riconoscersi che si è al di là dei limiti del diritto (e del suo corretto esercizio), con la conseguenza che la formula dell’abuso verrebbe impropriamente impiegata per descrivere fenomeni che fuoriescono dall’ambito del diritto¹.

Il superamento dell’apparente antinomia, a voler accogliere un’impostazione lontana da afflatti vetero-dogmatici, passa per la distinzione esistente tra i concetti di attribuzione del diritto e suo esercizio: il primo si colloca sul piano astratto, il secondo su quello concreto². Mentre il principio di non contraddizione con riguardo al profilo della titolarità di una situazione giuridica soggettiva impone una duplice e obbligata alternativa (attribuzione o non attribuzione della stessa), sul piano concreto non è detto che l’astratta titolarità del diritto copra ogni modalità operativa che pretenda di essere suo esercizio³. In termini semplificanti, quel che occorre è un giudizio pratico governato dal parametro della ragionevolezza avente a oggetto quello specifico comportamento al fine di valutare a posteriori se concreti un “abuso” o meno della relativa posizione giuridica soggettiva.

* Il presente saggio rielabora per iscritto la relazione tenuta dall’Autore al Convegno organizzato dall’Ateneo di Treviso il 21 novembre 2014 che verrà poi riportata nei volumi degli Atti e Memorie dell’Ateneo.

¹ In termini non dissimili si sono espressi V. SCIALOJA, *Degli atti di emulazione nell’esercizio dei diritti*, in *Foro it.*, I/1878, pp. 481 ss.; M. ROTONDI, *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 116 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli 2002, pp. 76-77; R. SACCO, *L’esercizio e l’abuso del diritto*, in AA.VV., *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Sacco*, 2001, pp. 338 ss.; M. ORLANDI, *Contro l’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, pp. 147 ss. Anche la dottrina francese sin dall’inizio dello scorso secolo aveva sostenuto che «se vi è abuso, non vi è diritto poiché il diritto cessa dove l’abuso incomincia»: cfr. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Giard et Briere, Paris 1905, p. 284.

² L’apparente antinomia è stata così risolta, ad esempio, da F. DI MARZIO, *Teoria dell’abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 681 ss.

³ Così F. DI MARZIO, *op. cit.*, p. 686.

Va peraltro rilevato che le tradizionali obiezioni rivolte a questa categoria dogmatica si sono anche alimentate della constatazione che il nostro legislatore non ha definito una nozione unitaria e astratta di «abuso del diritto», a differenza di altri ordinamenti europei. Se volgiamo per un attimo lo sguardo in una prospettiva comparatistica, si osserva che il § 226 del *Bürgerliches Gesetzbuch* dispone che l'esercizio di un diritto non è ammesso se non può avere altro scopo se non quello di recare danno ad altri; parimenti, l'art. 7 del *Código civil español* stabilisce che «la legge non protegge l'abuso del diritto o l'esercizio antisociale dello stesso. Qualsiasi atto od omissione che, per l'intenzione del suo autore, per il suo oggetto o per le circostanze di realizzazione, superi manifestamente i limiti normali di esercizio di un diritto, con danno per i terzi, darà luogo al relativo risarcimento e all'adozione di misure giudiziali o amministrative che impediscano la continuazione dell'abuso»; in modo analogo, la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea prevede all'art. 54 che nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione di diritti o delle libertà fondamentali.

A fronte di questo panorama europeo, nel nostro Codice civile (sulla scia di quello francese) si constata l'assenza di una definizione generale di abuso⁴: il legislatore si è limitato a definire delle ipotesi settoriali e specifiche che vanno dalla fattispecie di cui all'art. 833 c.c. (divieto di atti emulativi⁵) a quella prevista dall'art. 330 c.c. (abuso della potestà genitoriale)⁶, da quella stabilita dall'art. 1015 c.c. (abuso compiuto dall'usufruttuario del suo diritto)⁷ a quella disciplinata dall'art. 2793 c.c. (abuso della cosa data in pegno a opera del creditore pignoratizio)⁸.

Stante l'assenza di un chiaro e universale parametro legislativo di riferimento, è spettato alla giurisprudenza il compito – a questo punto quasi obbligato – di individuare un principio generale di abuso del diritto e di definirne gli esatti contorni⁹.

⁴ In realtà, nell'art. 7 del Progetto preliminare del Codice del 1942 era prevista una clausola generale, poi espunta, la quale così recitava: «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto».

⁵ Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri.

⁶ Il giudice può pronunciare la decadenza dalla responsabilità genitoriale quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio.

⁷ L'usufrutto può anche cessare per l'abuso che faccia l'usufruttuario del suo diritto alienando i beni o deteriorandoli o lasciandoli andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni.

⁸ Se il creditore abusa della cosa data in pegno, il costituente può domandarne il sequestro.

⁹ In campo dottrinale si assiste a un vivace dibattito che ha tentato, prima, di giustificare l'esistenza e, poi, di definire il contenuto della figura. Cfr. ad esempio U. NATOLI, *Note preli-*

In linea generale, pur con i distinguo propri di ogni pronuncia giudiziale, gli elementi costitutivi della fattispecie sono stati così delineati: 1) l'esistenza di un diritto soggettivo in capo a un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto a un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio cui è soggetta la controparte¹⁰.

Da questa definizione di matrice pretoria emerge un primo importante approdo concettuale: l'abuso del diritto, lungi dal presupporre una violazione in senso astratto, delinea l'utilizzazione concreta alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore. In sostanza, è ravvisabile quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto e il suo atto di esercizio, risulti snaturata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede. Come conseguenza di tale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva¹¹.

Dalla nozione appena esposta risulta evidente come la giurisprudenza abbia fondato la regola generale del divieto di abuso, per lo meno in ambito contrattuale, sulla presenza dell'obbligo generale di buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) che viene posto quale caposaldo – accanto ai principî costituzionali degli «inderogabili doveri di solidarietà sociale» imposti dall'art. 2 Cost. – per giustificarne l'esistenza e reprimere le relative condotte. In altre parole, il concetto di mala fede oggettiva viene dalla Suprema Corte sovrapposto alla nozione di abuso, quasi a costituirne un'estensione o un'alternativa della medesima sostanza. A una più attenta visione del fenomeno, si è però rilevato che il riferimento al criterio della correttezza, disciplinato dall'art. 1175 c.c., non sarebbe del tutto appropriato in quanto non vi sarebbe una perfetta coincidenza tra l'ambito di

minari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 37 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, il Mulino, Bologna 1998, pp. 13 ss.; S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, I, Milano 1958, pp. 168 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino 1987, pp. 2 ss.; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, Aggiorn. II, Milano 1998, pp. 1 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma 1988, pp. 1 ss.; A. GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, Roma 1988, pp. 1 ss.

¹⁰ Cfr. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Rass. dir. civ.*, II/2010, p. 577.

¹¹ Cfr. D. BUSNELLI - E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, III, *L'abuso del diritto*, CEDAM, Padova 1998, pp. 171 ss.

applicazione della regola della buona fede e quello di divieto di abuso del diritto: quest'ultimo riguarda il comportamento di chi è titolare di una posizione giuridica di vantaggio, mentre la prima è chiamata a disciplinare anche il comportamento del soggetto obbligato¹².

Ora, a prescindere dall'esattezza di queste osservazioni che porterebbero il discorso assai lontano e in ambiti non rilevanti ai nostri fini, è di certo innegabile che la nozione di abuso del diritto e di buona fede oggettiva in parte paiono sovrapporsi, o quantomeno lambirsi reciprocamente, poiché è indubitabile che chi perpetra un abuso si comporta in modo scorretto¹³.

Nel tentativo di portare a compimento l'opera di individuazione dell'esatta latitudine del concetto di abuso e di declinare in termini operativi il discorso, sembra ora opportuno muovere da un celebre caso che ha ricevuto l'attenzione della giurisprudenza francese agli inizi del secolo scorso e che rappresenta la nascita della nozione di abuso del diritto¹⁴.

S'intende fare riferimento all'*Affaire Clement Bayard*: nel 1915 tale *Monsieur Coquerel*, proprietario di un terreno confinante con un *hangar* in cui sostavano e da cui partivano i dirigibili *Zeppelin*, aveva eretto sul proprio fondo, nel rispetto delle distanze legali, due file di pali, distanziati qualche metro

¹² Cfr. G. D'AMICO, *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in AA.VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, Torino 2010, p. 6, nt. 8, il quale osserva come il criterio della buona fede impone al creditore di non esercitare prerogative sicuramente non ricomprese nel suo diritto se questo esercizio si risolve in un aggravamento della posizione della controparte senza alcun apprezzabile vantaggio per il creditore stesso; viceversa, il divieto di abuso colpisce comportamenti con cui il creditore mira, attraverso l'esercizio del diritto, ad appropriarsi di utilità che fuoriescono dal novero di quelle di cui la situazione di vantaggio attribuitagli dall'ordinamento legittima il conseguimento. Secondo altra prospettiva, invece, la differenza tra le due nozioni emerge nell'ipotesi in cui si operi il controllo della fattispecie: nel campo dell'abuso del diritto, si considera il diritto soggettivo astratto dalla trama delle relazioni in cui concretamente vive e assunto come entità isolata, mentre il sindacato giudiziale per l'accertamento della violazione del canone di buona fede avrebbe natura relazionale in quanto presuppone un bilanciamento di interessi contrapposti: così C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 74 e 184 ss.

¹³ Conformemente al testo cfr. V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela: asimmetria e condotte abusive*, CEDAM, Padova 2008, pp. 44-45. In tema di rapporti tra abuso del diritto e buona fede oggettiva, la dottrina si è divisa tra chi li descrive in termini sostanzialmente coincidenti (cfr. U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 147) e chi invece li distingue nettamente (cfr. C. SALVI, *Abuso del diritto*, cit., p. 3). Altri, ancora, delimitano l'utilità dell'impiego della nozione di buona fede per descrivere la figura dell'abuso del diritto unicamente in ambito contrattuale e nei rapporti obbligatori (cfr. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 232).

¹⁴ La vicenda è riportata, tra gli altri, da L. PANZANI, *Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 709; nonché da M.P. MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, CEDAM, Padova 2006, pp. 33 ss. Si precisa che il caso è stato deciso da Cass., 3 agosto 1915, *Recueil*, Dalloz, 1917, 1, pp. 705 ss.

gli uni dagli altri, aventi un'altezza di circa undici metri e sormontati da punte metalliche alte tre metri. L'opera così ideata non assolveva ad alcuna funzione delimitativa, visti gli ampi spazi esistenti tra i pali, e non aveva altra spiegazione se non quella di ostacolare l'atterraggio dei aerostati sul terreno vicino di cui *Clement Bayard* era titolare.

Sotto il profilo formale, il comportamento del *Coquerel* risultava pienamente legittimo in quanto il codificatore francese all'art. 544 ha proposto una definizione molto ampia (oltre che enfatica) della proprietà che è stata, poi, in parte ripresa da quello italiano: «*la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*». Tuttavia, sul piano concreto i mezzi usati per l'esercizio del diritto dominicale da parte del titolare erano ispirati esclusivamente dall'intento di nuocere il vicino e concretavano perciò un abuso che andava sanzionato.

Anche all'interno dell'ordinamento di *common law*, ancorché non sia presente una nozione di diritto soggettivo comparabile con quella italiana¹⁵, si è offerto tutela contro l'abuso, ridisegnando e mitigando la regola romanistica espressa dal principio *qui iure suo neminem laedit*.

Celebre è la decisione di *Lord Halsbury in Mayor of Bradford v. Pickles* del 1895: tale *Mr. Pickles* aveva effettuato un profondo scavo nel suo terreno che aveva impedito all'acqua di una sorgente, che da oltre quarant'anni riforniva la città di *Bradford*, di scorrere verso il centro cittadino. Seppure *Mr. Pickles* avesse tentato di sostenere che la propria azione era giustificata dalla ricerca di minerali, la Corte ritenne che il proprietario aveva agito *in excess of his rights as a landowner*, spinto da fini speculativi allo scopo di costringere la città di *Bradford* a versargli un corrispettivo per ottenere l'approvvigionamento idrico¹⁶. Anche in questa vicenda si assiste a un comportamento di un soggetto astrattamente conforme al contenuto del proprio diritto, ma da considerarsi illecito sulla base di una valutazione concreta.

Così delineati (seppur genericamente) i contorni della figura sui quali è senz'altro possibile convenire, arduo si fa il compito dell'interprete che voglia fornire una spiegazione più analitica della figura dell'abuso del diritto. Sul punto, si sono opposte in dottrina numerose opinioni le quali hanno fatto ricorso a concetti eterogenei: si è così fatto riferimento a un «uso oggettivamente anormale del diritto» in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico o con specifiche disposizioni di legge¹⁷, o alla nozione di «sviamento dall'interesse, inteso quale esercizio di poteri e facoltà aventi lo scopo di per-

¹⁵ Il diritto soggettivo in Gran Bretagna ha un contenuto che dipende dai rimedi processuali considerati azionabili.

¹⁶ Anche questo caso è tratto da L. PANZANI, *Abuso del diritto*, cit., p. 713.

¹⁷ Cfr. S. PATTI, *Abuso del diritto*, cit., pp. 7 ss.; in giurisprudenza, v. Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in *Foro it.*, I/1961, p. 256.

seguire un interesse differente rispetto a quello per i quali sono stati conferiti¹⁸. Altri, ancora, hanno fondato la categoria dell'abuso guardando al risultato dell'esercizio del diritto attraverso un confronto relazionale con gli interessi con cui interagisce¹⁹.

Si tratta di spiegazioni concettuali del fenomeno sicuramente in parte contrastanti; tuttavia, pur nella evidenziata varietà descrittiva, appare ciò nonostante possibile rinvenire un minimo comun denominatore che parte dal presupposto che il diritto soggettivo, nella sua definizione minimale e sintetica, deve essere ricostruito come *agère licère* per il soddisfacimento di un interesse meritevole di protezione secondo l'ordinamento: rappresenta uno spazio di libertà per ogni individuo che però non può mai divenire mero arbitrio. In altri termini, non è possibile impiegare in modo alterato lo schema formale del diritto per giustificare comportamenti volti al perseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli previsti dal legislatore: abusare è coprire dell'apparenza del diritto un atto che non si ha diritto di compiere²⁰. Come in un'illusione ottica, l'atto risulta astrattamente compatibile con il contenuto del diritto perché conforme allo schema della fattispecie normativa; però, sul piano del concreto esercizio delle prerogative, si verifica uno sconfinamento rispetto all'interesse perseguito.

S'impone dunque un ampliamento dei poteri di controllo giudiziale (*rectius*, statuale) sugli atti dei privati, soprattutto in ambito negoziale, al fine di verificare se uno specifico esercizio del diritto concreti un abuso. E questo sindacato dovrà in particolare riguardare l'esercizio di diritti che magari trovano fonte proprio in clausole inserite in un contratto pur se consensualmente e reciprocamente accettate dalle parti. Tuttavia, una simile verifica risulta giustificata solamente nella misura in cui miri a tutelare la posizione di chi si trovi ingiustamente leso nei propri interessi a opera di colui che intende conseguire o conservare dei vantaggi attraverso atti di per sé strutturalmente legittimi, ma esercitati in modo da alterarne la funzione in violazione dei canoni di correttezza²¹. Al di fuori di questi specifici ambiti, nessun controllo a opera del magistrato deve essere ammesso pena un inammissibile sconfinamento delle prerogative giudiziali.

¹⁸ C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 81.

¹⁹ D. BUSNELLI - E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., p. 187.

²⁰ U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 37.

²¹ Si è naturalmente consci che il discorso appena condotto rischia di scivolare verso il crinale dell'abuso della libertà contrattuale, più che del diritto: trattasi di una fattispecie in parte diversa che si concreta o nell'ottenimento abusivo di clausole vantaggiose per sé e svantaggiose per la controparte che le ha accettate in quanto contraente «debole» (c.d. abuso del rapporto) o nell'impiego a opera di entrambi i contraenti di strumenti negoziali a danno di terzi, in genere creditori (c.d. abuso del contratto).

In una prospettiva più ampia, va rilevato che il fenomeno dell'abuso trova riscontro non solo nel campo «sostanziale o negoziale», ma può trovare applicazione anche in ambito processuale²². S'intende fare riferimento alle ipotesi in cui un soggetto eserciti un'azione di per sé formalmente legittima, ma il cui esercizio in concreto risulti contrario a buona fede o non conforme al fine per la quale è stabilita²³.

Sul terreno operativo, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno così sanzionato la condotta di un creditore che aveva frazionato le domande di recupero del credito nei confronti del proprio debitore al solo fine di incardinare avanti al Giudice di pace i relativi procedimenti, considerati più celeri e snelli rispetto a quello (unico) che avrebbe dovuto essere proposto davanti al Tribunale competente per valore²⁴: oltre a violare il generale dovere di correttezza e buona fede, la disarticolazione, da parte del creditore, dell'unità sostanziale del rapporto (sia pur nella fase patologica della coazione all'adempimento), in quanto attuata nel processo e tramite il processo, si risolveva automaticamente anche in abuso dello stesso.

Allo stesso modo, è stato sanzionato il creditore che aveva agito giudizialmente per il recupero soltanto di una parte del credito, ancorché fosse esigibile *in toto*, in quanto la clausola generale di buona fede – operante anche nella fase patologica conseguente al mancato o inesatto adempimento – impedisce di considerare legittimo il comportamento di chi, attraverso un'anomala tecnica di frazionamento nel tempo delle azioni giudiziarie, prolunghi arbitrariamente il vincolo coattivo a cui deve sottostare il debitore, con pregiudizio per quest'ultimo non giustificato da un interesse oggettivamente apprezzabile e meritevole di tutela del creditore²⁵.

L'applicazione della regola dell'abuso del diritto nel campo processuale ha trovato spazio nonostante l'assenza nell'ordinamento, anche in relazione a queste ipotesi, di un principio generale che sanzioni specificatamente l'uso improprio dei mezzi processuali. Su questo terreno esistono tuttavia alcune norme

²² Cfr. sul tema, ad esempio, M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, CEDAM, Padova 1998; A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *L'abuso del diritto*, CEDAM, Padova 1998; G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, pp. 91 ss.; V. ANSANELLI, voce *Abuso del processo*, in *Dig. Disc. Priv.*, I, Torino 1987, pp. 1 ss.; M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta, Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Giuffrè, Milano 2004; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, I, *Profili storici*, II, *Diritto positivo*, CEDAM, Padova 2000; A. DONDI - A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, pp. 193 ss.

²³ A questo proposito si è coniato anche il termine di «abuso del processo» per indicare quel fenomeno che vede la propria epifania nell'uso improprio di strumenti difensivi attraverso la proposizione di domande giudiziali del tutto infondate o di eccezioni affatto defatigatorie.

²⁴ Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Danno e resp.*, 2008, p. 996.

²⁵ Così Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, in *Giust. civ.*, I/2000, p. 2265.

che, seppur settoriali, sembrano dare attuazione al principio che impone ai privati di agire giudizialmente in buona fede nell'esercizio dei propri diritti: sotto questo profilo, vengono in rilievo l'art. 88 c.p.c. a mente del quale «le parti [e i loro difensori] hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità» e l'art. 220 c.p.c. che commina una pena pecuniaria in caso di infondato riconoscimento di una scrittura privata. Il legislatore ha poi previsto un'apposita sanzione nei confronti della parte che abusi dello strumento processuale: si tratta dell'art. 96 c.p.c. a mente del quale «se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza [...] In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata»²⁶.

La stessa costituzionalizzazione dei principi del “giusto processo”, intervenuta con la riscrittura dall'art. 111 Cost., rende evidente come non potrebbe considerarsi “giusto” il procedimento frutto di abuso conseguente all'esercizio di un'azione (o eccezione) in forme eccedenti o devianti rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che segna il limite, oltretutto la ragione, dell'attribuzione al suo titolare della *potestas agendi*.

Se queste previsioni normative sono dirette a reprimere le condotte abusive della parte, con progressione argomentativa v'è da chiedersi se e in quale misura residui uno spazio per imporre anche al difensore – rappresentante in giudizio del soggetto nel cui interesse viene perpetrato l'abuso – il rispetto dei medesimi obblighi.

In ordine alla questione, va anzitutto evidenziato che l'art. 88 c.p.c. prescrive anche all'avvocato il rispetto di quel dovere di lealtà e probità che la legge richiede all'assistito. Non solo: il nuovo Codice deontologico forense prevede

²⁶ Cfr. F. D. BUSNELLI - E. D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o “condanna punitiva”?*, in *Danno e resp.*, 2012, pp. 585 ss. Si segnala che il principio che vuole che le spese del giudizio seguano la soccombenza è stato di recente rafforzato in virtù della novella legislativa (decreto legge 12 settembre 2014, n. 132, approvato con modifiche dalla legge di conversione) che ha introdotto il nuovo art. 92, II comma, c.p.c.: «se vi è soccombenza reciproca ovvero nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti, il giudice può compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero». In ordine al profilo delle spese di lite, si è osservato che la nozione di abuso del processo non può essere confusa con quella di temerarietà della lite: l'abuso attiene all'atto di esercizio dello strumento processuale, mentre la fattispecie di cui all'art. 96 c.p.c. richiama, con il suo collegamento alla soccombenza, la situazione giuridica sostanziale (cfr. F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, II, cit., p. 139). Tuttavia, appare innegabile che l'abuso di uno strumento processuale comporti come conseguenza, in ragione della reiezione della domanda, la condanna alle spese anche in misura aggravata.

una serie di stringenti obblighi di correttezza al fine di evitare che la difesa delle (asserite) ragioni di una parte si trasformi in un abuso dei relativi diritti. In particolare, l'art. 6 stabilisce che l'avvocato deve svolgere la propria attività professionale con lealtà e correttezza e non deve proporre azioni o assumere iniziative in giudizio con mala fede o colpa grave; parimenti, l'art. 48 dispone che l'intimazione fatta dall'avvocato alla controparte tendente a ottenere particolari adempimenti sotto comminatoria di azioni, istanze fallimentari, denunce o altre sanzioni, è consentita solo quando tende a rendere avvertita la controparte delle possibili iniziative giudiziarie in corso o da intraprendere, mentre è deontologicamente scorretta qualora siano minacciate azioni o iniziative sproporzionate o vessatorie; a sua volta, l'art. 49 impone all'avvocato di non aggravare con onerose o plurime iniziative giudiziali la situazione debitoria della controparte quando ciò non corrisponda a effettive ragioni di tutela dell'assistito.

Sulla scorta di queste previsioni, il difensore disposto ad assecondare il cliente deciso a instaurare un giudizio palesemente infondato o volto a ottenere vantaggi manifestamente impropri – sviando il processo dal suo fine istituzionale che è quello di fare giustizia, ossia di offrire tutela a un diritto soggettivo leso²⁷ – sarebbe passibile di una duplice sanzione: disciplinare e risarcitoria. La prima verrebbe inflitta dal competente Consiglio Distrettuale di Disciplina; la seconda troverebbe origine nella domanda della parte assistita, la quale potrebbe agire per ottenere il ristoro dei danni conseguenti all'illecito contrattuale commesso dal difensore per violazione del dovere di diligenza nell'esercizio dell'incarico. Deve, infatti, ritenersi sussistere l'obbligo in capo all'avvocato di astenersi dal fornire assistenza legale a soggetti che accampano pretestuose e chiaramente ingiustificate richieste.

In chiusura di analisi, va evidenziato come l'abuso dello strumento processuale possa venire impiegato non solo per dare sistemazione (illegittima) a interessi che si collocano sul piano sostanziale, ma anche per produrre effetti (ingiusti) che si esplicano sul solo piano processuale²⁸.

Si pensi al caso di un soggetto che proponga una domanda giudiziale allo scopo esclusivo di creare una incompatibilità (al fine di liberarsi di un magistrato sgradito) per dare luogo a un motivo di ricazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 51 n. 3 e 52 c.p.c., in relazione a un procedimento che ha successivamente intenzione di iniziare²⁹.

Sempre in quest'ottica, si immagini altresì l'instaurazione di un giudizio nei confronti di più soggetti al fine di determinare l'insorgenza di un'incompatibilità testimoniale: conformemente al brocardo *nemo testis in causa propria*, vige

²⁷ Cfr. M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit., p. 13.

²⁸ M.F. GHIRGA, *op. cit.*, pp. 16 ss.

²⁹ La legge impone, infatti, al giudice di astenersi qualora abbia conosciuto la causa come magistrato in altro processo. Cfr. L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricazione del giudice civile*, CEDAM, Padova 1991, p. 107.

ex lege un'inconciliabilità assoluta tra la posizione di parte e quella di testimone nel medesimo processo. Deve dunque ritenersi abusiva la condotta di chi, appositamente e artatamente, conviene in giudizio un soggetto per impedire che lo stesso possa essere chiamato a rendere testimonianza in quel procedimento su un fatto di cui è a conoscenza, contrario all'interesse dell'attore.

Già a metà del secolo scorso, Francesco Carnelutti³⁰, uno dei più eminenti avvocati e giuristi italiani, in polemica con Andrioli³¹, metteva in guardia sull'esigenza di estirpare «la mala pianta della frode processuale»³². A questo proposito, celebre è la vicenda narrata da Carnelutti fondata sull'allora vigente art. 781 c.c.: «se un marito e una moglie, per frodare il divieto della donazione tra coniugi, concordano tra di loro una vendita (relativamente simulata), la legge li castiga con un niente di fatto; ma se invece hanno l'accortezza di simulare una lite e attraverso la condanna di uno di loro a pagare un finto debito e la conseguente espropriazione, un bene della moglie passa gratuitamente al marito o viceversa, [sarebbe inaccettabile che] nessuno [...] ci possa trovare a ridere»³³.

Quella che va sanzionata è l'utilizzazione impropria del processo come mezzo alternativo allo strumento negoziale per ottenere effetti non conseguibili perché vietati dalla legge e concretanti un abuso o perché non previsti dall'ordinamento giuridico³⁴. Non si nega che tutti possano agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24 Cost.); è però necessario che la giurisdizione si attui mediante il «giusto processo regolato dalla legge» (art. 111 Cost.), tenendo a mente che laddove vi è abuso non può esservi spazio per un processo giusto. E i casi appena prospettati costituiscono la testimonianza operativa che non sempre il processo serve alla giustizia: vanno dunque punite le condotte di chi, sia esso parte o difensore, abusi del proprio diritto in ambito sostanziale o processuale.

Proprio in ordine a quest'ultimo profilo, un cenno conclusivo merita il Disegno di legge delega (collegato alla legge di stabilità del 2014), approvato il 17 dicembre 2013 dal Consiglio dei Ministri, in cui si prevede(rebbe) una responsabilità dell'avvocato in solido con il cliente, condannato per lite temeraria ex art. 96 c.p.c., nei confronti della controparte vittoriosa in giudizio. Si tratta del tentativo di concedere fondamento normativo a una estemporanea

³⁰ F. CARNELUTTI, *Processo in frode alla legge*, in *Riv. dir. proc. civ.*, II/1949, pp. 33-34.

³¹ V. ANDRIOLI, *Sulla rilevanza del dolo processuale bilaterale*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944, p. 404.

³² F. CARNELUTTI, *Contro il processo fraudolento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, II/1926, p. 25.

³³ F. CARNELUTTI, *Processo in frode alla legge*, cit., p. 34.

³⁴ Cfr. A. GAMBARO, *L'abuso del diritto di azione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, pp. 821 ss., secondo il quale in questa ipotesi dovrebbe ritenersi inammissibile ex art. 100 c.p.c. la domanda giudiziale in quanto proposta da chi non aveva interesse ad agire, intendendosi per interesse quello concreto, apprezzabile e meritevole di tutela giuridica e non, di certo, il semplice interesse a recare un danno ingiusto a un altro soggetto.

tendenza, ancorché assai minoritaria, della giurisprudenza di merito³⁵, la quale ha in taluni casi condannato – ai sensi dell’attuale art. 94 c.p.c. – l’avvocato difensore, assieme al cliente, al pagamento delle spese processuali in favore della controparte, per aver intrapreso una lite senza la minima prudenza. Premesso come simili statuizioni risultino all’oggi totalmente illegittime in quanto prive di quella base normativa che, per l’appunto, il suddetto Disegno di legge delega vorrebbe fornire, v’è da chiedersi se la prospettata riforma delle spese processuali risulti davvero necessaria e idonea concretamente a impedire comportamenti abusivi a opera del difensore. Quel che preme sin dal principio sottolineare è che non s’intende qui avanzare un’apologetica e partigiana difesa del ceto forense, ma si vuole contribuire a una riflessione che consideri tutti i fattori e i possibili esiti.

Fondamentale punto di partenza dell’indagine va individuato nell’esistenza, già evidenziata, di strumenti di reazione previsti dall’ordinamento nel caso in cui l’avvocato ponga in essere un abuso del processo: per un verso, il difensore potrà essere chiamato a rispondere disciplinarmente del proprio agire, per altro verso sarà tenuto a risarcire il cliente, in forza del contratto di mandato, dei danni sofferti. Di fronte a questo panorama sanzionatorio, va primariamente rilevato come la previsione oggetto di delega non risulti necessaria a sopperire ad alcuna lacuna legislativa: i rimedi attualmente previsti appaiono già completi in quanto si indirizzano tanto sotto il profilo economico, quanto sotto quello disciplinare e professionale.

In un’ottica di verifica degli interessi in gioco, sorge allora il dubbio che il prospettato ampliamento della sfera di responsabilità dell’avvocato anche nei confronti della controparte finisca unicamente con l’agevolare quest’ultima nell’ottenimento di un vantaggio patrimoniale a danno però di taluni principi superiori dell’ordinamento posti a presidio dell’Avvocatura. In una prospettiva che tenga conto di tutti i fattori coinvolti, va infatti rilevato che il progetto di legge, a fronte del peraltro incerto soddisfacimento dell’interesse della parte vittoriosa, finisce per minare seriamente l’indipendenza del difensore. Quest’ultimo sarebbe messo alla mercé dell’organo giudicante poiché il singolo patrono diventerebbe egli stesso, di fatto, parte sostanziale del processo: verrebbe dunque meno quella terzietà che ogni legale è chiamato a possedere ai sensi dell’art. 9 del Codice deontologico forense e dell’art. 2 della legge n. 247/2012³⁶.

Va peraltro paventata un’ulteriore possibile conseguenza: il cliente, quand’anche fosse titolare dell’apparenza di un buon diritto, potrebbe non trovare un avvocato disposto ad accettarne la difesa di fronte al pericolo di condividere l’esito della lite che risulta ormai sovente imprevedibile. La convergenza degli

³⁵ Ci si riferisce, ad esempio, alla inedita decisione assunta dal Tribunale di Cagliari con la sentenza n. 2247 del 19 giugno 2008.

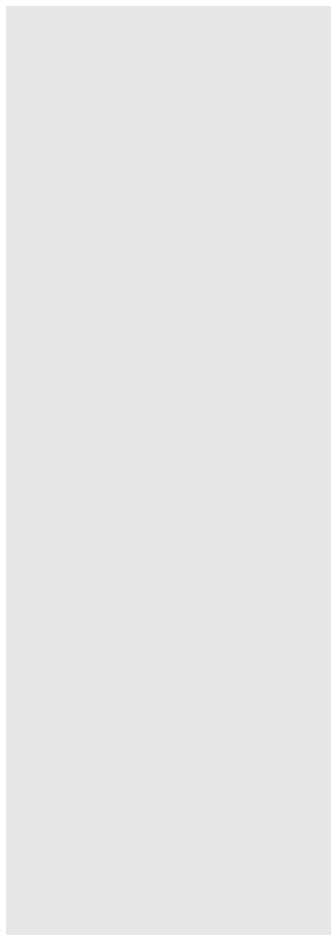
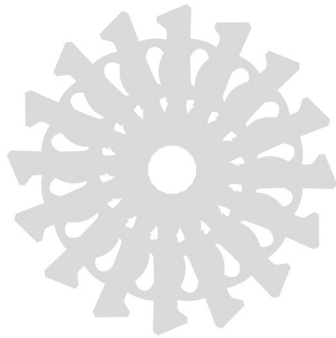
³⁶ L’avvocato è un libero professionista che, in libertà, autonomia e indipendenza, svolge la propria attività.

interessi personali del patrono con quelli dell'assistito finirebbe così per generare potenziali conflitti tra la parte e il suo difensore, sì da favorire l'assunzione, da parte del secondo, di comportamenti processuali non voluti dal primo e per lui dannosi³⁷.

Le considerazioni che precedono dimostrano come la legittima lotta alle situazioni di abuso non possa spingersi sino all'adozione di misure estemporanee che, a fronte di una efficacia assai dubbia, finiscono concretamente per ledere alcuni dei principi generali dell'ordinamento posti a presidio dell'Avvocatura e, di riflesso, dei cittadini che a essa si rivolgono quotidianamente per ottenere giustizia.

³⁷ Queste osservazioni critiche sono state sollevate dal prof. Francesco Volpe dell'Università degli Studi di Padova in una lettera indirizzata al locale Ordine degli Avvocati pubblicata *online*.

CULTURA E PROFESSIONE



Libertà, eguaglianza, dialogo tra le corti**

Angioletta Sperti

«Il desiderio di eguaglianza non è speranza di eliminazione di tutte le differenze». Con queste parole la Corte Suprema del Sud Africa si esprime in una nota pronuncia del 1998 concludendo per l'illegittimità costituzionale delle leggi che punivano l'omosessualità come reato, in quanto lesive non solo della dignità dell'individuo e della sua privacy, ma anche del suo «diritto alla differenza».

Si coglie nell'affermazione della Corte Suprema quella tensione tra libertà ed eguaglianza, tra autodeterminazione individuale e pretese di riconoscimento che pervade tutto il dibattito politico e giurisprudenziale degli ultimi anni sui diritti degli omosessuali e delle coppie dello stesso sesso. Anche nella pronuncia sudafricana, infatti, i valori costituzionali in gioco, potenzialmente in conflitto tra loro, trovano la propria ricomposizione nel riconoscimento della dignità personale attraverso cui il valore della persona viene ricondotto alla «dimensione sociale dei diritti, intesi come patrimonio dell'uomo posto nel contesto della società»¹.

Il bel libro curato da Angelo Schillaci – che raccoglie i contributi di alcuni giovani studiosi sul tema del riconoscimento dei diritti degli omosessuali – è percorso da questo filo conduttore. Lo si può cogliere sin dalle parole del titolo e del sottotitolo: come scrive Schillaci, la riflessione sui diritti ed, in particolare sui diritti degli omosessuali, «rappresenta un ambito di osservazione privilegiato, in quanto è proprio attraverso lo studio della portata e dei limiti della protezione costituzionale di essi che si può approfondire il nesso tra riconoscimento di pratiche di autodeterminazione e capacità della Costituzione di articolare il processo di integrazione della comunità politica» (p. 211).

Muovendo dall'analisi delle concrete esperienze di vita delle coppie dello stesso sesso, il libro illustra, dunque, come il diritto – in particolare, il diritto costituzionale – possa contribuire alla piena integrazione sociale e politica delle persone omosessuali e delle coppie dello stesso sesso. Con una formula suggestiva Schillaci parla di una Costituzione «degli assenti» – quali sono, nell'orizzonte del libro, le persone omosessuali e le loro famiglie – resa concreta e vivente, pur nella consapevolezza che «il diritto, pur potendo gestire i conflitti e aprire il cammino, certo non può tutto». Il libro apre quindi il metodo

* Recensione a A. SCHILLACI (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti. Desiderio e riconoscimento*, Carocci, Roma 2014.

¹ P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo del costituzionalismo*, in R. NANIA - P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Giappichelli, Torino 2006, p. 129.

giuridico all'esperienza, alla «fenomenologia dell'umana dignità» (Schillaci, p. 19), mostrando all'interprete e allo studioso come il diritto costituzionale possa recuperare la propria funzione "costitutiva di unità" o di "integrazione fra gruppi" (Angelini, p. 97; Ratti, pp. 29 ss.).

Al tempo stesso, pur ispirati da questi obiettivi di fondo, gli Autori colgono nell'esame delle questioni relative al riconoscimento dei diritti degli omosessuali l'opportunità di una più generale riflessione su alcuni temi chiave del diritto costituzionale più recente: la separazione dei poteri (Romano), l'attuale crisi delle istituzioni parlamentari, incapaci di offrire adeguate risposte alle istanze provenienti dalla società civile (Cerrone, Angelini, Saitto); i conflitti di leggi e di culture che emergono tra le discipline nazionali sui diritti degli omosessuali ed il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale (Vitucci); la garanzia di istituto, in particolare in relazione al matrimonio (Schillaci); l'interpretazione delle disposizioni costituzionali alla luce dell'evoluzione del costume sociale (Schillaci, Ibrido, Romano, per limitarsi ai contributi che più si concentrano sull'argomentazione giudiziale).

L'orizzonte dell'indagine non si limita, inoltre, solo al diritto costituzionale del nostro Paese: i processi di integrazione della comunità politica si compiono oggi in una pluralità di livelli, coinvolgendo le Corti sovranazionali ed arricchendosi del dialogo e della circolazione degli argomenti fra corti costituzionali.

Fondata sul valore della dignità umana, l'idea dei diritti contiene, infatti, un'aspirazione all'universalità e tuttavia, affondando le proprie radici anche nelle specificità culturali e storiche delle singole esperienze, necessariamente l'applicazione concreta di quell'idea si traduce in particolarismo e pluralismo². È dunque in questa prospettiva che si comprende l'importanza delle dinamiche di integrazione e cooperazione tra i vari ordinamenti nel contesto in esame: Schillaci ricorda, a tal proposito, come la stessa immagine della persona umana si ricostruisca continuamente su più livelli testuali e di interpretazione dell'esperienza e come in particolare "la questione omosessuale partecip[i] a questo complesso sistema di interazioni" (pp. 20-21).

Muovendo da questa prospettiva, i singoli contributi sono attenti, quindi, ai complessi profili di diritto internazionale privato che vengono in considerazione nel riconoscimento dei diritti degli omosessuali e delle coppie dello stesso sesso nei vari ordinamenti (Vitucci); al tema del "viaggio dei diritti", con riferimento alla protezione dei richiedenti asilo politico per motivi legati all'orientamento sessuale (Ciervo); alla giurisprudenza della Corte europea dei

² Sul tema, fra i molti scritti, si v. oltre al già citato saggio di Ridola, anche M. CARTABIA, *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti umani*, testo rivisto della relazione svolta al Convegno dell'Accademia nazionale dei Lincei, *La Costituzione 60 anni dopo: i diritti fondamentali*, Roma 28-29 febbraio 2008, in www.astrid-online.it, p. 27; M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, il Mulino, Bologna 2010, p. 161 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012.

diritti dell'uomo, cui spesso le coppie omosessuali – anche nel nostro Paese – si rivolgono per il superamento dei limiti e delle restrizioni nel riconoscimento, a livello nazionale, dei diritti delle persone LGBT (Repetto); infine, al contributo offerto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nell'affermazione del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale (Sardo).

Al tempo stesso, il tema del dialogo tra le corti e dell'uso dell'argomento di diritto comparato percorre tutti i contributi. Le questioni relative al riconoscimento dei diritti degli omosessuali e delle coppie dello stesso sesso offrono, infatti, un punto di vista privilegiato per una riflessione sull'importanza della comparazione ai fini di interpretazione e di creazione del diritto. Nella soluzione di casi nuovi e spesso “difficili” – in quanto relativi a temi come il matrimonio, la famiglia, la genitorialità che sono strettamente connessi alle tradizioni proprie delle varie esperienze nazionali – l'interprete può trarre indicazioni utili dalle esperienze straniere che in passato sono state chiamate ad affrontare e risolvere casi simili. Consapevoli dunque di come, anche nel tema in esame, la comparazione ed il dialogo fra le varie esperienze costituzionali rappresenti una *necessità* più che un'opportunità per l'interprete, gli Autori ampliano la propria prospettiva, rivolgendo la propria attenzione alle esperienze straniere più significative.

La comparazione rappresenta, pertanto, per gli Autori, uno strumento utile «per percorrere più in profondità gli itinerari di riconoscimento» (Schillaci, p. 22), ma al tempo stesso offre loro lo spunto per una revisione critica dell'esperienza del nostro Paese e della sua lenta integrazione con gli altri paesi sui temi della lotta all'omofobia (Cerrone), del matrimonio tra persone dello stesso sesso (Angelini, Schillaci, Romano), della tutela dei minori (Repetto), del divorzio imposto alle coppie in cui uno dei coniugi decida di intraprendere un percorso di mutamento e di rettificazione del sesso (Saitto).

Anche da questo punto di vista il libro realizza, dunque, pienamente quello che, a parere di chi scrive, deve essere l'impegno del costituzionalista: favorire la maturazione della coscienza pubblica e della sensibilità politica sui diritti degli omosessuali, affinché si realizzi finalmente anche il loro pieno riconoscimento a livello legislativo.

Risoluzione per inadempimento e caparra confirmatoria*

Martina Grandi

La risoluzione per inadempimento è sempre stata concepita, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, come rimedio a struttura alternativa, giudiziale o extragiudiziale: nell'un caso (art. 1453 c.c.), l'impugnativa ha carattere costitutivo, nell'altro (artt. 1454, 1456, 1457 c.c.), comporta un mero accertamento della legittimità della risoluzione del contratto, provocata dalla volontà estintiva del creditore¹.

L'interpretazione data in giurisprudenza alla disciplina della risoluzione (artt. 1453 ss. c.c.) e del recesso impugnatorio (art. 1385 c.c.) ha indotto parte della dottrina a rivalutare tale inquadramento e a configurare in modo unitario la tutela sinallagmatica come diritto potestativo ad attuazione extraprocessuale, di cui il giudice accerta, successivamente ed eventualmente, il legittimo esercizio, al pari di quanto accade nel caso di contestazione dell'avvenuto scioglimento del contratto per diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.), clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), termine essenziale (art. 1457 c.c.) o recesso con ritenzione della caparra confirmatoria².

L'opera di Paladini, ricostruendo sistematicamente la disciplina della risoluzione per inadempimento, quale contenuta nelle norme sul contratto in generale e nelle norme sui singoli contratti, delinea una prospettiva ermeneutica, che consente di qualificare l'istituto in parola un diritto di recesso impugnatorio.

Dopo l'entrata in vigore del Codice civile del 1942, pur nella prospettiva della natura costitutiva dell'azione, la dottrina osservava come la preclusione della richiesta di adempimento, che scaturisce dalla proposizione della domanda di risoluzione secondo l'art. 1453² c.c., matura ugualmente, se la volontà diretta all'estinzione del rapporto in corso sia manifestata, anziché nell'atto introduttivo del giudizio, con una dichiarazione stragiudiziale rivolta al debitore. Sarebbe, infatti, contrario a buona fede il comportamento della parte che, dopo aver mostrato di non aver più interesse a ricevere la prestazione, ne pretendesse l'esecuzione³.

* Recensione a M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Giappichelli, Torino 2013.

¹ In dottrina, M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Giuffrè, Milano 1959, p. 84; in giurisprudenza Cass. civ., 12 ottobre 1967, n. 2437, in *Foro it.*, 1968, p. 138.

² M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 41 ss.

³ Cfr. R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. Rescigno*, X, 2, Torino 1982, p. 520; A. KLITSCH DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, I/1964, p. 29.

D'altronde, il diritto alla risoluzione del contratto nasce in capo al creditore, quando si verifica l'inadempimento di non scarsa importanza (art. 1455 c.c.) e da quel momento – affermano le Sezioni Unite⁴ – la parte fedele può legittimamente declinare l'offerta tardiva di ricevere la prestazione. Se, quindi, il rifiuto dell'adempimento libera il creditore dal vincolo contrattuale, identico effetto deve riconoscersi, *a fortiori*, alla sua dichiarazione di risolvere il contratto⁵.

Nella dottrina processualistica⁶ si è rilevato, inoltre, che l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) consente di ritenere ammissibile nel nostro sistema l'eccezione di risoluzione, ossia l'eccezione con cui il debitore, convenuto per l'esecuzione delle obbligazioni contrattuali (art. 1453¹ c.c.), fa valere l'inadempimento della parte attrice, quale fatto estintivo dell'altrui pretesa, manifestando, al contempo, la volontà di porre fine al rapporto in corso.

Quanto al rapporto fra l'istituto in parola e la caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.), ritenere che il "recesso" e la "risoluzione" per inadempimento siano forme applicative di un unico rimedio, avente l'effetto di estinguere il rapporto contrattuale, non priva la caparra confirmatoria della sua autonomia logico-sistematica, ove si ammetta che la sua *ratio essendi* è di liquidare *ex ante* ed in misura forfettaria il danno da inadempimento, non già di attribuire alla parte fedele un diritto di recesso dal contratto per non esporla alle incertezze di un processo di risoluzione⁷. La caparra non avrebbe, infatti, la funzione di assicurare lo scioglimento stragiudiziale del contratto in deroga all'art. 1453 c.c., bensì di evitare al creditore un'azione risarcitoria e di semplificare le modalità della risoluzione, consentendogli di manifestare validamente la volontà di recesso con la dichiarazione di ritenere la caparra o esigerne il doppio⁸.

Infine, la stessa disciplina della risoluzione, globalmente considerata, porterebbe con sé la duplice conferma sistematica della natura unitaria e stragiudiziale del rimedio.

Per un verso – si osserva⁹ –, se la diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.), che soddisfa l'interesse del creditore alla prestazione tardiva ed attua, solo in subordine, la volontà di scioglimento del contratto, opera in via extragiudiziale, è incongruo ritenere che la parte fedele debba attendere i tempi e le sorti di

⁴ Cass. civ., sez. un., 6 giugno 1997, n. 5086, in *Giust. civ.*, 1997, 2765, con nota di M. COSTANZA; Cass. sez. un., 9 luglio 1997, n. 6224, ivi, 1998, p. 825, con nota di F. PICARDI.

⁵ Cfr. M. DELLACASA - V. ROPPO (a cura di), *I rimedi*, in *Tratt. Roppo*, IV, 2, Milano 2006, p. 171.

⁶ I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 305 ss.

⁷ Sul progressivo accostamento della caparra confirmatoria all'istituto della risoluzione per inadempimento, specialmente sul piano dei presupposti applicativi, si veda in giurisprudenza, per tutte, Cass. civ., 23 gennaio 1989, n. 398; in dottrina, S. CHERTI, *La risoluzione mediante caparra*, CEDAM, Padova, 2012, spec. pp. 103 ss.

⁸ M. PALADINI, *op. cit.*, pp. 48 ss., pp. 54-55.

⁹ M. PALADINI, *op. cit.*, pp. 66 ss.

un processo, quando si determini *ab initio*, a fronte di un inadempimento di particolare gravità (art. 1455 c.c.), all'estinzione del rapporto in corso.

Per l'altro verso, se la risoluzione per impossibilità sopravvenuta, che opera quando l'inadempimento non è imputabile al debitore, estingue stragiudizialmente le obbligazioni contrattuali del creditore – *ipso iure* in caso di impossibilità totale (art. 1463 c.c.) o su recesso, in caso di impossibilità parziale (art. 1464 c.c.) – è irragionevole affermare che, ove l'inadempimento sia imputabile alla parte obbligata¹⁰, il creditore debba sostenere gli oneri di un processo per sciogliere il contratto.

Si giunge in tal modo a rileggere criticamente quanto affermato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite¹¹ sulla «assoluta incompatibilità strutturale e funzionale» tra le domande di risoluzione e risarcimento dei danni, da un lato, e le domande di accertamento del recesso con ritenzione della caparra, dall'altro, incompatibilità che – secondo il Supremo Collegio – impedisce al creditore di mutare l'originario *petitum* nel corso del processo e così di vanificare la funzione di liquidazione convenzionale del danno propria della caparra. Se, quindi, tale preclusione serve ad evitare che l'attore faccia una “scommessa” sulle sorti del giudizio di risarcimento del danno, non v'è motivo – si afferma¹² – di estenderla al mutamento della domanda di risoluzione in richiesta di accertamento del recesso, se non il presupposto – come nota Paladini¹³ – più “ideologico” che normativo della natura costitutiva dell'azione di risoluzione¹⁴.

¹⁰ Pacifica, in giurisprudenza, è l'opinione secondo cui l'imputabilità dell'inadempimento sia elemento costitutivo del diritto alla risoluzione del contratto per inadempimento (arg. ex artt. 1218 e 1256 c.c.): si veda, per tutte, Cass. civ., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Contratti*, 2009, p. 779, con nota di F. TORRASI. In dottrina, si rinvia a F. MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, ESI, Napoli 1988.

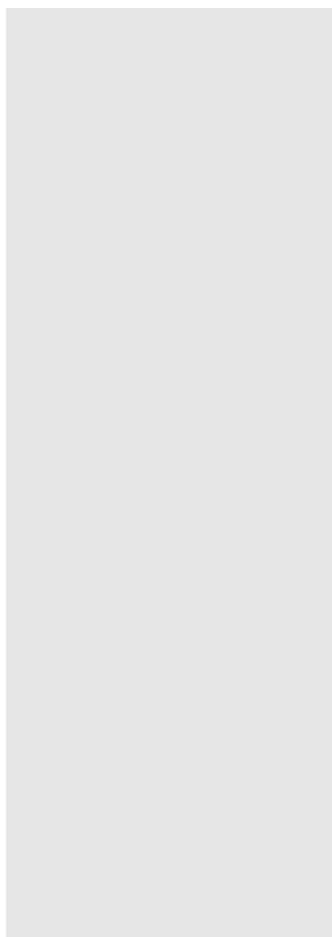
¹¹ Cass. civ., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553, cit. Analogamente, il principio affermato di recente dalle Sezioni Unite (Cass. civ., sez. un., 11 aprile 2014, n. 8510), secondo cui il creditore che «chieda la risoluzione del contratto per inadempimento nel corso del giudizio» volto a conseguire «l'adempimento, può domandare, contestualmente all'esercizio dello *jus variandi* la restituzione della prestazione eseguita ed il risarcimento del danno, può essere letto, secondo la su esplicita prospettiva, come facoltà del creditore di unire l'azione risarcitoria alla dichiarazione di recesso e alla contestuale domanda di accertamento del suo legittimo esercizio.

¹² M. PALADINI, *op. cit.*, pp. 56 ss.

¹³ M. PALADINI, *op. cit.*

¹⁴ Nella giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite si veda, per la cumulabilità della domanda di accertamento della risoluzione ex art. 1454 c.c. con la ritenzione della caparra confirmatoria, quale “azione risarcitoria semplificata”, Cass. civ., 28 febbraio 2012, n. 2999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 692, con nota di L. GUERRINI.

L'AVVOCATURA DEI GIOVANI



Avvocate: tra diritti fondamentali e capacità “combinate”

Gian Luca Ballabio

L'innalzamento della donna è l'indice preciso della civiltà di un popolo, della civiltà di tutto un popolo.
John Stuart Mill

È una gradevole giornata estiva, come accade ormai piuttosto raramente. Scendo dal vaporetto e mi avventuro tra le calli della Serenissima labirintica. Raggiungo Canal Grande, attraverso il Ponte di Rialto e mi incammino lungo la Riva del Carbon. Ad un tratto il mio sguardo è attirato da una lapide, dall'aspetto trascurato e vetusto, affissa su un lato, quello di calle del carbon, del Palazzo Ca' Farsetti, l'elegante sede del Municipio veneziano. Mi avvicino per poter leggere l'incisione e con mio sommo stupore vi trovo scritto: «Qui nacque l'anno 1646 Elena Lucrezia Cornaro Piscopia – prima donna laureata nel mondo il 25 giugno 1678».

Una donna laureata nel milleseicento, chissà quante difficoltà avrà incontrato. Ed, infatti, l'allora vescovo di Padova, cardinale Gregorio Barbarigo, con potere di veto su ogni dottorato di teologia, si oppose categoricamente alla concessione della laurea poiché «dottorar una donna» era «uno sproposito», un fatto da evitare assolutamente «se non vogliamo renderci ridicoli a tutto il mondo»¹⁵.

Come spesso accade, però, la tenacia femminile ebbe la meglio e, raggiunto un compromesso, le venne conferita la laurea in filosofia invece che in teologia.

Eva togata¹⁶

I pregiudizi sopportati dalla Cornaro sono stati gli stessi che hanno colpito, e colpiscono tutt'oggi, anche le donne che hanno deciso di intraprendere la carriera forense. Non dimentichiamo, infatti, che nel 1883 la Corte di Appello di Torino, annullando l'iscrizione all'albo alla prima laureata in legge in Italia, Lidia Poët, dichiarò che le donne «avranno pure a riflettere se sarebbe veramente

¹⁵ S. SERENA, *S. Gregorio Barbarigo e la vita spirituale e culturale nel suo semin. di Padova*, I, Antenore, Padova 1963, I, p. 215.

¹⁶ Il titolo si rifà al libro di P. ADDEO, *Eva togata*, Rispoli, Napoli 1939, nel quale viene ricordata Giustina Rocca (Trani metà XV sec. - Trani 1502), ritenuta la prima giurista al mondo, a cui si ritiene che si sia ispirato il personaggio di Porzia di Belmonte del *Mercante di Venezia* di William Shakespeare (v. <http://www.enciclopediadelledonne.it/biografie/giustina-rocca/>).

un progresso e una conquista per loro quello di poter mettersi in concorrenza con gli uomini, di andarsene confuse fra essi, di divenirne le uguali, anzi che le compagne, siccome la provvidenza le ha destinate»¹⁷.

Tale sentenza venne successivamente confermata anche dalla Corte di Cassazione che non ritenne violato il principio di uguaglianza, stabilito dall'art. 24 dello Statuto Albertino, in quanto relativo esclusivamente ad impedire le disuguaglianze che non procedono alla natura, ma non certo «le inegualità naturali che costituiscono altrettanti stati e modi di essere particolari nella condizione della persona umana, anche dinanzi alla legge»¹⁸.

Saranno necessari quaranta anni di lotte continue per vedere riconosciuto, il 20 novembre 1920, l'iscrizione all'Albo degli Avvocati alla ormai sessantaquattrenne Poët. Ma è grazie alla sua battaglia se, il 30 ottobre 1929, una donna, l'avv. Lina Furlan, pronuncia per la prima volta un'arringa in Corte d'Assise.

E se volgiamo il nostro sguardo altrove, oltre i nostri confini, scopriamo che in Arabia Saudita è stata ammessa la prima praticante donna solo nel 2013¹⁹.

Un problema di giustizia

È realmente cambiata la condizione delle donne? È realmente frantumato quel “soffitto di cristallo”²⁰ che le ha da sempre tenute così apparentemente vicine, ma così profondamente distanti e sottostanti agli uomini? È realmente raggiunta la parità tra uomo e donna nella vita e nel lavoro?

Le donne «se decidono di entrare nel mondo del lavoro devono fronteggiare ostacoli maggiori, tra cui l'intimidazione da parte della famiglia o del coniuge, la discriminazione sessuale al momento dell'assunzione, le molestie sessuali sul luogo di lavoro – tutto ciò, molto spesso, senza possibilità di ricorrere efficacemente alla legge»²¹. D'altronde, non c'è alcun paese che tratti bene le donne quanto gli uomini²².

Tale circostanza è dimostrata, e ne è anche in parte la causa, da un fattore che spesso viene sottovalutato e che riemerge solo, per fini demagogici, in campagna elettorale, per poi venire eclissato nuovamente una volta chiuse le

¹⁷ C. BOUNOUS, *La Toga Negata. Da Lidia Poët all'attuale realtà torinese. Il cammino delle donne nelle professioni giuridiche*, Alzani, Pinerolo 1997, p. 63.

¹⁸ E. OLLANDINI, *La Donna e l'Avvocatura*, L-Montani, Genova 1913, p. 248.

¹⁹ Su <http://edition.cnn.com/2013/05/09/business/saudi-arabia-first-female-lawyer/>

²⁰ Con l'espressione “soffitto di cristallo” si intende «l'insieme di barriere sociali, culturali e psicologiche che si frappone come un ostacolo insormontabile, ma all'apparenza invisibile, al conseguimento della parità dei diritti e alla concreta possibilità di fare carriera nel campo del lavoro per categorie storicamente soggette discriminazioni», su [http://www.treccani.it/vocabolario/soffitto-di-cristallo_\(Neologismi\)/](http://www.treccani.it/vocabolario/soffitto-di-cristallo_(Neologismi)/)

²¹ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, il Mulino, Milano 2008, p. 52.

²² M.C. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 52.

urne: le donne vengono emarginate dalla vita politica. Secondo gli ultimi dati forniti delle Nazioni Unite²³, in Italia (per fare un esempio) le donne rappresentano solo il 30,6% dei parlamentari. Se è vero che, come scriveva Voltaire, «in tutti i tempi ed in tutti i paesi le leggi sono state sempre dettate, promulgate e sanzionate dagli uomini», si comprende quindi quanto la presenza, o sarebbe più corretto dire l'assenza, delle donne dalla politica incida sulla condizione delle donne.

Come ha scritto Amartya Sen «i diritti politici sono importanti non solo per soddisfare i bisogni; essi sono fondamentali anche per formulare i bisogni. E questa idea è collegata, alla fine, al rispetto che ci dobbiamo reciprocamente come esseri umani»²⁴.

Riconoscere «sulla carta» alle donne la partecipazione politica è riconoscere loro solo un diritto nominale; lo Stato e la società, invece, devono garantire che di tale diritto si possa disporre in termini di capacità, ossia che le donne siano effettivamente in grado di condizionare le scelte della politica.

Bisogna, quindi, dare effettiva attuazione al principio affermato dall'art. 51 della nostra Carta Costituzionale che prevede che «tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini».

Risulta evidente che se tale principio non è attuato, come purtroppo avviene, vi è un problema di giustizia la cui soluzione dovrebbe essere al centro e non ai margini dell'attività politica di un paese.

L'approccio delle capacità

Proprio la mancanza di una situazione di uguaglianza sostanziale tra uomo e donna nella società ha portato Martha C. Nussbaum a porre una domanda fondamentale: «Che cosa [la donna] è effettivamente in grado di fare e di essere?»²⁵. Tale quesito porta a riflettere sul rapporto tra «capacità» e diritti.

La filosofa americana distingue²⁶ tra tre tipologie di capacità: fondamentali, interne e combinate.

Le prime sono definite come «le doti innate degli individui che rappresentano la base necessaria per lo sviluppo di capacità più avanzate e un terreno di interesse morale». Le capacità «interne» invece costituiscono «stati della persona stessa che sono, per quanto la riguardano, condizioni sufficienti per l'esercizio

²³ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, *Human development report 2014*, su <http://hdr.undp.org/en>

²⁴ A.K. SEN, *Freedom and Needs*, in *The New Republic*, 10/17 gennaio 1994, pp. 31 ss.

²⁵ M.C. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 72.

²⁶ M.C. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 80.

delle funzioni richieste»; le capacità “combinate”, infine, sono «capacità interne combinate con condizioni esterne adatte a esercitare quella funzione».

Per comprendere il rapporto tra le capacità interne e le capacità combinate è sufficiente pensare ad una donna a cui sia riconosciuto il diritto di elettorato passivo [capacità interna], ma a cui di fatto venga impedito di essere effettivamente eletta [capacità combinata].

Quest’approccio al problema femminile si affianca all’approccio fondato esclusivamente sui diritti umani «in quanto essi prendono posizione a favore di alcuni diritti fondamentali dei cittadini, e stabiliscono che questi diritti possono essere rivendicati come una questione di giustizia costituzionale», ma va oltre. Infatti, l’approccio delle capacità «specifica più chiaramente che cosa significhi esattamente assicurare un diritto a qualcuno, ma ha anche una portata più ampia, in quanto illustra sin nel dettaglio alcuni diritti che sono di importanza cruciale per le donne, e che però sino ai tempi recenti non sono entrati a far parte dei documenti internazionali sui diritti umani»²⁷.

Mi domando se l’approccio delle capacità non possa essere applicato per comprendere, e migliorare, la reale condizione delle avvocate che nello svolgimento della loro professione hanno in astratto gli stessi diritti [capacità interna] dei colleghi di sesso opposto, ma di fatto, come emerge anche da recenti studi²⁸, non hanno una parità effettiva [capacità combinata].

I diritti “indifesi” senza le donne

Il paradosso della parità tra uomo e donna consiste nel fatto che essa costituisce, da un lato, un diritto fondamentale da garantire, dall’altro, un presupposto indefettibile per garantire i diritti umani e fondamentali. Ritengo, infatti, che il ruolo delle donne, e soprattutto delle avvocate, sia essenziale per poter tutelare i diritti.

Non è un caso, infatti, se spesso esse siano il baluardo più solido a tutela dei diritti dei più deboli. Basti pensare che recentemente il premio Shacarov per la libertà di pensiero, assegnato ogni anno dal Parlamento europeo, sia stato conferito nel 2012 all’avvocata iraniana Nasrin Sotoudeh e nel 2013 alla giovane pakistana Malala Yousafzai (insignita nel 2014 anche del premio Nobel per la Pace).

La prima per aver rappresentato attivisti dell’opposizione e politici iraniani detenuti in carcere a seguito delle controverse elezioni presidenziali che si sono svolte in Iran nel giugno 2009, ma anche giovani condannati alla pena di morte, donne e prigionieri politici (difesa dei diritti che le è costata il carcere in isolamento per tre anni con l’accusa di propaganda contro il sistema e cospi-

²⁷ M.C. NUSSBAUM, *op. cit.*, pp. 94-95.

²⁸ I. LI VIGNI, *Avvocate. Sviluppo e affermazione di una professione*, Franco Angeli Editore, Milano 2013.

razione volta a minare la sicurezza dello Stato). La seconda per aver sostenuto il diritto di tutti i bambini ad un'equa istruzione.

Se poi vogliamo guardare alle realtà più vicine alla professione forense italiana notiamo che al recente Progetto Lampedusa²⁹ promosso dalla Scuola Superiore dell'Avvocatura, dal Consiglio Nazionale Forense e dall'Unione dei Fori siciliani, hanno aderito in gran parte avvocati o praticanti di sesso femminile.

Tale circostanza è sintomatica del fatto che le avvocate, più che gli avvocati, tendano a prediligere lo studio delle tematiche relative alla tutela dei diritti fondamentali dei soggetti più deboli (si pensi ai migranti e ai fanciulli); con la conseguenza che si trovano a gestire situazioni, non solo complesse dal punto di vista giuridico, ma soprattutto dall'elevato impatto emotivo, dimostrando sia elevate conoscenze tecniche sia grande sensibilità.

Sono certo, quindi, che oggi si potrebbe rispondere alla Corte di Appello di Torino, che si pronunciò sul caso Poët, che è veramente un progresso ed una conquista per la società quello di permettere alle donne di essere avvocate, poiché molti diritti fondamentali e molte lotte sociali non avrebbero potuto e non potrebbero ottenere le medesime tutele e raggiungere i medesimi risultati senza una avvocatura al femminile.

Cosa fare?

La disparità tra uomo e donna, tra lavoratore e lavoratrice, è caratterizzata da un'infinità di problematiche sottese, ciascuna delle quali necessita di una soluzione mirata; ma nessuna soluzione verrà mai suggerita o adottata se non ci sarà un'intensa attività di promozione culturale all'interno della società.

Senza la cultura, infatti, non vi è né consapevolezza né corretta analisi degli squilibri sociali, e quindi vi è l'impossibilità di tutelare i diritti umani e fondamentali poiché «i diritti, se non li conosci li perdi»³⁰.

²⁹ Il Progetto ha previsto creazione di un "presidio informativo giuridico" sull'isola di Lampedusa, presieduto da un avvocato senior e uno-due praticanti o neo-avvocati, con turnazioni prestabilite durante i periodi dei soccorsi in mare. Il presidio ha fornito informazioni sulle normative vigenti, sulla giurisprudenza nazionale ed internazionale e sulle prassi applicative, in relazione ai casi concreti che sono stati rappresentati dai soggetti istituzionalmente preposti alla gestione dell'immigrazione, quali la Capitaneria di Porto, l'Amministrazione locale e le ONG presenti sull'isola, anche avvalendosi della collaborazione delle sedi centrali dei promotori. Si veda <http://scuolasuperioreavvocatura.it/progetto-lampedusa/>.

³⁰ A. MARIANI MARINI, *I diritti: se non li conosci li perdi. Un codice dei diritti fondamentali per gli avvocati*, in *Diritto e formazione*, 2/2011, Futurgest Edizioni, Rovereto (TN) 2011, p. 159.

Il diritto della forza e la forza della narrazione

Raccontare il valzer di contrari del conflitto

Elena Borsacchi

Il 13 agosto 2014 moriva a Gaza Simone Camilli, fotoreporter italiano di trentacinque anni, osservatore esperto e narratore da anni operante sui teatri dei conflitti che la comunità internazionale tenta, ormai da tempo, di monitorare come può.

Muore con altre quattro persone in conseguenza dello scoppio di una granata israeliana, aggiungendosi così al tragico bilancio di morte che il conflitto israelo-palestinese presenta al Medio Oriente e al mondo intero periodicamente da anni.

Apprendevo la notizia nel corso di un'estate bizzarra e ciò mi riportava alla mente quell'incontro con l'amico Mattia Cacciatori, italiano, anch'egli fotoreporter imprigionato a Istanbul durante le proteste di Gezi Park e Taksim Square dell'estate 2013¹.

Ogni giorno in Occidente ci nutriamo di un quantitativo importante di informazioni riguardanti il conflitto, talvolta difficilmente assimilabile in tempi celeri: in particolare, la cultura della civiltà occidentale – fino a che (ci) sarà permesso – vive improntata sulla necessità di informare e questo, benché non sempre per il meglio, ci mette in condizioni di consultare e, grazie anche ad una certa abilità di ricomposizione del *patchwork* informativo, di costituirci un'idea.

L'opposizione forsennata al "diritto della forza" la si fa, potenzialmente, con una quantità indefinibile di strumenti politici, ideologici, sociali. Ciò che però può fare realmente la differenza è la discesa in campo della ragione e dei suoi strumenti che, sul terreno della forza, oppongono ad essa due cavalli di battaglia: la definizione e la testimonianza.

L'art. 8 dello Statuto della Corte penale internazionale (ICC), adottato a Roma nel 1998, riesce nell'arduo compito di dare una definizione ai cosiddetti *war crimes*²: quella della giustizia internazionale è l'unica risposta che il mondo del diritto può opporre con qualche speranza di risultato (sebbene non immediata) al diritto della forza. Riempire di contenuto la definizione dell'art. 8 richiede, oltre al fine lavoro di inserimento della stessa nella dimensione del mondo reale da parte del giurista e dell'interprete, uno "scontato" qualcosa in

¹ E. BORSACCHI, *Quel caffè tra Gezi Park e Piazza Taksim*, in *Cultura e Diritti*, 3/2013.

² Art. 8 of the Rome Statute, disponibile su <http://www.icc-cpi.int/Pages/default.aspx>.

più: che le dinamiche che coinvolgono e sconvolgono Paesi “altri”, talvolta “lontani” dall’(autoproclamato) illuminato Occidente, siano conosciute a dovere per potere, poi, trovare patria nelle categorie del diritto. Poiché si conosce attraverso la testimonianza, prova principe del processo penale e “ufficio” cui tutti siamo chiamati nelle dinamiche relazionali del nostro quotidiano, il giurista ha il dovere di prendere confidenza con gli strumenti del racconto, di sceglierli criticamente e di delineare, poi finalmente, un ritratto di realtà cui riferirsi.

La storia del mondo occidentale ha visto operare sulla scena del conflitto, e dei consumati crimini di guerra, grandi e grandissimi narratori che, partiti per andare a toccare con mano gli argomenti dei propri studi, delle quarte di copertina e dei book fotografici, hanno dato la possibilità al resto dell’Occidente di conoscere, finanche dalla poltrona di uno studio, le dinamiche dell’altro volto del mondo. Un mondo, quello del conflitto Orientale e Medio Orientale e delle rivendicazioni di popoli eterogenei e così frammentati tra loro, che non è Occidente facilmente inquadrabile dal “più lineare” e, pertanto, ancora più difficile da avvicinare con criterio.

Massimo Fini, in quella raccolta “proverbiale” di suoi scritti che è *La Guerra democratica*³, riportando nell’ultima sezione, intitolata *Il combattente che non combatte*, il saggio *Noi, i migliori*, così parla della guerra: «Una quindicina di anni fa ho scritto un libro intitolato *Elogio della guerra*. Sostenevo che la guerra, se si può, è meglio evitarla, ma che essa non è solo distruttiva, ha anche funzioni positive [...] tuttavia essa resta un evento fondante, è la prova, la “prova suprema” come diceva lo scrittore Norman Mailer, in cui gli uomini e i popoli verificano se stessi e i valori in cui credono o dicono di credere. La guerra, proprio per la sua drammaticità, ci mette con le spalle al muro e ci dice chi siamo, davanti a noi stessi e davanti agli altri»⁴.

A prescindere dallo spirito provocatorio ed intellettualmente sempreverde che contraddistingue l’intervento dell’Autore, ciò che emerge come innegabile è la forza che una definizione siffatta oppone in termini di “verità”: il campo di battaglia anche spirituale cui la guerra costringe a dedicarsi a chi la vive, per scelta attiva o subita, si incontra inesorabilmente con tutta la gamma di emozioni e di contraddizioni che contraddistinguono l’animo umano in ogni esperienza relazionale, più o meno estrema.

Tra i grandi che hanno saputo raccontare le atrocità della guerra dandone una definizione non scontata, volgendo lo sguardo, in particolare, all’eterno valzer di contrari tra Occidente ed Oriente, difficile non pensare alla discussa opera di Oriana Fallaci.

«È la strage di My Lai, nel villaggio di Song My, provincia di Quang Ngai: così come me la raccontano gli stessi che l’hanno compiuta, poi coloro che

³ M. FINI, *La guerra democratica*, Chiarelettere, Milano 2012.

⁴ M. FINI, *op. cit.*, pp. 274 ss.

l'hanno sofferta, il 16 marzo 1968, un mattino pieno di sole, di viltà, e di vergogna. Ma non cercare la strage di My Lai in questo libro. Non c'è⁵.

In *Niente e così sia*, straordinaria opera sulla ferocia della guerra e sulle cruenti incongruenze dell'animo umano, Oriana Fallaci scrive un diario durante il suo soggiorno in Vietnam che diventa portavoce di testimonianze e, pertanto, a sua volta testimonianza.

A metà del capitolo V, per la precisione alle pp. 142 ss. di questa vecchissima edizione che ho raccolto dalla libreria della casa dei miei nonni, l'Autrice accoglie, traducendolo, il racconto riportato nel *Diario del Vietcong Ignoto*: innamorata delle pagine scritte da questo giovane soldato, ne riporta la cronaca pressoché giornaliera di sette mesi della sua vita sotto le armi. Si tormenta all'idea di non riuscire a dargli un volto ben delineato, eppure nell'assurda contraddittorietà delle emozioni contrastanti di un giovane sposo, tanto in pena al pensiero di lasciare la moglie, quanto pieno di orgoglio per il servizio alla causa, Oriana Fallaci dà voce senza retorica al dignitoso racconto di chi ha vissuto e si è lasciato vivere dalla guerra e da tutti i sentimenti contrastanti che essa è capace di far sorgere nell'animo umano.

Il capitolo prosegue, per l'appunto in piena coerenza con l'armonia di contraddizioni che, documentandomi sui narratori del conflitto, andavo cercando, con la trascrizione di uno dei *Diari d'amore vietcong*, quello di Le Vanh Minh: «Non sono d'accordo con lui. Bisogna scegliere gli uomini sui quali piangere: tre miliardi son troppi. Le Vanh Minh mi piace di più».

Un giornalismo come quello che per anni ha impersonato Oriana Fallaci va geneticamente a braccetto con l'arte della fotografia e il "lavoro sporco" del fotoreporter: questo ha bisogno delle parole del giornalista, che nelle immagini del primo si riflettono e guadagnano un riscontro visivo, immediato.

Mattia Cacciatori, fotoreporter, reduce dalle proteste di Gezi Park in questa nuova arrabbiata Turchia del terzo millennio, lo scorso anno mi ha parlato anche (e soprattutto) attraverso i suoi scatti delle contraddizioni di una città che, nella policromia delle sue mille sfumature, riesce a ritrovare, quotidianamente e quasi inspiegabilmente, una propria "armonia". Istanbul è una delle tante antcamere culturali, oltre che geografiche, che consentono all'Occidente di affacciarsi sullo scenario dell'Oriente "medio", di quell'Oriente "lontano ma non troppo".

Nel suo libro-ritratto dedicato proprio a Istanbul, Peter Clark riporta una citazione dalle memorie di uno dei fratelli dell'emiro Faisal, figlio dell'hashemita Hussein, fatto rivivere sul grande schermo nel celeberrimo *Lawrence d'Arabia*: «Trovammo che Costantinopoli era in sé affascinante al di là di qualsiasi descrizione, città di una bellezza travolgente in ogni stagione, estate o inverno. [...] È una città dal fascino infinito e come sede tradizionale del califato ha radunato

⁵ O. FALLACI, *Niente e così sia*, Rizzoli, Milano 1970, pp. XIV ss.

una moltitudine di persone diverse: turchi e arabi, curdi e circassi, albanesi e bulgari, egiziani e sudanesi. Accoglie musulmani di ogni estrazione sociale, di costumi e lingue diversi, eppure nessuno e niente appare strano e vi si trova qualsiasi cosa si desideri da qualunque paese»⁶.

Un altro eccezionale testimone della fotocamera “d’assalto” ha dato un contributo irrinunciabile alla storia e alla narrazione del conflitto, passando anch’egli dal Vicino, Meno Vicino e Medio Oriente: Robert Capa, reso celebre dal fatto di aver assistito e toccato con mano lo sbarco in Normandia, lasciando alla storia le sue impronte sulle trincee del secondo conflitto mondiale, volse anch’egli ad un certo punto della propria vita professionale uno sguardo interessato sulla Turchia, prima, e sul Medio Oriente, poi, che catturarono la sua attenzione.

Il suo viaggio da instancabile testimone sugli scenari di guerra e conflitto lo porterà, appunto, in Israele, dove negli anni cinquanta realizzerà il progetto, segmentandolo in circa tre viaggi differenti, di un documentario narrante diversi passaggi della storia di quegli anni, dalla dichiarazione di indipendenza ai combattimenti successivi, fino all’arrivo dei primi profughi.

Ripensando ai narratori del conflitto che istintivamente mi sono tornati alla mente mentre apprendevo della morte del giovane Simone Camilli, non ho potuto fare a meno di notare quanto il teatro di emozioni contrastanti, che scenari come quelli del Vicino, Medio e Lontano Oriente propongono all’osservatore, abbia finito e finisca per attrarre fatalmente i professionisti della cronaca di guerra.

Il fotoreporter resta vigile ed in allerta nel cogliere il qui ed ora, ma lo sguardo è, di fatto, già oltre lo scatto. Il giornalista, dal canto suo, osserva, raccoglie, si nutre per poi correre a rinchiudersi in una più o meno simbolica “stanza tutta per sé”, dove ricomporre ciò che ha sentito e trascriverlo prima che l’attimo fugga così lontano da imporre una nuova consultazione.

Le immagini dei soldati, colti da Robert Capa nell’autenticità dei loro gesti in una condizione di esposizione estrema, e il rumore delle sirene, nonché il fragore delle esplosioni, registrati e riprodotti nelle parole di Oriana Fallaci sono stati, per chi come me ha potuto apprendere di tutto ciò principalmente dagli strumenti della storia, il dono più bello da parte di coloro che hanno ciclicamente ceduto all’irresistibile, e talvolta fatale, attrazione verso tutto ciò che la ragione non può spiegare ma che, lucidamente, può scegliere di raccontare.

La mia generazione è cresciuta con la legittima propaganda alla cultura della memoria sullo sfondo, poiché tutto ciò che ha dovuto vivere la generazione dei nostri nonni non venisse dimenticato e, perciò, neanche riproposto. La memoria storica del nostro mondo Occidentale è fatta anche e soprattutto dagli scatti e dagli schizzi di chi, lontano dalle logiche di rielaborazione e di

⁶ P. CLARK, *Istanbul, Ritratto di una città*, Odoja, Bologna 2012, p. 260.

categorizzazione cui è chiamato il diritto in un momento successivo, semplicemente... racconta.

«Ma sì, Carlo Marx aveva proprio ragione: il diritto non è che una sovrastruttura, quel che conta sono solo i rapporti di forza, la sopraffazione, la violenza. Non è colpa mia se il cosiddetto “mondo libero”, il sistema liberale, democratico, fa di tutto per dar ragione a Carlo Marx negando gli stessi presupposti giuridici su cui formalmente si regge»⁷.

Così, riprendendo il tema accennato in apertura, la conclusione amara cui Massimo Fini, richiamando Carlo Marx, approda al termine del suo saggio *Il diritto della forza* deve spingere, al contrario, le nuove generazioni a riconoscere ciò che è proprio del diritto e servirsi dei suoi strumenti per recintare il raggio di azione dei rapporti di forza, rendendo la collettività e la comunità internazionale libera di agire a prescindere da essi.

Il diritto è necessariamente sovrastruttura, è un insieme di strumenti ed è il secondo passaggio che segue quello che può essere compiuto soltanto dalla ragione: informare, contro-informare e fotografare la realtà, immortalandola così com'è, prima ancora che le categorie del diritto vi si possano accostare.

Ecco perché sono i narratori del conflitto, oggi, i custodi di quella che domani sarà la nostra memoria storica, nonché fornitori di quel *plateau* di creta delle vicende di vita reale dei popoli su cui il giurista lavora e con cui modella la propria risposta.

⁷ M. FINI, *op. cit.*, p. 135.

Mi piego, ma non mi spezzo

Adozione e Bio-diritto

Gloria Galassi

Avere un figlio adottivo significa “aprire” all’interno propria famiglia uno spazio non solo fisico, ma anche mentale per l’accoglienza di un bambino o di una bambina generato da altri, con una sua storia. In particolar modo nel caso dell’adozione internazionale, la quale consiste nell’adozione di un bambino straniero fatta nel suo Paese, davanti alle autorità e alle leggi che vi operano; istituto che permette di accogliere minori di altri Paesi, con cultura, lingua e tradizioni diverse.

L’aspetto più interessante, ma nello stesso tempo più insidioso nell’ottica del giurista, è quello relativo all’incidenza che hanno i bio-diritti sui casi concreti della vita umana, ingenerando nuove posizioni giuridiche soggettive e facendo sorgere nuove aspettative e nuovi pretesi diritti, rientranti nella galassia dominata da un simbolico, ma al contempo labile e generico, “diritto alla felicità”.

Si chiama “resilienza”, ed è la capacità di far fronte ad eventi stressanti o traumatici e di riorganizzare in maniera positiva la propria vita. Una dote preziosa che dipende sia dalle caratteristiche dell’individuo sia dal contesto sociale.

È proprio questa la chiave che potrebbe unire adozione e biodiritto: la resilienza.

L’essere umano, quando è sottoposto ad un forte stress emotivo corre il rischio di spezzarsi emotivamente: non sempre, ma spesso può accadere; chi resiste si adatta e la resilienza indica proprio quel processo dinamico di adattamento e consapevolezza degli eventi negativi della vita.

Lineamenti sulla disciplina giuridica delle adozioni internazionali: la convenzione dell’Aja

La cooperazione tra Stati, al fine di prevenire e reprimere il fenomeno del traffico di minori, è culminata nel 1993 con l’adozione della Convenzione sulla protezione dei bambini e la cooperazione in materia di adozione internazionale, nota come Convenzione dell’Aja in materia di adozione.

La conferenza si è accostata all’istituto dell’adozione ed è giunta ad elaborare una disciplina articolata del processo adottivo, avendo ben chiaro che l’adozione internazionale è da intendersi sussidiaria rispetto ad altre modalità di soluzione di alcuni fra i problemi che possono coinvolgere un minore.

L’adozione internazionale, in altre parole, viene considerata un’opportuna e necessaria forma di tutela dei minori in gravi difficoltà. Ciò tuttavia solamente

quando gli sforzi fatti nel Paese di origine per superare tali problemi, si siano rivelati inutili ed efficaci. La convenzione si applica solo alle procedure di adozione internazionali, vale a dire a quelle situazioni in cui il minore ed i futuri adottanti risiedono in due stati contraenti diversi, denominati rispettivamente Stato di origine e Stato di accoglienza (art. 2 Convenzione).

L'articolo 4 stabilisce che è a carico dello Stato di residenza del minore l'obbligo di verificare la presenza dei requisiti essenziali perché si possa procedere all'adozione internazionale e in particolare la condizione di adottabilità del minore, il rispetto del principio di sussidiarietà, nonché il consenso del minore, ovvero degli aventi diritto.

Proprio su questa ultima disposizione, il consenso del minore o degli aventi diritto, è bene soffermarsi: si tratta di un tema molto delicato anche per le implicazioni psicologiche che tale momento può avere sul minore. La Convenzione prevede due possibilità e cioè che sia il minore ad acconsentire all'adozione e che il consenso venga prestato – per utilizzare le parole della Convenzione stessa – da altre persone, istituzioni ed Autorità.

Questo consenso, per considerarsi valido, deve avere alcune specifiche caratteristiche: deve trattarsi di consenso “informato” nel senso che la persona chiamata ad acconsentire all'adozione deve essere adeguatamente edotta del significato dell'atto che va a compiere e delle conseguenze che ne deriveranno e la volontà deve essere manifestata liberamente, nelle forme previste dalla legge; in ogni caso, il consenso deve essere dato o constatato per iscritto.

I soggetti dell'adozione

Non tutte le coppie che non possono avere un bambino optano subito per l'adozione; per molti di loro, infatti, è spesso l'ultimo spiraglio di speranza a cui aggrapparsi dopo aver tentato prima con nuovi metodi scientifici (come la procreazione medica assistita ad esempio), che spesso però si rivelano inutili; quando un figlio non arriva, spesso nella coppia avviene un distacco.

Per un periodo più o meno lungo, infatti, non si sa di chi sia la “colpa” per questo mancato arrivo, e ci si sottopone a test piuttosto invasivi al fine di capirlo; così una volta avvenuta la diagnosi, la coppia “sterile” passa automaticamente da un processo amoroso, ad una questione medica, con tempi precisi, scanditi da momenti ed esami specifici correndo il rischio di scoppiare, perché il loro oggetto di desiderio, un figlio, sfugge al loro controllo e rischia di diventare un'ossessione.

La prima cosa che andrebbe loro spiegata è che l'adozione è quello che gli psicologi definiscono un evento stressante: la parola stress viene dalla fisica ed è inteso come un evento che modifica la superficie. È un evento perturbante, un agente esterno che provoca la trasformazione, il passaggio da uno stato di equilibrio alla sua destabilizzazione così nella fisica e nelle persone. L'adozione provoca una trasformazione, l'inizio di un percorso che muterà vita e abitudini.

La nascita è senza dubbio l'evento più stressante perché è una vera e propria rivoluzione: il bambino che vede la luce per la prima volta deve imparare a respirare, a mangiare e ad essere dipendente da qualcuno. Chi adotta deve capire e mettere in conto che il bambino adottato nasce due volte, il primo dalla madre biologica e la seconda quando incontra la sua nuova famiglia. Chi decide di adottare dovrà simbolizzare ed imparare a farlo, partendo dal principio che il bimbo che tiene tra le braccia non è uscito dalla sua pancia, ma è comunque suo figlio a tutti gli effetti.

La genitorialità adottiva, così come la filiazione, è un processo che si articola nel tempo e che richiede agli adulti di sentirsi genitori a tutti gli effetti e di stabilire una relazione familiare in assenza di un legame di consanguineità, riconoscendo e valorizzando la storia personale del minore all'interno di una storia familiare comune.

Questo concetto di genitorialità ci riporta ad una serie di temi relativi all'immagine interna di madre e padre, alla rappresentazione di sé nel ruolo di genitore e al contatto in cui si entra in modo indiretto con la famiglia di origine, in modo da formare un triangolo familiare completo; il legame con la famiglia di origine è molto importante, ricordarsi che esiste una Terra da cui questo fanciullo proviene è fondamentale, così come è fondamentale per la coppia che adotta imparare ad amare quel territorio, i suoi cibi, i suoi colori e i suoi sapori¹.

La cura è da intendersi come preoccupazione verso l'altro, non solo nei momenti difficili e problematici ma anche nelle circostanze imprevedibili, in una sorta di "preoccuparsi" inteso come occuparsi in anticipo con disponibilità, intenzionalità. Responsabilità verso l'altro, significa anche prendersi cura di sé.

Il percorso relativo all'adozione internazionale prevede la presenza di due categorie di soggetti, alcuni, persone fisiche (genitori e minori) che rappresentano i protagonisti attivi dell'adozione ed altri soggetti istituzionali di natura eterogenea (dal Tribunale per i Minorenni, agli Enti autorizzati) che hanno il compito di assicurarsi che l'adozione corrisponda all'effettivo e superiore interesse del minore secondo criteri di trasparenza.

Escluso il minore, soggetto centrale del percorso adottivo, la prima parte che si incontra sono i coniugi, ai quali viene attribuito il ruolo di figure più attive: sono loro infatti che manifestando la propria disponibilità al tribunale dei minori, danno il "via" al percorso.

Secondo quanto stabilito dall'articolo 6 della legge n. 149/2001, che ha sostituito e riformato l'articolo 6 della precedente legge numero 184/1983, l'adozione è consentita ai coniugi sposati da almeno tre anni, e tra i coniugi non

¹ R. ROSNATI, *Relazioni familiari e famiglie adottive con adolescenti /giovani adulti di diversa etnia*, in *Famiglia e adozione internazionale: esperienze e normative servizi*, Vita e Pensiero, Milano 1996, p. 171.

deve sussistere e non deve avere avuto luogo negli ultimi tre anni alcuna separazione, neppure di fatto. La stabilità è quindi uno dei criteri principali richiesti.

La convivenza può essere dimostrata attraverso un certificato di residenza, stato di famiglia, contratto di affitto, qualsiasi cosa che possa dimostrare che la coppia abbia abitato insieme.

I coniugi devono essere effettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendono adottare. Inoltre, per quanto riguarda l'età dei coniugi, è sempre bene ricordare che questi devono avere un minimo di 18 anni e un massimo di 45; in realtà è meglio chiarire che l'età di uno dei due coniugi può anche superare i 45 anni, ma la differenza tra i due non può superare i 10 anni di età.

Ai medesimi coniugi sono consentite più adozioni, anche con atti successivi, e costituisce criterio preferenziale ai fini dell'adozione, l'aver già adottato un fratello dell'adottando o il far richiesta di adottare più fratelli, oppure la disponibilità dichiarata all'adozione di minori che si trovino nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1 della legge 5 febbraio 1992 n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate.

Nel caso di adozione di minori con età superiore ai 12 anni di età o con handicap accertato, ai fini della legge succitata, lo Stato, e gli Enti autorizzati possono intervenire, nell'ambito delle proprie competenze e delle disponibilità finanziarie dei rispettivi bilanci, con specifiche misure di carattere economico, eventualmente anche mediante misure di sostegno alla formazione e all'insegnamento sociale, fino all'età di 18 anni degli adottati.

Secondo la legge, che mira alla tutela del minore adottato, la famiglia nei suoi connotati standard, rappresenta la migliore garanzia per la realizzazione dello sviluppo del fanciullo e della sua crescita, per potenzialità educative e affettive.

In realtà questo, che sembrava un lato positivo della legge, è una delle fonti di maggiori critiche, poiché la famiglia tradizionale dovrebbe in teoria essere solo *una* delle famiglie possibili.

In Italia, l'adozione internazionale può essere pronunciata solo nei confronti di un minore straniero, che deve risiedere all'estero nel momento in cui avverrà, quanto alla sua condizione, possiamo considerare in stato di "abbandono" il minore che si trova privo di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza non sia dovuta a forza maggiore di carattere transitorio.

Il richiamo alla impossibilità di un affidamento o di un'adozione del minore nel Paese di origine è in riferimento ad uno dei principi cardine della Convenzione dell'Aja, cioè il principio di sussidiarietà, in virtù del quale l'adozione deve essere considerata come *extrema ratio* nell'ipotesi in cui nel Paese di origine non sia possibile collocare adeguatamente il minore.

Tutto ciò avendo ben in mente che il superiore interesse del bambino richiederebbe che lo stesso non venisse sradicato dal proprio ambiente socio-culturale di riferimento, se non in casi eccezionali.

La suddivisione dei poteri tra Stati, così come stabilita dalla Convenzione dell'Aja, testimonia la relazione di fiducia presente tra gli Stati che l'hanno ratificata: in base a questa, infatti, le dichiarazioni di adottabilità e la determinazione dei relativi requisiti, spettano all'Autorità competente del Paese di origine, al quale lo Stato dei genitori adottanti deve assicurare il rispetto del principio di sussidiarietà, decidendo che l'adozione internazionale è conforme al superiore interesse del minore e solo dopo aver preso in considerazione una possibilità di affidamento in patria. Tuttavia, purché ai sensi dell'articolo 17 lettera c) il Paese è libero di accettare o meno che l'adozione prosegua; è evidente, ad esempio, che il mancato accordo su una proposta di abbinamento impedisce la pronuncia di adozione e dunque raggiunge il medesimo risultato.

Una volta dichiarato lo stato di adottabilità di un bambino, questo potrà essere adottato. La Convenzione dell'Aja inoltre controlla il processo adottivo sia nel paese di provenienza che nel paese di accoglienza, e per tale nei territori sono presenti Enti autorizzati all'adozione e al controllo, e si opera al fine di creare dei progetti di cooperazione per i paesi meno sviluppati al fine di favorire il percorso adottivo.

A questo punto ricapitoliamo facendo nostre tre considerazioni di un testo ben noto in materia: «Prima: ogni bambino ha diritto ad essere amato. Seconda: ogni bambino ha diritto ad essere amato dalla propria famiglia. Terza: un bambino non curato dalla propria famiglia ha il diritto di avere un'altra famiglia che si prenda amorevolmente cura di lui»².

I genitori, nel lungo percorso del processo adottivo saranno coadiuvati ed assistiti dal Tribunale per i minorenni e dai Servizi Territoriali³. La prima tappa di un procedimento di adozione internazionale, infatti, è rappresentata dalla dichiarazione di disponibilità all'adozione da parte degli aspiranti genitori presso il Tribunale per i minorenni: la legge come da ultimo modificata nel 2001, attribuisce molta importanza anche ai Servizi Territoriali che sono chiamati ad operare, all'inizio della procedura, in sinergia con il Tribunale espletando l'incarico di condurre un'approfondita indagine sulla realtà familiare delle coppie e sulle motivazioni che hanno spinto alla scelta adottiva; successivamente all'adozione invece essi collaborano con gli enti autorizzati, al fine di verificare l'evoluzione dell'inserimento in famiglia del nuovo arrivato⁴.

I Servizi hanno il compito di fornire informazioni sull'adozione internazionale e le relative procedure, sugli enti autorizzati e sulla loro funzione, ma anche sulle altre forme di solidarietà verso i bambini meno fortunati; gli enti inoltre forniscono la preparazione degli aspiranti all'adozione, aiutandoli a scoprire le loro risorse e le motivazioni più intrinseche rispetto alla scelta di adottare un

² A.G. MILIOTTI, *Adozione le nuove regole*, Le Comete, Milano 2002, p. 85.

³ A.G. MILIOTTI, *Abbiamo adottato un bambino*, Le Comete, Milano 1999.

⁴ M. FRANZINI, *Formazione alle competenze interculturali nell'adozione internazionale*, Franco Angeli, Milano 2012.

bambino, acquisiscono informazioni sulla vita personale, sulla storia familiare dei coniugi, verificando quanto realmente sono pronti ad affrontare le difficoltà che un percorso adottivo comporta, redigendo una relazione utile al Tribunale affinché questo possa valutare la loro idoneità all'adozione internazionale.

Un'altra tappa del percorso adottivo è rappresentata dalla CAI (Commissione per le Adozioni Internazionali) che costituisce l'Autorità centrale italiana nella procedura di adozione internazionale ed è investita della funzione di sovrintendere alla corretta applicazione della Convenzione dell'Aja.

I suoi compiti sono prima di tutto di carattere generale: collaborare con le autorità centrali, raccogliere informazioni e dati statistici in materia di adozione internazionale, proporre accordi internazionali, (anche bilaterali) e redigere i criteri per l'autorizzazione all'attività di enti autorizzati, vigilare sul loro regolare operato fino a giungere in casi estremi a revocarne l'autorizzazione ad operare nel settore.

Nelle procedure di adozione internazionale, invece, alla Commissione spetta la competenza primaria di autorizzare l'ingresso e la permanenza in Italia del minore adottato o affidato a scopo di adozione, accertando che corrisponda al suo superiore interesse.

Ogni coppia che intenda adottare, deve oggi obbligatoriamente rivolgersi ad un Ente Autorizzato per l'espletamento di tutte le pratiche relative all'adozione all'estero di un bambino. Ottenuto il decreto di idoneità dal Tribunale per i Minorenni, la coppia dovrà conferire incarico di curare la procedura di adozione ad uno di tali enti; questo per garantire anche una cooperazione più efficace tra gli Stati che hanno ratificato la Convenzione e sempre in favore del superiore interesse del minore, troppo spesso piegato in passato ai diversi e personali obiettivi degli adulti che attivavano tale procedura.

Questo ha potuto garantire ai futuri genitori una pratica totalmente trasparente con un sistema messo a loro disposizione, volto a rendere più agevole il percorso adottivo, anche quanto a costi, a disponibilità e professionalità.

Diritti degli adottati e doveri dei genitori adottivi

Per essere chiari e sintetici, i principi ispiratori della Convenzione dell'Aja, in completo accordo anche con la Convenzione di New York del 1989, (ratificata in Italia con la legge n. 176/1991), riconoscono:

- l'importanza per il minore di vivere nella propria famiglia;
- l'ambiente familiare come luogo più favorevole per la crescita del bambino e lo sviluppo della sua personalità;
- la centralità dell'interesse dei minori.

Premesso questo, dichiarati l'adozione o l'affidamento da parte della competente autorità straniera, eseguito il controllo da parte della CAI, con la conseguente autorizzazione all'ingresso e alla residenza permanente in Italia, il minore straniero acquisisce tutti i diritti di cui è in possesso anche il minore italiano.

Il piccolo arrivato avrà quindi diritto al mantenimento, all'educazione, all'istruzione e a quelle relazioni affettive di cui ha bisogno, che gli dovranno essere assicurate dai genitori adottivi.

Inoltre, la legge 149/2001 definisce anche il diritto del figlio adottivo di essere informato sul suo "stato di figlio adottivo", ed il dovere dei genitori di svolgere questo importante e fondamentale compito. A lato di questo diritto/dovere s'inserisce un altro tema introdotto con la legge 149/2001, relativo all'informazione sulle origini da parte del figlio adottivo. A differenza della legge 184/1983 il figlio adottivo «raggiunta l'età di 25 anni, può accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici. Può farlo anche raggiunta la maggiore età se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute fisica» (art. 24, legge 149/2001)⁵.

Il concetto di identità ha molte sfaccettature e può combinare una varietà di approcci; in senso lato, l'identità consiste nella nozione che le persone hanno di loro stesse e di ciò che per loro è significativo.

Per un bambino adottato, è senza dubbio il tema centrale da affrontare perché questa deve essere rispettata e mantenuta anche nella nuova famiglia in cui il nuovo arrivato dovrà cominciare a ricercarla.

È ciò attorno a cui ruotano le famiglie adottive, poiché non hanno la forza naturale di un legame di sangue, ma ciò che li avvicina e li rende uniti è un legame di relazione.

Che il fanciullo mantenga un legame con la propria terra è fondamentale, le sue radici fanno parte di una storia da cui non si può dividere o separare perché è parte integrante della persona che diventerà. Le radici sono importanti, ed è per questo che possono far paura⁶; sono un legame profondo e forte con cui prima o poi tutti i bambini adottati dovranno fare i conti affinché questa ricerca non diventi un'ossessione in modo esagerato.

I genitori adottivi dovranno dare sicurezza ed affetto ai nuovi arrivati e in secondo luogo, dovranno trasmettere l'orgoglio per la propria identità.

La conoscenza delle radici del bambino adottato non va vista inoltre solo come diritto fondamentale della persona, in quanto mezzo necessario per la costruzione di una identità personale, ma anche come diritto fondamentale alla salute, data l'importanza sempre maggiore assunta dalle informazioni genetiche nella diagnosi, nonché nella cura di certe patologie; è infatti noto che alcune malattie possono essere adeguatamente curate o prevenute solo riconoscendo la storia genetica dell'individuo.

In più, nella ricerca della propria identità, le persone adottate devono prendere in seria considerazione che date di nascita, nomi e luoghi a volte potreb-

⁵ A. BISIO - I. ROAGNA *L'adozione internazionale di minori, normativa interna e giurisprudenza europea*, Giuffrè, Milano 2009.

⁶ A.G. MILIOTTI, *Adozione*, cit. p. 85.

bero non corrispondere alla realtà, poiché nei Paesi fuori dall'Italia spesso non esiste un "ufficio anagrafe simile a quelli che conosciamo noi, anche perché la maggioranza dei bambini non viene neanche dichiarata. Non si conosce il giorno esatto del loro compleanno, ma purtroppo, ben si conosce il triste giorno in cui sono stati abbandonati all'orfanotrofio; per loro il nome della madre resterà un rebus impossibile da sciogliere e un segreto che non verrà mai svelato.

Così i bambini adottati, senza risposte concrete, navigano a vista tra le nuove relazioni familiari: affrontare il tema dell'identità è fondamentale affinché la famiglia non esploda. Nell'adozione, la parola chiave è "gradualità", fin dove è possibile riuscire a metterla in pratica perché sappiamo che ogni storia è a sé ma per mantenere più equilibrio possibile è importante cercare di mantenere in piedi tutti gli elementi di continuità con quello che è stato il passato, lavorando sulla crescita psicologica e fisica dei bambini adottati. I nuovi genitori dovranno partire dall'identità primaria e su quella costruire una nuova vita come una seconda fase di quella che hanno già vissuto.

Spesso chi viene adottato è stato abbandonato, ma questo termine secondo alcuni non è corretto, perché è un termine che non ha nulla di positivo. Non si abbandona, ma si lascia. Si lascia quello che non si può tenere, e si soffre, si soffre talmente tanto che lo si *affida*.

Occorre riformare le regole al più presto possibile, al fine di ricomprendere anche le nuove forme di famiglia e la complessità con cui sempre più frequentemente l'adozione si sta "mescolando" a temi bioetici come la fecondazione assistita o la maternità surrogata; la Resilienza è forse il tema centrale di questi nuovi bio-diritti, perché i genitori che decidono di intraprendere il percorso adottivo si piegano, ma non si spezzano.

Notizie sugli autori

Gian Luca Ballabio

Avvocato in Perugia.

Patrizia Bellucci

Già professore associato di Sociolinguistica e Direttore del laboratorio di linguistica giudiziaria presso l'Università degli Studi di Firenze.

Elena Borsacchi

Avvocato in Pisa.

David Cerri

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

Gloria Galassi

Dottore in Giurisprudenza presso l'*Alma Mater Studiorum* di Bologna e specializzata in professioni legali presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali *Enrico Redenti* di Bologna.

Martina Grandi

Dottore di ricerca.

Guglielmo Gulotta

Avvocato in Milano. Presidente della Fondazione Guglielmo Gulotta di Psicologia Forense e della Comunicazione.

Mara Magagna

Avvocato in Padova.

Alarico Mariani Marini

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

Riccardo Mazzariol

Assegnista di Ricerca presso il Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto (Dpcd) dell'Università degli Studi di Padova.

Nathan M. Crystal

Professore emerito di *Professional Responsibility e Contract Law* presso l'Università del South Carolina e *Attorney at Law*.

Francesca Giannoni-Crystal

Avvocato e *Attorney at Law*.

Ubaldo Perfetti

Avvocato in Ancona. Vice Presidente del Consiglio Nazionale Forense.

Stefano Racheli

Già Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Roma. Componente del Comitato Scientifico della Scuola Superiore dell'Avvocatura.

Angioletta Sperti

Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli studi di Pisa.

Serena Tomasi

Avvocato in Trento. Dottore di ricerca in Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Trento, membro del Cermeg, Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica.