

CULTURA E DIRITTI

2

2014

CULTURA E DIRITTI PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista trimestrale • anno III • numero 2 • aprile-giugno 2014

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 29/8/2014

Hanno collaborato a questo numero: Elena Borsacchi, Mariangela Gianci, David Cerri, Paolo Doria, Angelo Gasparro, Maria Carla Giorgietti, Nuria Rodriguez Gonzalo, Henrik Ligori, Maria Beatrice Magro, Alarico Mariani Marini, Giovanni Pagano, Federico Puppo, Daniela Quinto, Antonio Romano

Abbonamento Annuo: € 90,00

Numeri singoli: € 25,00

La richiesta va indirizzata alla segreteria della casa editrice Pisa University Press
(Tel: 050 2212056 - Indirizzo: Lungarno Pacinotti, 43 - 56126 Pisa)

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

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

ISSN 2280-6334

ISBN

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

Indice

Fuoricampo

- 9 Avvocati, etica professionale, etica pubblica
Dalla conferenza di Bari un messaggio per i giovani
Alarico Mariani Marini

Formazione giuridica, formazione forense

- 15 La formazione del giurista in Italia, con uno sguardo all'esperienza
di Francia e Germania
Maria Carla Giorgi
- 29 Brevi note sull'educazione del giurista
Federico Puppo
- 41 Giuristi si nasce o si diventa?
Il talento e la cultura come cardini della formazione forense
Parte prima
Paolo Doria

Argomentazione e linguaggio

- 55 Le linee guida nella giurisprudenza e nel diritto penale
Osservazioni a margine delle linee guida psicoforensi
per un processo sempre più giusto
Parte prima
Maria Beatrice Magro

Diritti umani e fondamentali

- 65 La mia utopia
Nuria Rodriguez Gonzalo
- 71 Legalità dell'intercettazione di telecomunicazioni
e il principio della sovranità dello Stato
Henrik Ligori

Etica professionale e deontologia

- 79 Deontologie professionali nella transizione: medici ed avvocati
David Cerri

Approfondimenti

- 89 Il rapporto tra ricorso incidentale “paralizzante” e ricorso principale:
un rebus ancora irrisolto?
Mariangela Cianci
- 99 L'attuazione dell'indirizzo della vita familiare
Angelo Gasparro

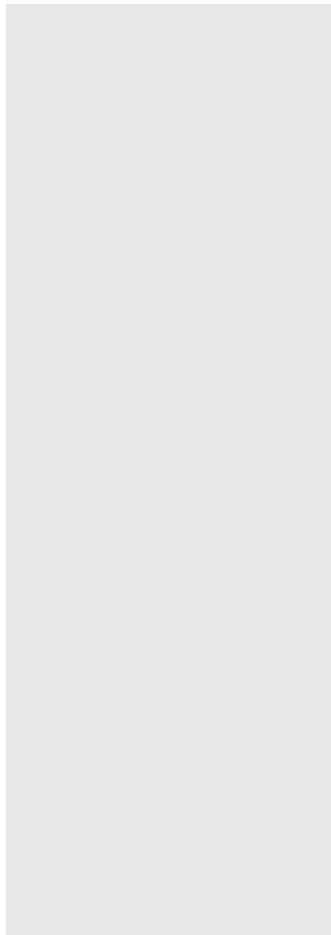
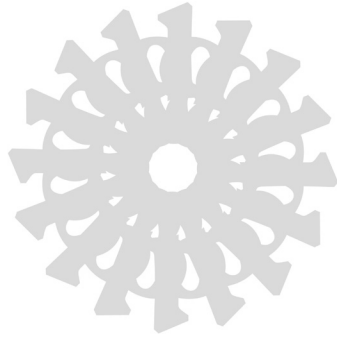
Cultura e professione

- 109 Biodiritto. L'analisi (ed il ruolo) del Giudice.
Recensione a *I giudici e il biodiritto*, di Roberto Conti
Giovanni Pagano
- 113 Giustizia e giurisdizione: binomio imperfetto?
Recensione a *La convenzione arbitrale nel processo*.
Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali, di Silvia Izzo
Daniela Quinto

L'avvocatura dei giovani

- 119 Care Virginia ed Elisa, dopo di voi, quasi un secolo
ancora in cerca di una “stanza tutta per...” noi
Elena Borsacchi
- 127 Anche il contumace nel “processo lumaca” ha diritto ad ottenere
l'equo indennizzo per la violazione del termine ragionevole
Antonio Romano

FUORICAMPO



Avvocati, etica professionale, etica pubblica

Dalla conferenza di Bari un messaggio per i giovani

Alarico Mariani Marini

Etica professionale ed etica pubblica

Essere avvocati ha anche a che fare con l'etica pubblica?

Il tema non è consueto negli incontri dell'avvocatura generalmente circoscritti all'esame delle regole deontologiche codificate quando si parla di morale professionale.

Si trascura di prendere atto che nelle trattazioni sull'etica delle professioni legali, quasi tutte di studiosi d'oltralpe, costituisce premessa condivisa che l'etica professionale non si esaurisce nei codici deontologici, ma comprende anche altri doveri e altre responsabilità strettamente dipendenti dal rapporto tra professione e società; e su questo tema ci siamo più volte intrattenuti in questa rivista.

Non erano peraltro mancate in passato indicazioni per un approfondimento, dal Preambolo al Codice deontologico dell'avvocato europeo approvato nel 1988 dal CCBE, alle linee guida dello stesso CCBE del 2002 per gli avvocati consulenti delle imprese, sino alla Conferenza europea di Roma promossa nel 2012 dal CNF e dalla Scuola superiore dell'avvocatura sul tema: Etica professionale e responsabilità sociale dell'avvocato europeo.

Quest'ultima si è conclusa con una dichiarazione approvata all'unanimità dai rappresentanti del CCBE e delle numerose avvocature europee presenti nella quale si è ribadito che gli avvocati sono tenuti al rispetto di un'etica professionale che comporta doveri e responsabilità verso gli altri e verso la collettività a garanzia della attuazione dello Stato di diritto e per la tutela dei diritti umani e fondamentali.

Non vi era certamente l'esigenza di altri segnali per indicare la direzione.

A sua volta il concetto di etica pubblica è stato variamente definito sotto molteplici profili in una immensa letteratura che tuttavia concorda nell'indicare nell'etica pubblica quel complesso di valori e principi dai quali derivano doveri e responsabilità verso la comunità umana alla quale il singolo appartiene al fine di indirizzare le condotte private, pubbliche e delle istituzioni alla tutela del bene comune.

Ne deriva che un'etica professionale che contempra doveri verso gli altri e verso la società per la tutela di valori giuridici e morali comuni, quali oggi sono efficacemente rappresentati nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nella nostra Costituzione, si colloca necessariamente in contiguità, o meglio in un rapporto di interazione con l'etica pubblica.

Utopia etica e pragmatismo amorale

Sebbene occasioni non siano mancate in passato ed ancora oggi siano ricorrenti nel nostro Paese, di etica pubblica discutono soprattutto i filosofi, raramente i giuristi; cosicché non è motivo di meraviglia se, avvolta nel silenzio, non appaia neppure negli insegnamenti universitari e negli studi del diritto.

Anche nella formazione delle professioni legali e in particolare nella formazione dell'avvocato, poiché poco o nulla si parla di etica professionale, sono ignorati i rapporti che legano quest'ultima all'etica pubblica; non se ne sono colte pertanto sinora le relazioni nella formulazione delle regole deontologiche, nella loro interpretazione ed applicazione, e nella stessa giurisprudenza degli organismi disciplinari e di quelli giudiziari.

È dunque preoccupante immaginare quali possano essere gli effetti di una tale idiosincrasia, perché anche di questo in sostanza si tratta, nella formazione dei giovani nella fase in cui, scesi dall'olimpico delle belle regole giuridiche, si trovano sulla terra dei viventi ad affrontare una realtà che richiede chiari e saldi principi etici per compiere scelte di giustizia.

Eppure è questo l'aspetto sul quale si fonda quella distinzione sociale dell'avvocato che non è soltanto né principalmente insita nella corretta esecuzione della prestazione professionale in favore della parte assistita, come riduttivamente è descritta nei codici deontologici, tutti appiattiti su una visione del problema fuori del proprio tempo.

Resiste, infatti, all'interno delle professioni legali l'idea che la deontologia racchiuda interamente la sfera morale entro la quale si debba svolgere l'attività e che essa si esaurisca negli elementari doveri di correttezza e qualità nell'adempimento del mandato.

Ne è derivato che è tale, né può essere diversamente, la percezione che hanno i cittadini di un avvocato puro tecnico del diritto e come tale ricercato esclusivamente per le sue abilità di destreggiarsi nei meandri della legge esclusivamente a tutela del privato interesse del cliente.

Va detto che questo è anche l'orientamento presente in certa politica europea che pretende un avvocato assimilabile ad ogni altro prestatore di servizi, al quale si chiede soprattutto il rispetto delle regole del mercato e della concorrenza dirette a garantire la qualità del servizio al giusto prezzo per l'efficienza del sistema economico.

Etica professionale ed etica pubblica, che introducono al discorso sui diritti umani e fondamentali di ogni persona, finiscono così per appartenere, nel migliore dei casi, ad una utopia al cui atterraggio sul terreno della civile convivenza si oppongono le leggi del mercato e del profitto inteso nella più ampia accezione il cui fondamento amorale i cittadini sono esposti a subire.

Se un giorno l'avvocatura...

Sennonché ragionare sull'etica professionale e sull'etica pubblica tra avvocati non si può ritenere arduo come predicare il vangelo *in partibus infidelium*.

Lo ha dimostrato il confronto che in questi anni si è sviluppato sul tema dei diritti, e dei doveri ad essi speculari, e sulla responsabilità sociale dell'avvocato che hanno radici nella sua tradizione storica e culturale, e che emergono dalla espressa collocazione della professione nella Carta Costituzionale e dal ruolo propulsivo che gli avvocati esercitano nella formazione di un diritto vivente sempre più integrato in una concezione del diritto ispirata ai valori e ai principi della Carta dei diritti e della società democratica.

Segnali significativi sono stati dati dal Consiglio nazionale forense in importanti eventi e dalla Scuola superiore dell'avvocatura negli indirizzi per le scuole forensi e nelle sue numerose pubblicazioni.

È motivo di speranza che tale processo si stia sviluppando con maggiore intensità, ma non senza difficoltà, in quegli ambiti che curano la formazione dei giovani.

Ne è stata recente conferma la Conferenza nazionale delle scuole forensi svoltasi a Bari lo scorso giugno, promossa dalla Scuola superiore con la partecipazione del CNF, di autorevoli esperti della professione e di rappresentanti delle scuole di formazione presenti sul territorio ove sono promosse dagli ordini forensi e alimentate dall'impegno e dalla tensione morale di tanti colleghi.

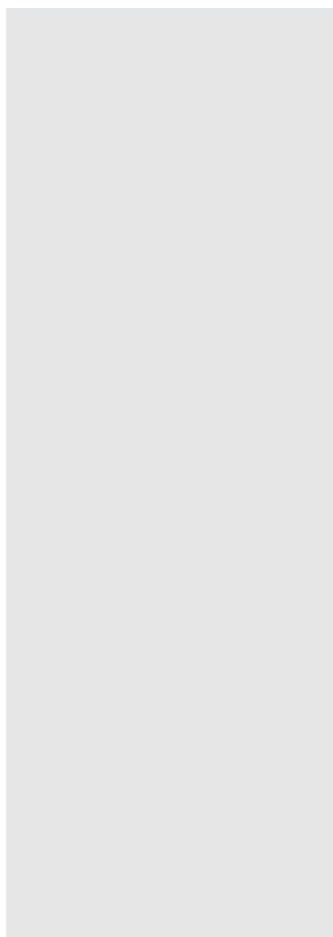
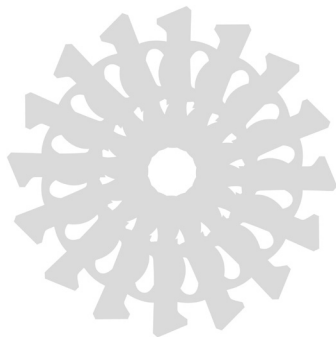
Dalla conferenza è emerso chiaramente un richiamo alla essenza dell'identità dell'avvocato, che è formata in primo luogo da etica e cultura senza le quali la sola tecnica si riduce spesso a un servizio prestato in favore del potere di turno.

Non a caso è scritto nella Carta dei principi fondamentali dell'avvocato europeo approvata dal CCBE che l'avvocato deve essere indipendente dallo Stato, dalle fonti di potere e dai poteri economici, poiché il suo compito non si limita al fedele adempimento del mandato, ma è anche quello di garantire lo Stato di diritto e i principi della società democratica.

Si tratta di principi che anche il recente codice deontologico forense ha lasciato incomprensibilmente sotto traccia, sicché è giustificato il rammarico espresso dal CCBE per la disattenzione sui principi che resiste nei codici delle singole avvocature preoccupate di non comprometersi con affermazioni troppo esplicite sul punto cardinale della professione rappresentato, appunto, dalla indipendenza così intesa.

Se l'insegnamento, l'esempio e la testimonianza che l'avvocatura riuscirà a dare ai giovani sarà finalmente fedele a questi principi sul cielo oscurato da nubi che oggi ci sovrasta si apriranno rassicuranti squarci di sereno.

**FOMAZIONE GIURIDICA,
FORMAZIONE FORENSE**



La formazione del giurista in Italia, con uno sguardo all'esperienza di Francia e Germania

Maria Carla Giorgietti

Italia

L'ordinamento didattico delle facoltà di Giurisprudenza italiane è stato interessato, più di ogni altro, da una serie di riforme destinate ad adeguare lo stesso alle esigenze del momento.

Il succedersi continuo di interventi statali nell'ambito dei metodi di insegnamento e di formazione dei giuristi dimostra non solo che il ruolo stesso del giurista sia mutevole all'interno della nostra società ma anche come tale mutamento sia legato all'evolversi della percezione del diritto, dei modi di trasmissione del sapere giuridico e delle finalità perseguite.

Del resto, la struttura delle facoltà giuridiche e la questione dei rapporti, a vari livelli, tra formazione degli operatori del diritto e prerogative statali d'indirizzo pedagogico e di controllo sono di assoluta attualità e rendono più che opportuna una riflessione sulle reali esigenze connesse ai vari momenti critici delle transizioni storiche, politiche e culturali.

Le vicende del nostro presente, con la complessità di una società che, nei suoi variegati frammenti, si scompone, globalizza, riforma e complica, hanno riportato l'attenzione, ormai con insistita frequenza, sulla tematica della formazione e dei meccanismi di reclutamento dei giudici, dei notai e degli avvocati e alle problematiche connesse alle strutture da offrire, in un aggiornato contesto europeo, ai corsi di laurea in giurisprudenza e in scienze giuridiche.

La configurazione della professione del giurista è, infatti, in continua evoluzione e tale considerazione denota come si tratti di un modello storico dipendente da varie circostanze: non solo ogni epoca ha il proprio modello di giurista, ma anche all'interno delle diverse epoche questo modello ha subito notevoli modificazioni e trasformazioni.

Le variazioni della figura del giurista dipendono sia dal modo in cui viene inteso il prodotto normativo e le sue fonti nelle varie epoche storiche, sia dal modo di intendere ed insegnare le discipline giuridiche all'interno delle università e delle scuole di specializzazione giuridiche.

Le riforme, che nei periodi più recenti, hanno più significativamente inciso sullo schema organizzativo delle Università giuridiche Italiane posso essere riconosciute nelle seguenti:

- Riforma del 1994: a seguito dell'emanazione della l. 19 novembre 1990 n. 341 (riforma degli ordinamenti didattici universitari), con decreto 11

febbraio 1994 (GU 27 giugno 1994), venne sostituita la tabella III annessa al decreto 30 settembre 1938 n. 652 (disposizioni sull'ordinamento didattico universitario). La nuova tabella (denominata: Corso di laurea e corsi di diploma universitario delle facoltà di Giurisprudenza) stabilì alcuni punti fermi circa le finalità perseguite.

- Riforma “3+2”. L'avvento del nuovo millennio è stato caratterizzato dalla ideazione ed attuazione di una riforma volgarmente conosciuta come “3+2”. Tratto saliente di tale approccio è la previsione di una laurea triennale in Scienze Giuridiche cui può far seguito il conseguimento, al termine di un ulteriore biennio di studi, di una laurea specialistica in Giurisprudenza¹.
- Riforma “1+4”. Con decreto 22 ottobre 2004 n. 270 è stato modificato il citato d.m. 3 novembre 1999 n. 509. Per effetto dell'art. 6, comma terzo, di tale riforma è stato dato il via alla istituzione della laurea magistrale quinquennale in Giurisprudenza (cd. “1+4”). Il decreto del Miur 25 novembre 2005 reca la “Definizione della classe del corso di laurea magistrale in giurisprudenza”².

Invero, nonostante il continuo succedersi di interventi statali, gli studi accademici di giurisprudenza sono tutt'oggi incapaci di offrire a chi consegue la laurea un'adeguata competenza pratica per affrontare il tirocinio nello specifico campo professionale dell'avvocatura, della magistratura e del notariato.

Tale considerazione è dovuta al fatto che tutti gli interventi di riforma che si sono succeduti trovano come fondamento l'equazione: “formazione del giurista = studio delle discipline”, così come fotografate nei diversi settori scientifico-disciplinari.

Tale approccio è appagante solo in parte ed ha prodotto numerosi problemi applicativi. La formazione del giurista, infatti, comporta, da un alto, l'acquisizione di un sapere e, dall'altro, l'acquisizione di talune abilità³.

Il sapere giuridico e le abilità cui il giurista è tenuto ad acquisire per esercitare la sua professione costituiscono, però, due realtà distinte.

Il primo corrisponde al patrimonio sapienziale accumulato dal giurista ed è di regola rappresentato e trasmesso nei voluminosi tomi che contraddistinguono

¹ Per i riferimenti normativi si veda la legge 15 maggio 1997 n. 127 (art. 17, commi 95 ss.) e le successive modificazioni e integrazioni (legge 14 gennaio 1999 n. 4, art. 1 comma 1; legge 2 agosto 1999 n. 264; legge 189 ottobre 1999 n. 370) nonché il d.m. 3 novembre 1999 n. 509. L'allegato 31 al d.m. 4 agosto 2000 recante “Determinazione delle classi delle lauree universitarie” definisce gli obiettivi formativi qualificanti della laurea triennale in Scienze Giuridiche. L'allegato 22 al d.m. 28 novembre 2000 recante “Determinazione delle classi delle lauree specialistiche” definisce gli obiettivi formativi qualificanti della laurea specialistica in Giurisprudenza. Gli atti normativi in parola forniscono anche indicazioni in ordine agli approcci didattici.

² D.m. 25 novembre 2005 n. 27703.

³ Cfr. G. PASCUZZI, *Dal sapere giuridico alle abilità del giurista*, Zanichelli, Bologna 2013, pp. 127-132.

no le tradizionali biblioteche giuridiche. Detto sapere è, in pratica, la base su cui il giurista innesta il proprio saper fare.

Le seconde si sostanziano nelle varie attività che il giurista pone in essere muovendo dal proprio sapere. La più importante di tali attività è sicuramente la capacità di risolvere problemi, la quale si articola in tre distinte fasi (corrispondenti ad altrettante abilità):

- il riconoscimento del problema, fase che richiede abilità logico-formali ed abilità relazionali;
- l'individuazione della regola (di origine normativa, ovvero giurisprudenziale, ovvero dottrinale), che richiede il possesso di strategia di ricerca nella sterminata massa di fonti normative, giurisprudenziali e dottrinarie;
- l'applicazione della regola al problema, che richiede capacità di comprendere un testo e la capacità di interpretarlo⁴.

Inoltre, laddove il giurista è chiamato a fornire la soluzione oralmente (si pensi all'arringa dell'avvocato in udienza), dovrà anche possedere abilità retoriche e oratorie e, quindi, la capacità di padroneggiare l'uso del linguaggio orale.

Se, viceversa, la soluzione deve essere contenuta in un atto scritto (si pensi alla sentenza del giudice) occorrerà padroneggiare l'abilità di scrivere un testo.

Nei modelli formativi che oggi connotano l'insegnamento universitario del diritto è, tuttavia, enfatizzata la trasmissione di conoscenze (proprie dei diversi settori scientifico-disciplinari), molto meno la trasmissione delle abilità.

Considerando, dunque, la struttura e i contenuti della formazione universitaria nell'ambito in questione è lecito nutrire più di un dubbio circa la capacità effettiva delle università italiane di formare bravi giuristi.

Nel corso della formazione del giurista, infatti, l'accento viene posto sul "cosa" insegnare e non sul "come". Inoltre, sul piano delle modalità didattiche, regna (quasi) incontrastata la tradizionale lezione frontale, solitamente recitata sulla base dall'altrettanto tradizionale "manuale".

Su questi due canali (lezione frontale e testo istituzionale scritto) sono riposte, quasi del tutto, le possibilità che i giuristi in erba apprendano tanto il sapere quanto le abilità proprie del mestiere che andranno a svolgere.

La didattica è di tipo informativo, ovvero diretta alla trasmissione di contenuti concettuali allo studente, il quale subisce passivamente le cognizioni esposte dal docente.

Più precisamente, la didattica del diritto si presenta in una forma:

- concettuale, perché basata sull'illustrazione astratta delle norme positive e della loro interpretazione dottrinale e giudiziale;
- sistematica, perché fondata sulla struttura gerarchica e formalistica delle norme appartenenti all'ordinamento giuridico;

⁴ M. TWINING, *How To Do things With Rules. A Primer of Interpretation*, Weinfeld and Nicolson, London 1976.

- sequenziale, perché articolata in fasi espositive scandite da una classificazione formalistica che presuppone un'apodittica preminenza delle norme sulla loro applicazione forense;
- descrittiva, perché puramente narrativa degli istituti giuridici che disciplinano fattispecie prestabilite, apparentemente astratte dall'esperienza conflittuale dei rapporti sociale⁵.

Negli studi di giurisprudenza, in sostanza, la didattica si cristallizza nell'esposizione del diritto positivo o di una logica pura, comunque distante dalla vita forense.

Sono questi alcuni dei motivi che portano a sostenere come la formazione dei giuristi appaia, ancora oggi, esclusivamente orientata alla soluzione empirica di problemi contingenti e non sia in grado di completare la preparazione professionale con un adeguato approfondimento culturale.

Questa situazione di disorientamento è tutt'oggi, inoltre, accentuata dal distacco tra formazione nozionistica ed istituzionale, di regola organizzata dalle università, e apprendimento pratico e utilitaristico, di regola controllato dalle corporazioni professionali.

L'educazione giuridica, infatti, presenta obiettivi e metodi di formazione prevalentemente concettuale e teorica, sebbene sia evidente l'esigenza di indicare prospettive di rinnovo della metodologia d'insegnamento, riconsiderando il profilo pratico e professionalizzante della preparazione giuridica dello studente⁶.

La mediazione unificante fra teoria e prassi può essere offerta da una metodologia didattica non solo informativa, ma anche performativa: l'insegnamento del diritto non può limitarsi al trasferimento al discendente delle conoscenze della normativa e della sua interpretazione, ma deve estendersi al coinvolgimento dello stesso nell'apparato pratico delle tecniche di soluzione del caso controverso.

Il modello dal quale è scaturito il privilegio di una formazione teorica, in Italia, è ripreso dalla legge Casati del 1859 e dalla riforma Gentile del 1933, le quali hanno accentuato la preferenza per la promozione della cultura giuridica e della ricerca scientifica che ancor oggi si svolgono nelle università e condizionano l'insegnamento accademico di diritto.

Pertanto, la formazione scientifica di carattere prevalentemente teorico-culturale organizzata in Italia (confermata dal corso quinquennale di laurea magistrale delle facoltà di giurisprudenza disciplinato dal d.m. 22 ottobre 2004, n. 270) conduce il giurista ad essere interprete ed elaboratore della norma positiva e, dunque, a diventare essenzialmente un diligente studioso oppure un impegnato consulente.

⁵ P. MORO, *La formazione retorica del giurista contemporaneo*, in *Rivista di Scienze della comunicazione*, A.I., 1/2009 (gennaio-giugno).

⁶ Cfr. F. LOMBARDI, *Prospettive per una nuova metodologia nella didattica*, in G. REBUFFA - G. VISENTINI (a cura di) *L'insegnamento del diritto oggi*, Giuffrè, Milano 1996, p. 246.

Invero, nella definizione della classe del corso di laurea magistrale di giurisprudenza (deliberata con d.m. 25 novembre 2005 n. 27703) il legislatore italiano ha rinnovato l'ordinamento didattico delle Facoltà giuridiche indicando alcuni obiettivi formativi qualificanti che tengono conto dell'opportunità di coniugare approfondimento teorico e addestramento pratico.

In particolare, si è stabilito che i laureati in giurisprudenza devono:

- aver conseguito elementi di approfondimento della cultura giuridica di base nazionale e europea, anche con tecniche e metodologie casistiche, in rapporto a tematiche utili alla comprensione e alla valutazione di principi o istituti del diritto positivo;
- possedere capacità di produrre testi giuridici (normativi e/o negoziali e/o processuali) chiari, pertinenti ed efficaci in rapporto ai contesti di impiego, ben argomentati, anche con l'uso di strumenti informatici;
- possedere in modo approfondito le capacità interpretative, di analisi casistica, di qualificazione giuridica (rapportando fatti a fattispecie), di comprensione, di rappresentazione, di valutazione e di consapevolezza per affrontare problemi interpretativi e applicativi del diritto.

Ciò significa che la formazione del giurista deve, innanzitutto, assicurare l'apprendimento del sapere giuridico. Deve, inoltre, assicurare l'apprendimento di (almeno alcune) delle abilità proprie di detta figura e deve essere perseguita attraverso l'utilizzo di modalità didattiche differenziate.

Per perseguire tali obiettivi formativi vengono previste le c.d. attività formative indispensabili. La fissazione di tali attività formative (di base e caratterizzanti) viene effettuata unicamente attingendo agli ambiti disciplinari, i quali a loro volta, si articolano in settori disciplinari.

In altre parole, si dà per scontato che l'apprendimento del sapere giuridico e delle abilità proprie giurista si possa ottenere unicamente attingendo alle discipline, così come delineate nei settori scientifico-disciplinari⁷.

Anche secondo il modello attuale, dunque, per diventare giuristi (padroneggiando saperi e abilità), occorre studiare i "tanti diritti" previsti nei settori scientifico-disciplinari (diritto privato, diritto amministrativo, diritto costituzionale, diritto penale, diritto internazionale, diritto processuale, eccetera) con apporto di contributi di materie storiche e filosofiche in un contesto che può prevedere accanto alla lezione frontale metodologiche diversificate (come può essere quella casistica).

Appare chiaro, quindi, come sia necessario disegnare su nuove basi il modello di formazione del giurista.

Si tratta di una traiettoria nella quale sono le Scuole, forensi e di specializzazione, a recitare un ruolo fondamentale.

⁷ Attualmente dichiarati nel decreto ministeriale 4 ottobre 2000, in GU 24 ottobre 2000 n. 249, Suppl. Ord. n. 175, come modificato dal d.m. 18 marzo 2005 in GU 5 aprile 2005 n. 78.

Oggi, tuttavia, per quanto riguarda le Scuole forensi, l'art. 3 del d.P.R. 101 del 1990 si limita a dire che i corsi nelle stesse impartiti (integrativi della pratica) «debbono avere un indirizzo teorico-pratico, comprendente anche lo studio della deontologia e della normativa sulla previdenza forense».

Viene, invero, aggiunto che il «programma dei corsi (da sottoporre alla preventiva approvazione del Consiglio Nazionale Forense) deve contemplare un adeguato numero di esercitazioni interdisciplinari, su tutte le materie di esame, condotte da professionisti esperti negli specifici settori operativi e consistenti anche nello studio, l'analisi e la trattazione, da parte dei praticanti e sotto la guida dei docenti, di casi pratici di natura civile, penale e amministrativa».

Il legislatore sembra essere stato meno parco di indicazioni quando ha disciplinato le Scuole di specializzazioni.

L'allegato I al decreto del 21 dicembre 1999 n. 537, recante "Norme per l'istituzione e l'organizzazione delle scuole di specializzazione per le professioni legali", definisce gli obiettivi formativi e i contenuti minimi qualificanti delle scuole di specializzazione.

In particolare dette scuole devono «sviluppare negli studenti l'insieme di attitudini e di competenze caratterizzanti la professionalità dei magistrati ordinari, degli avvocati e dei notai, anche con riferimento alla crescente integrazione internazionale della legislazione e dei sistemi giuridici e alle più moderne tecniche di ricerca delle fonti».

Come è facile constatare l'apprendimento delle abilità appare enfatizzato. L'art. 7, comma 6, del decreto 21 dicembre 1999 n. 537, descrive gli apporti didattici da attuare nelle scuole di specializzazione per le professioni legali: «l'attività didattica consiste in appositi moduli orali dedicati rispettivamente all'approfondimento teorico e giurisprudenziale e ad attività pratica quali esercitazioni, discussioni, simulazioni di casi, stage e tirocini, discussione pubblica di temi, atti giudiziari, atti notarili, sentenze e pareri redatti dagli allievi, ed implica l'adozione di ogni metodologia didattica che favorisce il coinvolgimento dello studente e che consenta di sviluppare concrete capacità di soluzione di specifici problemi giuridici».

In sostanza, alle Scuole forensi e di specializzazione viene richiesto di partire da alcuni punti fermi:

- nella formazione del giurista l'apprendimento delle abilità deve essere posta in esponente esattamente come è l'apprendimento del saper giuridico;
- occorre avviare una riflessione sulle modalità didattiche più utili all'apprendimento delle abilità;
- occorre pensare a verifiche dell'apprendimento che testino il possesso non solo del sapere ma anche delle abilità.

Il problema, quindi, è quello di costruire percorsi formativi, sia a livello universitario che di formazione post laurea che agevolino l'apprendimento delle abilità.

Si tratta di una riflessione iniziata solo in parte e che occorre approfondire, anche nel dialogo con altre scienze⁸.

È certo, però, che le Scuole realizzeranno appieno la propria missione solo se sapranno individuare le tecniche didattiche, gli strumenti didattici e le procedure di valutazione più idonee a far apprendere le abilità del giurista e a verificarne l'effettiva padronanza.

Occorre pensare ad ausili didattici che favoriscano l'apprendimento delle abilità.

Occorre che il legislatore avvii una riflessione sulle modalità didattiche più utili all'apprendimento delle abilità.

Germania

Il modello tedesco è strutturato in maniera completamente diversa rispetto a quello italiano.

L'istruzione giuridico-universitaria è condizione necessaria, ma non sufficiente per essere ammessi ad una attività giudiziaria o forense.

La preparazione è generale e valevole per la classica terna delle professioni legali tradizionali di magistrato, avvocato e notaio.

La prima fase di formazione del giurista si compie con la frequentazione del c.d. *Studium* Universitario presso le Facoltà di Giurisprudenza e ha durata quinquennale.

I programmi e la didattica delle Università tedesche vengono controllati dai Lander, che ricoprono un ruolo assai importante nel percorso di formazione dei giuristi.

È lo stato, inoltre, a gestire l'esame conclusivo del percorso universitario, il primo esame di Stato necessario dei due previsti dal sistema tedesco.

La preparazione universitaria è notevolmente pratica, tanto che le lezioni sono di norma strutturate in modo da privilegiare le risoluzioni di casi pratici in diritto positivo rispetto, ad esempio, allo studio delle materie teoriche, storiche, romanistiche o filosofico-sociali (tanto che a mero titolo esemplificativo, tanto l'esame di diritto romano quanto quello di filosofia del diritto sono facoltativi o alternativi).

Questo non toglie tuttavia che a livello accademico l'attenzione alla dogmatica sia tradizionalmente massima.

La formazione giuridica che si è sviluppata nelle università tedesche è peculiare: accanto alla lezione orale, due altre forme di insegnamento tendono ad assumere un ruolo rilevante.

La prima è avviene nella forma dei seminari, durante i quali lo studente è guidato a lavorare autonomamente e scientificamente su singoli problemi ed a confrontarsi criticamente con opinioni diverse.

⁸ Cfr. G. PASCUZZI, *Scienze cognitive e formazione universitaria del giurista*, in *Sistemi intelligenti*, 19/2007, pp. 137-148.

La seconda avviene nella forma delle esercitazioni scritte, durante le quali lo studente apprende a risolvere in maniera logica ed ordinata casi giuridici pratici, riconducendo le regole e le definizioni astratte e teoriche alla casistica giurisprudenziale.

Gli esami universitari vengono svolti privilegiando la forma scritta, sotto forma di risoluzioni di casi pratici nelle materie di ambiti macrotematici (diritto civile, diritto penale, diritto internazionale privato, diritto comunitario eccetera).

Al termine del quinquennio universitario, lo studente sostiene un primo esame di Stato al termine del quale, se con esito positivo, può dirsi “laureato”, ma non può fregiarsi del titolo di dottore “Dr.”, riservato solo a chi abbia conseguito un dottorato di ricerca, in ogni caso del corso di un solo anno.

Si aprono così due anni pratici di tirocinio pubblico (*Referendariat*) durante i quali, il *Referendar* viene assunto con contratto pubblico di lavoro mediante retribuzione, e continuando a frequentare una scuola forense non dissimile dalle nostre scuole di specializzazioni, organizzata presso le circoscrizioni delle Corti di Appello, deve tuttavia trascorrere delle tappe di tirocinio obbligatorie (*Stationen*) presso il Tribunale, la Procura della Repubblica, la PA e in alternativa uno studio legale o Notarile.

In questo periodo le funzioni ricoperte dal *Referendar* nelle varie *Stationen*, pubbliche o private sono effettive e retribuite e, non di rado, il singolo candidato supplisce completamente il soggetto ufficialmente o originariamente preposto.

Al termine del *Referendariat*, l'*Assessor* sostiene un secondo esame di Stato persino proverbiale per la sua severità, al superamento del quale viene posizionato automaticamente in una graduatoria pubblica di tutti i giuristi abilitati all'esercizio delle professioni legali, non distinguendosi dunque tra abilitazione all'esercizio dell'avvocatura, della funzione di magistrato e del notariato.

Il superamento dell'esame di assessorato permette la definitiva qualificazione, ossia l'acquisizione della piena idoneità professionale.

Sarà in base al posizionamento in graduatoria che il soggetto, in base ai posti vacanti per le professioni di notaio e magistrato, potrà ambire a tali professioni o, salva

specifica propensione o personale elezione, di fatto, potrà ripiegare sulla libera professione dell'avvocatura.

In ogni caso, il soggetto che esce abilitato, è tecnicamente atto all'esercizio di qualsiasi professione legale e per questo viene definito “*Volljurist*”, cioè “giurista pieno”.

Gli esami di stato – sia il primo che il secondo – consistono in esami scritti a orientamento pratico, l'esame orale interviene solo nella fase finale.

La parte essenziale è costituita da sette, otto, nove pareri giuridici – le c.d. *Klausuren* – da redigere in un esame scritto.

Nel processo che conduce all'accesso alle professioni, il sistema tedesco presenta inconvenienti opposti rispetto a quelli che caratterizzano il sistema italiano.

In quest'ultimo, infatti, il primato del momento intellettualistico del pensiero e della cultura giuridica nell'insegnamento universitario va tutto a discapito della formazione strettamente professionale.

Al contrario, nel sistema tedesco si è in presenza di una professionalizzazione totale. Per la grande massa degli studenti e dei candidati all'esame di stato, non certo minoranze elitarie, la cultura giuridica, la filosofia del diritto, la storia del diritto, le conoscenze di diritto internazionale sono completamente degradate.

La studio si è ridotto alla meccanica preparazione di questi esami di Stato – in sostanza all'apprendimento della tecnica di redazione di un parere scritto – si è venuta a consolidare quindi una professionalizzazione esasperata.

Francia

Il modello di formazione francese ha trovato la sua origine storica nella rinascita delle facoltà di diritto in Francia dopo la rivoluzione francese.

Si tratta di un modello che si è imposto in tutti gli ordinamenti latini, vale a dire negli stati italiani preunitari, nel Regno di Italia del 1865, in Spagna, in Portogallo, in Belgio ed anche in parte, in Olanda, ossia in tutti gli ordinamenti legati alla tradizione giuridica francese sia per quanto concerne la recezione dei codici sia per quanto concerne la recezione della letteratura giuridica e della stessa pratica professionale e giudiziaria francese.

In questo modello, l'università è una condizione necessaria per entrare nel mondo della professione giuridica, ma non è ormai più una condizione sufficiente.

Originariamente sia in Francia che in Italia, per esempio, era possibile acquisire il titolo di avvocato avendo conseguito i soli studi giuridico universitari: una volta conseguito il diploma universitario si aveva a tutti gli effetti accesso al Foro.

In Francia, quest'ultimo sistema ha funzionato fino al 1941, quando venne introdotto per la prima volta il CAPA (*Certificat d'Attitude à la Profession d'Avocat*).

Anche in Italia, fino al 1926 (data di introduzione dei primi esami professionali) una volta conseguita la laurea in giurisprudenza si poteva acquisire il titolo di procuratore legale senza dover superare altri esami.

Tale sistema non esiste più oggi in Europa. Il sistema franco-italiano oggi è profondamente cambiato perché, ai fini dell'accesso alle professioni giuridiche, accanto all'università vi sono i cosiddetti esami e concorsi professionali.

Questo sistema nasce in epoca napoleonica e risiede essenzialmente in un concorso organizzato a livello nazionale, centralizzato per il reclutamento del personale dell'amministrazione pubblica. Di origine francese è anche il modello sino ad oggi applicato in Italia per il reclutamento del personale universitario sulla base di un concorso nazionale.

Il modello ora illustrato si è professionalizzato e trasformato nei passati decenni in maniera incisiva.

Per tutto il XIX secolo le Università furono ridotte a «templi elevati in onore dei codici imperiali»⁹, luoghi dove la preoccupazione centrale doveva essere quella di formare «buoni tecnici, desiderosi unicamente di servire lo Stato»¹⁰.

Obiiettivo cui verso la metà del XX secolo, in ragione anche di un accentuato interesse potere politico verso la formazione e il reclutamento dei funzionari statali e, al loro interno, dei giudici, saranno rispettivamente preposte, l'*École Nationale de l'Administration* e l'*École Nationale de la Magistrature*.

In un contesto prevalentemente diretto ad imprimere una vocazione più professionale che accademica alle Università, l'impostazione didattica (attratta anch'essa nella sfera del monopolio statale) assicurò che intere generazioni di giuristi fossero quasi esclusivamente formate all'insegna dell'ordine stabilito del *Code Civil*.

La centralità del diritto civile resterà tale per tutto l'Ottocento ed è solo con la soppressione, nel 1895, dell'obbligo per i professori di diritto civile di attenersi alla struttura del codice che verranno progressivamente introdotti insegnamenti culturali di base, quali ad esempio la sociologia e la filosofia del diritto.

Anche i testi di insegnamento del diritto civile mutano: dal commento delle singole disposizioni codicistiche si passa ad una manualistica di impostazione più sistematica, in cui all'ordine fissato dal legislatore viene sovrapposto quello sfoggiato dagli scienziati del diritto¹¹.

Parallelamente e in corrispondenza (anche) della diffusione delle raccolte e dei commentari giurisprudenziali, cresce l'attenzione per la dimensione applicativa del diritto, attenzione che sul piano dell'educazione giuridica si traduce nell'affiancamento alla lezione classica dogmatica del metodo classico, successivamente assorbito in una tecnica didattica tuttora molto praticata, quella dei *travaux dirigés*¹².

I *travaux dirigés* corrispondono a momenti in cui gli studenti sono guidati a lavorare in gruppo su temi che non di rado vengono proposti da un punto di vista eminentemente pratico, ad esempio quando vien chiesto loro di confezionare un *commentaire d'arrêt* o di confrontarsi con un *cas pratique*¹³.

⁹ J.-O. HALPÉRIN, *Histoire de droit privé depuis 1804*, PUF, Paris 1996, p. 49.

¹⁰ R. VILLER, *L'enseignement du droit en France de Louis XIV à Bonaparte*, in AA.VV., *L'educazione giuridica*, Libreria Universitaria, Perugia 1975, vol. 1, p. 109.

¹¹ COSÌ F. TERRE, *L'education juridique dans l'ecole de l'exègese et dans l'ecole scientifique*, in AA.VV., *L'educazione giuridica*, Libreria Universitaria, Perugia, 1979, vol. 2, p. 256, il quale sembra propendere per un ridimensionamento della rottura epistemologica e metodologica per solito attribuita a Geny e alla scuola scientifica.

¹² Cfr. G. GOUBEAUX, *Le poids de la tradition*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, p. 297 che definisce i *travaux dirigés* come un succedaneo del metodo casistico praticato all'inizio del XX secolo.

¹³ Il panorama editoriale francese è ricco di raccolte di *travaux dirigés*: cfr. ad es. H. MAZEAUD, *Methodes de travail*, Deug Droit, Paris 2001.

Ciò nonostante, come sottolineato anche in un rapporto elaborato nel 2002 dalla *Commission de Reflexion sur les Etudes de droit*, «l'accento è posto sull'acquisizione di un sapere tecnico molto più che sulla padronanza di strumenti di ragionamento», e ciò sia che l'insegnamento del diritto avvenga sotto forma di corso magistrale, sia che si manifesti nella direzione di lavori in gruppi ristretti, essendo l'obiettivo, in entrambi i casi, quello di condurre lo studente a scoprire soluzioni precostituite dal legislatore e di agevolarlo nella memorizzazione dei diversi concetti giuridici¹⁴.

L'affiancamento dei *travaux dirigés* alla classica lezione cattedratica, la cui centralità resta comunque fuori discussione, deve essere compresa in un contesto vasto, che attesta la continua ricerca di un bilanciamento tra opzioni culturali di tipo generalista e opzioni che guardano più alla prassi e alle professioni¹⁵.

Dopo questa prima ricognizione del modello di educazione giuridica in Francia, di cui si inteso sottolineare la complessità e le opzioni culturali di fondo, si rende ora necessario tentare di offrire un'analisi più dettagliata, che tenga conto delle recenti forme avviate e delle peculiari reazioni che esse hanno suscitato negli ambienti accademici.

Nello specifico contesto francese, la divaricazione tra la professione forense e la professione giudiziaria si è perfezionata con l'istituzione dell'*École Nationale de la Magistrature*, cui dal 1958 fa capo il principale sistema di reclutamento dei giudici ordinari.

Infatti, in Francia, giudici e avvocati hanno in comune tendenzialmente soltanto il percorso di studi superiore e vi sono delle modalità differenziate di formazione del professionale che corrispondono alle diverse condizioni richieste, rispettivamente, per l'accesso alla magistratura e per l'accesso alla avvocatura.

Per accedere alla magistratura è indispensabile superare il concorso di ammissione alla *École Nationale de la Magistrature* a Bordeaux.

Si tratta di una scuola professionale sul modello delle *Grandes Écoles* previste per la formazione del personale dell'amministrazione dello Stato. Quanto, poi, all'avvocatura, da vari anni sono previsti degli esami di ammissione alle scuole giuridico-professionali tenute dagli ordini forensi presso ogni corte di appello.

Seguire queste scuole è necessario al fine di conseguire il *Certificat d'Attitude à la Profession d'Avocat (CAPA)*.

L'elemento caratteristico del modello descritto è che si è in presenza di una distinzione radicale fra i diplomi universitari (che non servono direttamente per la professione) ed i criteri d'ammissione nelle professioni legali.

¹⁴ In questo senso, R. SEFTON-GREEN, *The Culture of Legal Education in France from a Comparative Viewpoint*, www.ukcle.ac.uk, 2009.

¹⁵ Vedi specialmente *Commission de Reflexion sur les Etudes de droit, Rapport à M. Jack Lang, Ministre de l'éducation Nationale*, p. 12.

I corsi universitari sono, infatti, solo teoricamente sufficienti a preparare i concorsi. Al fine di accedere alla professione forense, la tappa successiva al conseguimento del diploma universitario, è l'ammissione ad un centro di formazione, previo esame scritto e orale.

Si tratta dei *Centres Régionaux de Formation Professionnelle d'Avocat*, ossia strutture istituite presso ogni sede di Corte d'Appello, alle quali la legge conferisce il rango di *établissement d'utilité publique*.

L'ammissione a questa scuola di perfezionamento richiede il superamento di un esame particolarmente complesso, tant'è che la sua severità è stata spesso criticata.

Una volta ammesso al centro di formazione, l'allievo deve seguire contemporaneamente il praticantato, che può svolgere presso un avvocato o un altro professionista del diritto.

I centri di formazione si contraddistinguono per alcune peculiari caratteristiche:

- il diritto di regolare internamente la preparazione degli esami di accesso, utilizzando eventuali convenzioni con le università;
- il compito di garantire l'insegnamento e la preparazione degli esami di accesso, non solo dei praticanti, ma anche degli avvocati in carriera;
- il diritto di gestire la vita interna della struttura tramite un Consiglio di Amministrazione di tipo societario, che è composto in prevalenza da avvocati nominati dai *barreaux* distrettuali. Dello stesso fanno parte altresì magistrati, docenti universitari e i due rappresentanti degli studenti. Il Consiglio di Amministrazione ha il compito principale di approvare il regolamento interno nel quale sono fissate le modalità concrete dei corsi teorici e della pratica professionale, il tutto nel rispetto delle linee-guida provenienti dal *Conseil National des Barreaux*.

Il godimento del sostegno economico dello Stato cui si aggiungono le *cotisation* (tasse) raccolte dagli iscritti dei *barreaux* del distretto.

L'ultima tappa è costituita dal secondo esame, l'esame di abilitazione, il cui conseguimento permette di ottenere il certificato di attitudine alla professione di Avvocato.

Si tratta di un esame sicuramente meno selettivo del primo, e che è organizzato dallo stesso Centro di formazione degli Avvocati.

Il giovane Avvocato, comunque, non può essere eletto nel Consiglio dell'Ordine ed è obbligato ad un periodo di due anni di stage, nel corso del quale può compiere tutti gli atti della professione.

Egli, inoltre, deve svolgere 200 ore di formazione (di cui 20 ore di deontologia) presso università o grandi scuole. Durante questi due anni l'avvocato è obbligato, altresì, a frequentare, per un anno, uno studio legale in Francia, ma ha altresì la possibilità di effettuare uno *stage* per un altro anno presso: uno studio legale all'estero, lo studio di un notaio, la Procura del Tribunale o della Corte di Appello, uno studio di *experts-comptables*, un dipartimento legale di un'Amministrazione Pubblica o un'organizzazione internazionale.

Il sistema francese prevede, altresì, una modalità di accesso che potremmo definire “straordinaria”: essa riguarda quelle persone che, dopo la laurea, hanno già svolto un’attività professionale che consente loro di integrarsi nel mondo forense, senza essere sottoposti ad esami o a stage.

I magistrati, i notai, i curatori fallimentari, i professori universitari, i giuristi di impresa ed alcuni funzionari, infatti, possono richiedere immediatamente l’iscrizione al Consiglio dell’Ordine che deve valutare e pronunciarsi sul merito, e, in caso di suo rifiuto, è ammesso il ricorso presso la Corte di Appello.

Sebbene nella comparazione dei sistemi dei diversi paesi europei quello francese sembri il più appropriato, anche perché tiene conto delle strette connessioni tra gli Studi universitari e la Formazione Professionale, le critiche non mancano.

In particolare si critica la stessa formazione universitaria, che si ritiene non formi abbastanza e non obblighi ad insegnamenti di materie nuove e fondamentali, la diversa severità da sede a sede d’esame, nonché il regime di “favore” riservato ai dottori di ricerca i quali, da alcuni anni, hanno la possibilità di essere sottoposti solamente all’esame finale di abilitazione.

Brevi note sull'educazione del giurista

Federico Puppo

Introduzione

In questo breve scritto¹ intendiamo offrire alcuni spunti di riflessione per un tema – quello della formazione o, come preferiremmo dire per i motivi che vedremo, dell'educazione del giurista – che è fra quelli che più di altri dovrebbero attirare l'attenzione della classe forense, ma non solo. Riteniamo infatti che le recenti riforme approvate con riguardo all'accesso alla professione forense rendano la riflessione sulle diverse questioni che ruotano intorno al tema non ulteriormente procrastinabile. Nel contempo si dovrebbe prendere atto della necessità di investire di tali problemi anche l'organizzazione dei percorsi universitari e delle metodologie didattiche ivi applicate: in effetti, sarebbe finalmente ora di dare il definitivo addio alla cesura che ancora oggi spesso si registra fra “mondo della teoria” e “mondo della prassi” giuridiche, se non altro in nome di una comunanza di problematiche che interessano tutti coloro che, a diverso titolo, sono ormai chiamati *ex lege* a collaborare per svolgere un lavoro continuativo nel campo della formazione (ma anche specializzazione) dell'avvocato.

Si tratta di questioni che, è evidente, non potranno che qui essere accennate: e poiché è bene cominciare dalle cose che meglio si conoscono, vorremmo trattare qui in particolare di alcuni problemi che interessano il “versante accademico” della teoria e della formazione giuridiche, avendo comunque presente che esso non può essere separato (per quanto vada, dal punto di vista analitico, distinto) da quello “pratico”.

Un buon punto di partenza per raggiungere questo scopo è ricordare come, qualche anno fa, la pubblicazione in traduzione italiana di un noto volume di Gary Minda² diede la possibilità di conoscere la disputa che, nel contesto statunitense, segnò circa un ventennio fa il mondo accademico dei giuristi, diviso fra “conservatori” ed “innovatori”³, ovvero fra coloro che difendevano – po-

¹ Che rappresenta una sintesi di quanto più diffusamente discusso in F. PUPPO, *Metodo, pluralismo, diritto. La scienza giuridica fra tendenza “conservatrici” e “innovatrici”*, Aracne, Roma 2013, in part. parte prima, cap. terzo.

² G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Il Mulino, Bologna 2001. Per una valutazione critica di quest'opera (e delle teorie che essa espone) v. ivi il saggio introduttivo di M. BARBERIS (dal provocatorio titolo *Deconstructing Minda*).

³ Ci appropriamo qui della terminologia utilizzata da R. ORLANDI, *Trasformazione dello Stato e crisi della giustizia penale*, in M. VOGLIOTTI, (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino 2008, pp. 235-249: 235.

tremmo dire – una sorta di *status quo* della scienza giuridica contro alcune tendenze postmoderne del diritto (quelle, per intenderci, che inaugurarono indirizzi di studio quali, ad es., le teorie femministe del diritto, i cc.dd. *critical legal studies*, ecc.). Pare che, inizialmente, i sostenitori di tali concezioni subirono una vera e propria «propaganda accademica nelle università»⁴ di opposizione alle proprie teorie, poiché il postmodernismo veniva «considerato responsabile di una miriade di problemi nella università contemporanea [...] [quali] curricula multiculturali, *politically correctness*, politiche di discriminazione positiva, restrizioni alla libertà di espressione, e generale disinteresse verso i grandi classici della cultura occidentale»⁵.

A quel tempo le facoltà giuridiche nordamericane furono però percorse da una serie di movimenti di contestazione, anche studentesca, che contribuirono in qualche modo a cambiare lo scenario della scienza giuridica e del diritto, e quindi anche della (potremmo così dire) “offerta formativa” ad essi conseguente, vuoi per i metodi vuoi per i contenuti.

Diritto e formazione nella prospettiva del postmodernismo: qualche problema...

Guardando alle prospettive del postmodernismo, va infatti dapprima ricordato come esso abbia suscitato consensi perché consente «di recuperare aspetti della vita intellettuale che sono generalmente occultati dalle prospettive conoscitive illuministe. I postmoderni tentano di dare voce a forme di pensiero e di pratica cancellate dal discorso giuridico ufficiale»⁶.

In effetti, a fronte della denunciata incapacità, da parte del modello formativo che è stato chiamato “tradizionale” o “conservatore”, a far fronte ai problemi sociali esplosi nell’ultimo quarto del Ventesimo secolo, i postmodernisti nordamericani hanno ritenuto fosse necessario riformare i *curricula* di studio in senso “innovatore”. Si è cioè ritenuto che occorressero «studi multiculturali per soddisfare le richieste di studenti provenienti da culture diverse, che vogliono studiare seriamente la storia e la cultura dei rispettivi *backgrounds* etnici e sociali. Per rispondere ai bisogni di indiani, ispanici, afroamericani, asiatici d’America e donne di tutte le etnie viene dunque richiesto un curriculum multiculturale. [...] [E così] lo studente di giurisprudenza s’imbarca oggi in un’odissea dottrinale attraverso le diverse famiglie disciplinari e movimenti del diritto: *Legal Process*, diritti fondamentali, analisi economica del diritto, *Critical legal studies*, femminismo, diritto e letteratura, teoria della differenza razziale, diritto asiatico-americano, studi giuridici gay e lesbici, diritto degli indiani d’America, e così via. Ognuna di queste nuove famiglie disciplinari della *jurisprudence* è studiata per imparare qualcosa circa le diverse prospettive culturali, linguisti-

⁴ G. MINDA, *Teorie*, cit., p. 398.

⁵ *Ibid.*, pp. 398 ss.

⁶ *Ibid.*, p. 407.

che e teoriche degli studi giuridici, nel tentativo di modernizzare gli stili sorpassati del modernismo giuridico»⁷.

Il tutto, quindi, per superare, o almeno così pare di intendere, la – vorremmo dire – “staticità” o “fissità” del tradizionale approccio della scienza giuridica (quello tipicamente Ottocentesco cui ancora si abbevera almeno in parte il giurista teorico) che, evidentemente, anche oltreoceano vantava i propri successi e sostenitori – e che non si fatica a vedere rappresentato nei modelli di formazione universitaria cui noi stessi siamo abituati. Così come non si fatica, almeno oggi, a intravedere nell’offerta formativa universitaria il frutto del post-modernismo, essendo quegli indirizzi di studio pienamente entrati nel novero delle concezioni del diritto normalmente insegnate e discusse a livello universitario e non solo.

Tuttavia, come spesso accade, un rimedio ad un problema ne genera altri: infatti, le teorie postmoderne sostengono che «occorre formulare una strategia pratica per alimentare un impegno costruttivo trasversale rispetto alle barriere della razza, della classe, del genere e del linguaggio. [Ma] [l]a nuova critica [...] non offre nuovi punti di vista per analizzare e affrontare questi problemi nel momento in cui le forme monolitiche della *jurisprudence* si frammentano e crollano»⁸. È questo, in effetti, uno dei tratti della attuale crisi del diritto, in cui molto dell’edificio giuridico costruito dalla modernità sta via via frantumandosi, senza che però si sia ancora stati capaci di rimpiazzarne le strutture: il diritto (inteso tanto come teoria che come prassi) e la scienza giuridica che ne tratta sono da non poco tempo in posizione di stallo ed è quindi naturale che ciò si ripercuota anche sul versante della formazione. A noi pare, cioè, che gli studenti impegnati in quell’«odissea dottrinale» (che tanto evoca, a differenza del poema omerico, l’immagine di un viaggio senza ritorno) avrebbero l’impressione di imparare molto, mentre in realtà – secondo noi – non imparerebbero nulla, cioè nulla sul diritto.

Ci spieghiamo: il tentativo, pure lodevole, di voler cambiare gli assiomi della moderna scienza giuridica ha condotto all’errore, tipicamente scettico-relativistico, di pensare che la frammentazione della società in diverse “identità” (su base razziale, sessuale, religiosa ecc.) dovesse rispecchiarsi anche nella frammentazione delle prospettive teoriche. Perduta, infatti, la fiducia nella possibilità di queste ultime a fornire una spiegazione valevole al di là del transeunte cangiare situazionale, ci si è mossi alla ricerca di ciò che, localmente, potesse valere.

Ma tutto ciò cozza con la caratteristica essenziale del diritto, che è la capacità di mettere in relazione, di comprendere ciò che tiene insieme elementi differenti nel rispetto delle loro singole identità: ovvero di porsi al cospetto della complessità e di comporla in un ordine. Il diritto, per definizione, deve in-

⁷ *Ibid.*, pp. 406-411.

⁸ *Ibid.*, p. 401.

fatti vantare un suo valore generale: ma le proposte postmoderniste sembrano misconoscere, in ultima analisi, proprio tale essenza, come dimostra la scelta di insegnare non più il “diritto”, ma i “diritti”. Se il diritto fosse realmente tale, infatti, esso basterebbe, giacché dovrebbe valere per tutti quei diversi soggetti (indiani, ispanici, afroamericani, femministe, gay, lesbiche ecc.) che invece le teorie postmoderne consegnano ad una sorta di isolamento, sentendo il bisogno di formulare “diritti” che valgano per ciascuno di essi o, comunque, che siano guardati dalla singola prospettiva di ciascuno di essi. Ma ciò pone in primo luogo la difficoltà, per essi “diritti”, di convivere con altri “diritti”, dovendo comunque e sempre ricercare un “diritto” capace di armonizzarli: ma non si saprebbe dove andare a cercarlo, visto che le categorie con cui trovarlo sarebbero proprio quelle decostruite dal postmodernismo (con il rischio susseguente che tutto ciò sfoci in uno mero scontro di tipo ideologico).

Insomma, se la *pars destruens* del postmodernismo appare per molti versi approvabile, perché ha fatto irrompere in tutta la sua problematicità la domanda sulla “tenuta” del modello “conservatore”, ci sembra che ciò non possa dirsi della *pars costruens*, che invece per molti versi viene a mancare: e ciò vale (e ribadiamo il punto) anche per il campo della formazione.

La stessa pratica dell’insegnamento del diritto ha infatti subito importanti revisioni sulla base delle spinte postmoderniste, dovendosi all’accreciuto interesse accademico per i nuovi movimenti dottrinali uno sviluppo salutare e proficuo per gli studi giuridici⁹, che si sono arricchiti di prospettive e di approfondimenti di tipo inter- e multi-disciplinare. Ma forse, lo si è visto, a discapito della “perdita di identità” del diritto e quindi del giurista, che si ripercuote, infine, sulla stessa professione forense: la difficoltà di rispondere alla domanda su che cosa voglia dire essere avvocato affonda così le proprie radici sulla difficoltà di conoscere l’identità del giurista e del diritto rispetto ad altro da sé. E, da questo punto di vista, si capisce, e fors’anche si giustifica ed apprezza, la resistenza che il movimento “conservatore” oppone alle spinte del dinamismo postmodernista. Ma il problema è che né l’uno né l’altro dei due corni del dilemma sembrano in grado, da soli, di offrire risposte soddisfacenti alla crisi che stiamo vivendo.

... e una possibile alternativa

A tale proposito, v’è da osservare un profilo della questione, che mostra quanto le cose siano probabilmente molto cambiate rispetto alla formazione dei movimenti postmodernisti di cui ci parla l’opera di Minda. Ci fu cioè un momento iniziale in cui i sostenitori di quel tipo di teorie furono in minoranza e subirono gli attacchi accademici degli avversari “conservatori”, in netta maggioranza: ma già a metà degli anni Novanta la situazione sembra fosse di parità o, addirittura,

⁹ *Ibid.*, p. 411.

tura, di superiorità degli “innovatori”. Ne è prova il fatto che, relativamente ai movimenti di cui ci sono fatti promotori, i giuristi postmoderni «sostengono che [...] fanno ormai parte dello scenario consolidato dell'accademia giuridica, permettendo ai gruppi esclusi di partecipare al discorso della *jurisprudence*. Essi notano come i timori iniziali e le originarie proteste stiano cedendo il passo alla rassegnazione e a un atteggiamento molto più disponibile. I postmoderni cercano di mostrare che, benché tali movimenti abbiano provocato una considerevole inquietudine, essi hanno anche contribuito a rivelare nuovi aspetti del diritto, stimolando con la loro critica un nuovo attivismo intellettuale nelle facoltà giuridiche»¹⁰.

Quindi, oramai, il dibattito dottrinale fra moderni e postmoderni lo si gioca alla pari e le parti in campo sono, probabilmente, in numero molto simile tra loro: ciò, come appena visto, ha generato un salutare attivismo intellettuale che ha investito la riflessione sia sulla natura del diritto, sia sulla «questione della *jurisprudence*»¹¹, che riguarda più da vicino anche l'insegnamento del diritto nell'accademia ed il ruolo della classe dei giuristi.

In questo modo, la critica postmoderna ha il merito di avere posto un problema – sostanzialmente quello della didattica – che merita attenzione e che deve ancora probabilmente trovare, non solo presso di noi, la dovuta considerazione: ce lo ricorda molto bene Massimo Vogliotti, le cui parole descrivono in modo assai condivisibile lo stato attuale delle cose con riferimento certamente alla situazione italiana, ma probabilmente anche a quella di molti altri Paesi, in particolare di *civil law*, e quindi di quel contesto europeo in cui ciascun avvocato è ormai costretto a muoversi (e lo sarà sempre di più)¹². Infatti, «da tempo [...] la vita del diritto e la sua linfa teorica sono mutate. La liquefazione dei corpi solidi della prima modernità, che aveva schiacciato il ruolo del giurista, riducendolo sostanzialmente a recettore di sostanza normative già predefinite dal detentore del potere politico, e il recupero della natura pratica della scienza giuridica, attribuiscono nuovamente al ceto dei giuristi una funzione cruciale per il destino del diritto, caricandolo di gravi responsabilità. Un diritto concepito come una rete di relazioni interpretative, intessute da una molteplicità di attori, richiede una nuova figura di giurista che esige, a sua volta, un profondo

¹⁰ *Ibid.*, pp. 411 ss.

¹¹ *Ibid.*, p. 412.

¹² Come è stato molto bene notato, infatti, le profonde trasformazioni che riguardano gli ordinamenti giuridici hanno comportato, non a caso, «che tutti i Paesi conoscano, in misura particolarissima quelli di *civil law*, una crisi profonda dei loro modelli di formazione giuridica, pensati in gran parte per ordinamenti resi ora irriconoscibili da epocali trasformazioni culturali sociali politiche economiche religiose, che con una parola troppo sintetica e riduttivamente coniugata al singolare definiamo “globalizzazione”» (O. ROSELLI, *Presentazione della ricerca “Osservatorio sulla formazione giuridica” ed introduzione dei lavori*, in V. CERULLI IRELLI - O. ROSELLI [a cura di], *Unitarietà della scienza giuridica e pluralità dei percorsi formativi*, ESI, Napoli 2006, pp. 26-34: 27).

rinnovamento dei metodi di insegnamento, già da tempo avviato, ma in misura ancora insoddisfacente. [...] Occorre [...] fornire agli studenti le coordinate fondamentali che consentano loro di orientarsi nei territori del diritto e familiarizzarsi con la sua natura problematica, controversiale e casistica. Invece di somministrare percorsi già fatti, da memorizzare e ripetere in sede di esame, bisogna fornire strumenti che consentano – in presenza di una data questione problematica – di costruire percorsi in grado di attraversarla e dipanarla. [...] Dal passaggio da una logica della “sostanza” ad una logica delle “relazioni”, si trae anche un’altra importante conseguenza per l’insegnamento universitario, ossia quella di superare i confini interdisciplinari, territoriali e temporali in cui si è troppo a lungo compresso lo studio del diritto»¹³.

Tutto ciò genera però una sorta di paradosso perché, come nota per parte sua Orlando Roselli, la mancanza di un dibattito scientificamente controllato sugli studi giuridici è dovuta alle responsabilità di «una comunità che si qualifica come scientifica e che omette di applicare, proprio su se stessa, sulla propria attività, il metodo della critica scientifica»¹⁴. Si tratta di temi assai ampi, che qui non potremo affrontare compiutamente: ci limitiamo a notare come, riguardati da una angolatura centrata sulla filosofia (che vuole essere la nostra), i problemi della didattica possano smettere di essere letti da una prospettiva meramente «interna che ritiene di poterne venire a capo apprestando una serie di misure esclusivamente tecniche»¹⁵ (come quelle relative, tanto per fare un esempio già citato, all’arricchimento del piano di studi o, ancora, ad una formazione che, per superare i limiti di quella tradizionale – giudicata troppo “teorica” – si preoccupi di fornire “abilità”, piuttosto che “saperi” – e diventi così troppo “pratica”) e passare così ad una prospettiva «esterna»¹⁶. Quest’ultima Maurizio Manzin la propone, non a caso, per far fronte al problema della formazione degli avvocati, ma secondo noi l’indicazione che ne emerge può valere anche per la formazione universitaria, rivolta più generalmente ai giuristi. Si dice infatti che una corretta formazione professionale è quella che mira a considerare «un avvocato “migliore” non colui o colei che possiede un *plus* di carattere strumentale (nozioni, abilità, esperienza ecc.), ma che ha una migliore consapevolezza della sua specifica identità professionale. In sostanza, prima ancora di dotarsi di una serie di *technicalities*, il praticante e l’avvocato dovrebbero chiedersi qual è il fondamento che fa di queste pratiche professionali e sociali l’antico mestiere dell’avvocatura. [...] Il problema della formazione

¹³ M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino 2007, pp. 302 ss.

¹⁴ O. ROSELLI, *Presentazione*, cit., p. 29.

¹⁵ M. MANZIN, *La formazione dei formatori. Come s’insegna nel “ginnasio forense”*, in P. MORO (a cura di), *Educazione forense. Sul metodo della didattica giuridica*, EUT, Trieste 2011, pp. 25-35: 31 (corsivo dell’A.).

¹⁶ *Loc. ult. cit.* (corsivo dell’A.).

rimanda pertanto a una questione più radicale: quella della consapevolezza autentica dell'identità professionale»¹⁷.

Ebbene, lo stesso può secondo noi dirsi della formazione universitaria del giurista, il quale potrà considerarsi tale non perché solamente in possesso di conoscenze diverse e molteplici e di abilità fra le più disparate, ma innanzitutto perché consapevole della sua identità: e questo sarà possibile se e solo se gli sarà stata data la possibilità di interrogarsi sul fondamento del suo essere giurista (seppur in formazione) – e quindi su se stesso – e sul fondamento di ciò che ha di fronte – cioè sul diritto. L'ideale formativo dovrebbe quindi secondo noi ritrovare il proprio centro gravitazionale nell'esperienza relazione del diritto (peculiarmente del processo, ma non solo) e quindi nel metodo topico-dialettico-retorico che appare in grado di «spiegare la propria utilità [...] anche nelle attività di formazione/educazione del giurista, nel momento in cui offre [...] lo specifico modello del processo di ordinamento giuridico e [...] il più generale paradigma del ragionare per problemi»¹⁸.

Formazione o, piuttosto, educazione?

È in effetti verso tale tipo di paradigma che spinge – per usare una felice espressione baumanniana – la crisi della «modernità pesante»¹⁹, la quale impone, nel contempo, di guardare ad una metodologia didattica capace di mediare fra modelli formativi incentrati sulla teoria (come sono in particolare quelli italiano e tedesco) ovvero sulla prassi (come sono in particolare quelli francese e inglese), ognuno dei quali ha manifestato limiti suoi propri, rispettivamente perché incurante delle professioni forensi, il primo, ovvero dell'approfondimento culturale, il secondo²⁰. Optare per l'uno o per l'altro tipo di modello è quindi insufficiente e ciò che occorre fare è, armonizzando i due, unificare teoria e prassi, riflettendo sulla «unitarietà della scienza giuridica e sulla pluralità dei percorsi formativi»²¹. In tale modo sviluppando quella che altri ha efficacemente chiamato una «metodologia didattica non solo informativa, ma anche performativa»²² e che, non è un caso, incarna e contribuisce a realizzare, in nome dell'interdisciplinarietà e della capacità di proiettare la professionalità del sapere giuridico sul piano pratico, proprio l'identità didattica della filosofia del diritto. Questo tipo di didattica, incentrato più che sullo studio di norme

¹⁷ *Loc. ult. cit.* (corsivi dell'A.). Si noti come la prospettiva qui coltivata muova dal campo della prassi per guardare più fruttuosamente a quello della teoria.

¹⁸ M. COSSUTTA, *Metodo formativo e metodo giuridico. Due campi a confronto per mezzo di nove domande*, in P. MORO (a cura di), *Educazione*, cit., pp. 37-66: 17.

¹⁹ Cfr. Z. BAUMANN, *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari 2002.

²⁰ Cfr. P. MORO, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, Libreria al Segno, Pordenone 2009, pp. 15 ss.

²¹ Mutuiamo l'espressione dal titolo di V. CERULLI IRELLI - O. ROSELLI, *Unitarietà*, cit.

²² Per un'illustrazione delle caratteristiche della quale v. in part. P. MORO, *Didattica*, cit.

astratte e della loro interpretazione, mira al «coinvolgimento del medesimo [discente] nell'apprendimento pratico delle tecniche di soluzione del caso controverso [...] [ed] impone la partecipazione attenta dell'uditorio all'attività di comunicazione del sapere»²³.

A tale riguardo, è possibile ribadire come il fenomeno giuridico che meglio si attagli a tale tipo di modalità di formazione del giurista (che sarà quindi ad un tempo pratico e teorico) è l'esperienza relazionale-controverbiale del processo, senza che ciò, ovviamente, faccia venir meno l'importanza dello studio delle norme e della loro interpretazione che, anzi, proprio nel processo, così come nella dottrina (che spesso è dottrina che commenta sentenze), trovano tipica realizzazione. Tutto ciò appare, peraltro, anche in grado di dar conto della proficuità di utilizzo di «metodologia attive»²⁴ nella predisposizione della didattica universitaria – ma anche postuniversitaria – di tipo casistico (quali il *cooperative learning*, il *problem solving*, il *role playing* ecc.). Senza dimenticare, però, la fruttuosità dell'approfondimento teorico che potrebbe a sua volta assumere il modello di discussione cooperativa e dialogica, e così condurre il discente in un'indagine attiva, collaborando con il docente alla comune ricerca di una soluzione ragionevole al problema posto e facendogli così dismettere quel ruolo passivo cui invece l'ha sovente destinato un apprendimento eccessivamente teorico.

A quanto pare, quindi, «il problema della formazione degli operatori del diritto e dei giuristi [...] non è un problema di mera trasmissione di nozioni e tecniche, ma è in primo luogo comprensione (ed aiuto alla comprensione) delle trasformazioni in corso e degli strumenti per la loro governabilità. [E se] [i]nterrogarsi su che cosa, a chi, in che modo insegnare diritto, significa preventivamente interrogarsi su che cosa sia diventato il diritto oggi, sul perenne divenire e mutare, e sulla sua attuale specificità di quel peculiare modo di incontrarsi tra fatti e norme che definiamo come giuridico»²⁵, allora la centralità dell'esperienza giuridica e del processo è in *re ipsa*, stante il fatto che in modo esemplare proprio quello è il luogo in cui avviene, per ripetere le parole altrui, quell'incontro tra fatti e norme che definiamo come giuridico.

Da tale punto di vista a noi sembra importante registrare, seppur nel breve spazio di un inciso, una coincidenza evidentemente non casuale: infatti, ben

²³ P. MORO, *Didattica*, cit., p. 45, da cui anche le affermazioni che seguono.

²⁴ V., *ex multis*, le discussioni dei saggi contenuti in: E. NIGRIS - S.C. NEGRI - F. ZUCCOLI, *Esperienza e didattica. Le metodologie attive*, Carocci, Roma 2007 (dal cui sottotitolo l'espressione da noi citata); D. GIULI - N. LETTIERI - N. PALAZZOLO - O. ROSELLI, *Simulazioni interattive per la formazione giuridica. Didattica del diritto, tecnologie dell'informazione, nuovi modelli di apprendimento*, ESI, Napoli 2007. Si rimanda poi, in particolare, a G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Zanichelli, Bologna 2013; V. ZENO-ZENCOVICH, *Dal "cosa insegnare" al "come insegnare"*, in V. CERULLI IRELLI - O. ROSELLI (a cura di), *Unitarietà*, cit., pp. 39-48.

²⁵ O. ROSELLI, *Presentazione*, cit., p. 27.

avvertiti del rischio di «proiettare sull'oggi modelli passati»²⁶, non possiamo non ricordare come, a comprendere la crisi della modernità giuridica e a predisporre risposte soddisfacenti per superarla, possa essere «opportuno e fertile riflettere sui messaggi che [...] da[ll']esperienza [medioevale] interamente vissuta e compiuta possono provenirci»²⁷. In effetti, la concezione del diritto medioevale fu segnata da un diritto con caratteristiche che, per molti versi, possono ricordare quello attuale, se non altro perché l'ideale di un diritto ridotto a legge era ben lungi dal venire. In questi limiti, concordiamo con l'opinione di chi sostiene che «in generale, per il giurista che si avventuri *oltre* i confini della modernità, uno sguardo retrospettivo rivolto all'esperienza giuridica medioevale e alle sue categorie concettuali non può che costituire un utile viatico»²⁸, soprattutto nel momento attuale in cui la complessità del pluralismo giuridico molto ricorda del diritto nell'Età di Mezzo²⁹.

A tale proposito ci sembra che, in accordo con quanto sin qui detto, si potrebbe parlare, più che di “formazione”, di “educazione”: d'altra parte, se il primo termine rimanda, in un suo uso Trecentesco, proprio al concetto di «educare con l'insegnamento, l'esempio e sim.»³⁰, esso rischia oggi di assumere indicazioni eccessivamente tecnicistiche, in cui si potrebbe dire che “formato” è chi è “ridotto a una data forma”, nella trasmissione di certi saperi tecnici (cioè delle “scienze”) o anche solo di talune abilità. L'ideale dell'educazione ci sembra invece più rispondente ai fini qui abbozzati di un insegnamento (del diritto, ma non solo) che sappia, proprio come il significato del termine “educare” attesta, «guidare e formare qualcuno, specialmente giovani, affinandone e sviluppandone le facoltà intellettuali e le qualità morali in base a determinati principi»³¹. Non è in tal senso privo di rilievo che la voce italiana precedente, nell'uso, a “educare” fosse “allevare”, la quale mirabilmente rimanda all'idea di un processo di crescita completa³², non limitata al conseguimento dei risultati (verrebbe da dire: dei prodotti) della “formazione”, che pure contempla ma supera.

²⁶ P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un Medioevo prossimo venturo?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31/2002, pp. 39-57: 42.

²⁷ *Ibid.*, p. 53.

²⁸ M. VOGLIOTTI, *Tra fatto*, cit., p. 27 (corsivo dell'A.).

²⁹ Per un chiarimento di ciò e dei concetti di “complessità” e “pluralismo” ci permettiamo rimandare a F. PUPPO, *Metodo*, cit., e alla bibliografia ivi annotata.

³⁰ Cfr. la vc. “formazione” sub. vc. “föрма” in M. CORTELAZZO - P. ZOLLI, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, Zanichelli, Bologna 1999, edizione minore a cura di M. CORTELAZZO - M.A. CORTELAZZO, Zanichelli, Bologna 2004, p. 461, da cui anche il chiarimento sul termine “formato” che segue in corpo di testo.

³¹ Cfr. la vc. “educäre” in *ibid.*, p. 388, da cui anche la notizia che segue in merito all'uso di “allevare”.

³² La forma verbale italiana “allevare” corrisponde infatti a quella latina “alleväre”, che vuol dire, fra il resto, “levar su, sostenere”, e che è composta dal prefisso “äd” seguito da “leväre”, ossia, per l'appunto, “sollevare” (cfr. la vc. “alleväre”, in *ibid.*, p. 61).

Conclusione

Su quanto appena visto sarebbe certamente possibile aggiungere molto; noi ci limitiamo a rimarcare come, fra i concetti prima evocati in relazione ai nuovi modi in cui deve lavorare la dottrina giuridica, quelli di inter e multidisciplinarietà siano divenuti dei veri e propri luoghi comuni e appartengano al bagaglio normale di qualunque giurista: al punto, però, da fargli talvolta correre il rischio di perdere la sua propria identità, inseguendo sovente paradigmi scientifici dei più vari, che cambiano al cambiare delle mode, in un cammino che corre parallelo a quello, prima abbozzato, della perdita di identità del diritto.

Così dicendo, si badi, non si sta predicando la necessità di non dover trattare, nel contesto della formazione universitaria e post-universitaria, questioni di tipo ermeneutico, epistemologico, logico, informatico, scientifico ecc.: questi temi sono anzi imprescindibili e oggi sarebbe veramente fuori luogo un giurista incapace di fronteggiarli. Essi vanno però affrontati sempre ricordando le specificità, anche metodologiche, del sapere giuridico e dell'approccio peculiare che esso dispiega.

Ecco che allora, letta in questi termini, l'attuale crisi del diritto – che è anche crisi della scienza giuridica e della formazione dei giuristi – ha la possibilità di riportare la comprensione del fenomeno giuridico nell'alveo della *sapientia iuris*, la moderna trasformazione della quale in *scientia iuris* ha gradualmente prodotto quel modello “conservatore” che, lo abbiamo visto sopra, si è mostrato infine incapace di resistere alle istanze della complessità emergente.

A tale riguardo, vorremmo in chiusa osservare come, al cospetto della crisi generata dal lacerarsi delle categorie della modernità giuridica, proprio alla filosofia del diritto potrebbe spettare un ruolo principe, in quanto essa si attesta principalmente ed originariamente come sapere globale e problematico³³: non si tratta, si badi, di una *oratio pro domo nostra*, quanto piuttosto della presa in carico della responsabilità di dover pensare il fondamento delle cose, di porsi domande sull'intero, che da sempre spetta alla filosofia. Un diritto radicato sulla quale farebbe riemergere quella domanda «*quid ius?*» così invisibile alla modernità giuridica che, non per nulla, l'ha ridotta al «*quid iuris?*», nell'illusione di un modello che ha ormai definitivamente mostrato le corde se è vero, come è vero, che sempre più, anche in settori disciplinari diversi da quello della filosofia del diritto, si avverte la necessità di porsi interrogativi di tipo filosofico (come quelli, tanto per fare alcuni esempi a tutti noti, sulla natura della pena nel diritto penale, sulla dignità della persona nel diritto costituzionale, su problemi etici in saperi di confine quali il biodiritto o, se si preferisce, sulla natura della deontologia nella professione forense).

Ripensare il ruolo della filosofia del diritto nel contesto del sapere giuridico consentirebbe anche di riconsiderare lo statuto della sapienza giuridica, così

³³ Cfr. E. BERTI, *Invito alla filosofia*, La Scuola, Brescia 2011.

ric conducendo il diritto, il discorso sul diritto, il sapere sul diritto e l'insegnamento del diritto ad un fondamento certo e sicuro, superando le aporie, da un lato, della resistente e dogmatica modernità giuridica e, dall'altro lato, della montante e relativistica postmodernità giuridica. La filosofia – giusta la lezione di Ulpiano³⁴ – è infatti strettamente intessuta con il *ius* e cioè (stante la coestensività dei due termini nella tradizione giuridica classica) con la *iurisprudentia*, ovvero con la *sapientia iuris*. Questo plesso di termini e concetti – *ius, iurisprudentia, sapientia iuris* – risulta, secondo noi, di straordinaria attualità nel momento di crisi che il diritto, la scienza giuridica e la formazione universitaria stanno vivendo, essendo capace di fornire indicazioni non solo sul diritto, ma anche sul modo in cui si può configurare un sapere giuridico che sia realmente tale, con i conseguenti ripensamenti sul ruolo della dottrina (ma più in generale del ceto dei giuristi) e quindi sull'insegnamento del diritto e le metodologie di formazione/educazione.

Tutto ciò riguarda, si badi, non solo il livello universitario, ma anche quello delle professioni forensi: entrambi debbono trovare nuova linfa vitale proprio dal ricordo della natura relazionale del diritto rievocata non caso dall'immagine di un giurista capace di tessere «trame coraggiose che superino le miserie del particolare»³⁵, come sono quelle in cui spesso restiamo invischiati noi giuristi (di foro o di dottrina qui poco importa) nel quotidiano esercizio della nostra professione.

³⁴ Cfr. *Digesto*, I, I: «*cuius merito quis nos sacerdotes appellat: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ad iniquo separantes, licitum ad illicitum discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*».

³⁵ P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32/2003, pp. 25-53.

Giuristi si nasce o si diventa?

Il talento e la cultura come cardini della formazione forense

Parte prima

Paolo Doria

Premessa: il dibattito in tema di formazione del giurista

Il tema della formazione del giurista, che pure è di antica data, traendo la propria radice addirittura agli albori della professione forense, è quanto mai attuale, come è documentato dalle numerose pubblicazioni di autorevoli studiosi che trattano la materia e che, in alcuni casi, a testimonianza dell'interesse suscitato, hanno portato a nuove fortunate edizioni¹.

La domanda introdotta con il tema di questo saggio sembra apparentemente di stile: giuristi si nasce o si diventa?

Invece, si tratta di un quesito da cui dipende lo stesso modello formativo didattico da proporre nelle scuole di formazione forensi perché individua il paradigma del giurista del futuro.

Va subito evidenziato che non c'è affatto una risposta univoca a questa domanda, anche se, sin dagli albori del diritto occidentale², ci si è interrogati a lungo sulle qualità necessarie per diventare giuristi.

Arrivando ai nostri tempi, seguendo un *ordo artificialis* argomentativo, il dibattito è proseguito incessantemente.

Per Piero Calamandrei, occorre avere un talento innato per fare gli avvocati: «*advocati nascuntur, iudices fiunt*»³. Il grande giurista fiorentino riteneva che occorressero per l'esercizio dell'avvocatura delle doti di combattività ed eccesso tipiche della gioventù appassionata, mentre la saggezza e la ponderazione dovevano caratterizzare l'attività decisoria dei giudici.

Al contrario, per Giovanni Pascuzzi e Luciano Butti sembra prevalere l'aspetto delle tecniche di apprendimento delle abilità giuridiche, rispetto al talento innato richiesto al giovane giurista.

Probabilmente, questa contrapposizione è dovuta ad un esame non troppo

¹ G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Il Mulino, Bologna 2013 (prima edizione 2008); L. BUTTI, *Diventare Giurista. Il diritto come lavoro e passione*, Filodritto, Bologna 2012 (prima edizione 2010).

² Per un approfondimento: U. VINCENTI, *I fondamenti del diritto occidentale*, Laterza, Roma-Bari 2010.

³ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle Grazie, Milano 1999, p. 47.

approfondito dell'opera dei giuristi citati, anche se l'impostazione di fondo obiettivamente permane⁴.

Cercherò di approfondire la tematica partendo dalle origini della professione forense, per poi arrivare alla sintesi dando una risposta sulla necessità o meno di specifiche doti innate nei giovani giuristi per apprendere le abilità indispensabili per affrontare i difficili tempi che attendono l'avvocatura del ventunesimo secolo.

La scienza giuridica occidentale⁵ è nata in Sicilia attorno al 467 a.C.⁶; negli anni precedenti, due tiranni di Siracusa, Gelone e il suo successore Gerone avevano attuato delle deportazioni e delle espropriazioni per assegnare lotti di terreno ai propri mercenari e ripopolare la città; con la caduta della tirannide, proprio nel 467 a.C., prese avvio una lunga serie di processi per la rivendicazione delle proprietà confiscate. Nell'ambito di questi giudizi decisi da giurie popolari, ci si rese conto che per vincere le cause bisognava essere eloquenti, ovvero sia convincenti nei confronti dei giudici. Questa tecnica argomentativa, che privilegiava il sembrare vero più dell'essere vero, puntava sin dall'inizio a ricercare prove indirizzate a dimostrare la verosimiglianza delle proprie tesi. In breve venne costituita una vera e propria scuola di insegnamento di queste tecniche che faceva capo, secondo la tradizione, a Empedocle di Agrigento, Corace e Tisia, che sono considerati i padri della retorica occidentale o, per meglio dire, della tecnica dell'argomentazione moderna⁷.

⁴ G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, cit., p. 181: «Ognuno ha le capacità potenziali per parlare in pubblico e le capacità comunicative e persuasive possono essere potenziate attraverso una serie di tecniche e di regole ben definite. L'arte di parlare non è un dono di natura e non è qualcosa che si possa improvvisare, ma qualcosa a cui tutti, se vogliono, possono avvicinarsi così come a una lingua straniera. Nessuno nasce oratore; lo si diventa al prezzo di molti esercizi, di tanta assiduità, di molte applicazioni».

⁵ In epoca classica il diritto era considerato una scienza in quanto parte della retorica: M. MANZIN, *Retorica ed umanesimo giuridico*, in F. CAVALLA (a cura di), *Retorica, processo, verità*, FrancoAngeli, Milano 2007, pp. 85 ss., con particolare riguardo alle pagine 87 e 98. Per una prospettiva più recente: A. MARIANI MARINI, *Scienza giuridica e argomentazione forense*, in *Diritto e formazione*, 1/2010, pp. 141 ss.

⁶ U. Vincenti, *La struttura argomentativa del diritto occidentale*, in U. VINCENTI - A. MARIANI MARINI - F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Plus, Pisa 2004, p. 17; R. BARILLI, *La retorica. Storia e teoria. L'arte della persuasione da Aristotele ai giorni nostri*, Bologna 2011, pp. 25 ss.

⁷ R. BARTHES, *La retorica antica*, Bompiani, Milano 2001, pp. 13-14; F. MONTANARI, Introduzione a *Retorica* di Aristotele, Mondadori, Milano 1996, pp. VI ss.; B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*, Bompiani, Milano 1999, pp. 17-18. Corace ha inventato le cinque grandi parti del discorso retorico: l'esordio; la narrazione; l'argomentazione o prova; la digressione; l'epilogo o conclusioni. A Empedocle dobbiamo l'elaborazione del ragionamento per antitesi e del concetto di politropia, ovvero sia la capacità di adattare il discorso a seconda dei diversi tipi di ascoltatori.

In pochi anni, già verso la metà del V secolo a.C., l'insegnamento della retorica passò ad Atene grazie alla scuola sofistica prima con Protagora e poi, attorno al 427 a.C., tramite Gorgia di Lentini; già in questa fase lo sviluppo dello studio dell'arte di argomentare attraverso la bellezza del dire raggiunse livelli di eccellenza, approfondendo i temi della stilistica, dell'antitesi (uno stesso argomento può essere valutato da diversi punti di vista) e della dialettica eristica esercitata attraverso veri e propri agoni retorici.

È noto anche che questa impostazione venne duramente criticata da Platone, che distinse una cattiva retorica, tesa a dimostrare la verosimiglianza e l'illusione, dalla sua controparte filosofica, ovvero la dialettica, che aveva per oggetto la ricerca della verità⁸, contrapponendo l'antitesi tra il sembrare e l'essere. Anche Platone metteva in evidenza la necessità di uno specifico talento dell'oratore, ovvero la capacità di possedere una profonda conoscenza dell'animo umano e degli effetti del discorso sulla disposizione emotiva dell'ascoltatore⁹.

In questo contesto le scuole di retorica avevano un grande successo ed è in questo ambito che possiamo cogliere già qualche testimonianza sulla necessità o meno di specifiche attitudini per l'esercizio della professione forense, che all'epoca era svolta dai logografi che preparavano i discorsi per le parti in causa o dai sinègori che pronunciavano le arringhe nel processo¹⁰.

Ebbene, Aristofane, nella commedia satirica *Le nuvole*, scritta attorno al 423 a.C., trattava in termini caricaturali proprio il problema dell'insegnamento della retorica¹¹: il vecchio Strepsiade, che era stato un giudice popolare, voleva imparare da Socrate, tratteggiato come maestro di sofistica in termini opposti rispetto alla figura riportata da Platone¹², il metodo per vincere le cause. Ci sono dei sapienti che «se li paghi, ti insegnano a parlare e a vincere con il torto

⁸ R. BARTHES, *La retorica antica*, cit., p. 16; B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*, cit., pp. 22-23.

⁹ F. NIETZSCHE, *L'arte della parola. Esposizione della retorica antica*, a cura di S. TAFURI, Il Ramo, Rapallo 2012, p. 55.

¹⁰ A. GRILLI, in ARISTOFANE, *Le nuvole*, BUR, Milano 2001, a cura di A. GRILLI, p. 223.

¹¹ Di Aristofane bisognerebbe anche leggere almeno un'altra fondamentale commedia satirica sul sistema dell'amministrazione della giustizia ateniese: *Le vespe*, rappresentata nel 422 A. C.; il grande commediografo si scaglia contro la commistione del sistema giudiziario con quello politico e la ingiustificata proliferazione dei processi. Fortissima è la critica nei confronti dei giudici rappresentati come vespe, maniacali, ignoranti e colpevolisti. La critica di Aristofane, comunque, non risparmiava gli avvocati, a loro volta rappresentati come impostori azzeccarbugli. ARISTOFANE, *Le vespe*, a cura di G. PADUANO, BUR, Milano 2012.

¹² Sulla figura di Socrate è prevalente la caratterizzazione che ci deriva dagli scritti dell'allievo Platone, anche se sin dall'antichità il dibattito era quanto mai controverso; infatti, altre fonti ci riportano un ritratto completamente diverso del grande filosofo ateniese. Sull'importanza dello studio del filosofo ateniese ai fini del metodo dialettico del processo, in funzione di una prospettiva processuale del diritto, vedasi lo splendido libro di P. MORO, *La via della giustizia. Il fondamento dialettico del processo*, con l'*Apologia di Socrate* di Platone, Libreria al Segno, Pordenone 2001 (seconda edizione 2004).

o con la ragione»¹³. Lo sviluppo comico del confronto tra il maestro di tecnica dell'argomentazione e l'allievo si conclude con la sonora bocciatura del discente: «Sei tutto scemo. Vattene al diavolo, non ti voglio più insegnare... dimentichi subito quello che hai imparato»¹⁴.

La sintesi della commedia è che per poter fare l'avvocato occorre avere una buona memoria; è necessario avere questa predisposizione naturale, altrimenti l'insegnamento è tempo perso. Certo, si può discutere sulla capacità di apprendimento delle tecniche di memoria tramite la mnemotecnica, ma non vi è dubbio che, almeno fino ad un certo livello, è necessario possedere una predisposizione naturale.

La grande elaborazione della tecnica dell'argomentazione antica raggiunse senza dubbio il suo apice con Aristotele, che per molti aspetti non solo è di una modernità stupefacente, ma è anche tuttora insuperato¹⁵. Tutti gli elementi didattici che caratterizzano i manuali anche moderni di tecnica dell'argomentazione si alimentano con i principi elaborati da Aristotele¹⁶ ed è impossibile in questa sede riepilogare, se non per cenni, la grande elaborazione argomentativa dello stagirita.

La retorica di Aristotele era basata sulla prova, sull'argomentazione, sull'elocuzione e sulla composizione del discorso¹⁷. Il grande filosofo poneva in parallelo la dialettica con la retorica e distingueva il ragionamento dimostrativo fondato sul sillogismo, che parte da premesse necessariamente vere, dall'entimema, basato su premesse soltanto probabili. Lo sviluppo argomentativo di Aristotele elaborava una logica del verosimile¹⁸ e del probabile che viene utiliz-

¹³ ARISTOFANE, *Le nuvole*, a cura di A. GRILLI, cit., pp. 119-120.

¹⁴ ARISTOFANE, *Le nuvole*, a cura di A. GRILLI, cit., p. 195.

¹⁵ P. MORO, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, Libreria al Segno, Pordenone 2009, pp. 39-40. F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in F. CAVALLA (a cura di), *Retorica, processo, verità*, Franco Angeli, Milano 2007, p. 15. Spesso alcuni autori moderni, soprattutto tra i cultori della scuola psicologica, tentano di attribuirsi la paternità di teorie della persuasione inventate dal grande stagirita. Si pensi alla tecnica dello sfruttamento delle convinzioni presenti nell'interlocutore a fini persuasivi. Non si tratta affatto di una scoperta moderna, ma di un'elaborazione aristotelica, come ha dimostrato M. PIATTELLI PALMARINI in *L'arte di persuadere*, Mondadori, Milano 1995, p. 35.

¹⁶ R. BARTHES, *La retorica antica*, cit., p. 19. F. NIETZSCHE, *L'arte della parola. Esposizione della retorica antica*, cit., p. 59. Per importanti contributi sulla tecnica argomentativa basata sul principio di non contraddizione: F. PUPPO (a cura di), *La contraddizione che noi consente. Forme del sapere e valore del principio di non contraddizione*, FrancoAngeli, Milano 2010; Id., *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di logica giuridica*, CEDAM, Padova 2012, pp. 272 ss.

¹⁷ B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*, cit., pp. 23 ss.; R. BARTHES, *La retorica antica*, cit., p. 21.

¹⁸ S. FUSELLI, *Verità ed opinione nel ragionamento giudiziale. A partire da un confronto con Aristotele e Hume*, in F. CAVALLA (a cura di), *Retorica, processo, verità. Principi di filosofia forense*, cit., pp. 263 ss.

zata tuttora, consapevolmente o meno, da tutti gli avvocati¹⁹. Lo stagirita distingue la retorica nei tre generi²⁰ deliberativo (rivolto alla politica), giudiziario (rivolto al processo e al giudice) ed epidittico (rivolto agli spettatori a scopo dimostrativo) e dimostrava la necessità per il giurista di porre l'attenzione non solo sul discorso persuasivo, ma soprattutto sulla capacità di dimostrarsi convincenti dando prova di doti etiche quali la moralità, la saggezza, la mitezza e la benevolenza. Il capolavoro della retorica di Aristotele consiste nella fusione dell'*éthos*, cioè le doti di carattere e d'animo dell'oratore, con il *pathos*, ovvero sia la capacità di suscitare emozioni nell'uditorio a scopo persuasivo. L'opera aristotelica è anche fondamentale perché si occupa con precisione dello stile e del modo espositivo del discorso²¹: già rinveniamo precise indicazioni sulla necessità della chiarezza, della semplicità (opportunità di evitare neologismi e tutte le parole non usate in senso proprio e comune), dell'accuratezza e della correttezza sintattica e semantica del discorso persuasivo²².

Il talento dell'oratore è implicito nella potenza dell'elaborazione di Aristotele: queste straordinarie capacità del retore di adattarsi all'uditorio, di modulare il proprio discorso a seconda degli ascoltatori, di saper cogliere le convinzioni e le emozioni già presenti nei propri interlocutori, presuppongono una predisposizione alla conoscenza dell'animo umano che non si acquisisce certamente con la semplice tecnica (la retorica non è solo tecnica, ma anche arte).

L'arte dell'argomentazione dopo Aristotele esauriva la sua spinta propulsiva in Grecia con gli stoici che non potevano non avversarla, facendo della stringatezza estrema l'obiettivo della loro didattica²³. Così la retorica ricompariva a Roma tra il II e il I secolo a.C.²⁴.

¹⁹ A. MARIANI MARINI, *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, Jovene, Napoli 2009, p. 21.

²⁰ A. GENTILI, *Processo civile e forme della retorica*, in M. MANZIN - F. PUPPO (a cura di), *Audiat et altera pars. Il contraddittorio tra principio e regola*, Giuffrè, Milano 2008, p. 205.

²¹ Per Aristotele le parti del discorso retorico divengono definitivamente quattro, superando l'impostazione di Corace: esordio, narrazione, argomentazione ed epilogo, rientrando la confutazione nell'argomentazione: ARISTOTELE, *Retorica*, 1414b-1420a (nell'edizione Mondadori del 1996 a cura di M. DONATI, pp. 348 ss.). U. VINCENTI, *Suggerimenti per scrivere un ragionamento giuridico*, in *Diritto e formazione*, 2/2007, p. 285; R. BARTHES, *La retorica antica*, cit., p. 90.

²² B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*, cit. p. 28. Troviamo queste preziose indicazioni nel terzo libro della *Retorica*.

²³ È noto il gesto di Zenone che rappresentava la dialettica con il pugno chiuso, la retorica con la palma aperta e le dita distese. B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*, cit. p. 30, e di recente U. VINCENTI, *Linguaggio normativo*, voce dell'*Enciclopedia del Diritto*, Annali VI, Giuffrè, Milano 2013, Sono andate perdute le opere di altri autori successivi ad Aristotele, come Teofrasto ed Ermagora. Sullo stile del discorso, invece, è rimasta un'importante opera di Demetrio: DEMETRIO, *Sullo stile del discorso (della locuzione)*, ristampa anastatica sulle traduzioni di Pier Segni del 1603 e di Marcello Adriani il Giovane del 1738, Plus, Pisa 2010.

²⁴ A Catone dobbiamo l'elaborazione dei concetti sulla necessità dell'oratore di essere retto ad abile nel parlare (*vir bonus dicendi peritus*) e sulla importanza dello studio approfondito della

Il problema del talento per la professione forense veniva studiato attentamente anche dalla grande tradizione romana di Cicerone e Quintiliano²⁵.

Entrambi gli autori facevano tesoro degli insegnamenti aristotelici²⁶ e li elaboravano ulteriormente²⁷.

Cicerone rappresenta il trionfo della retorica: la retorica viene esaltata come arte storicamente determinata, mutevole a seconda dei contesti e complementare alla filosofia, alla logica e alla dialettica. L'esercizio della retorica come arte richiede una preparazione enciclopedica²⁸ e specifiche attitudini naturali.

Per Cicerone è richiesto al perfetto oratore «l'acume del dialettico, la profondità dei filosofi, l'abilità verbale dei poeti, la memoria dei giureconsulti, la voce dei tragici e il gesto dei migliori attori»²⁹.

Il grande oratore romano più volte sottolinea la necessità di doti naturali: l'ingegno, la prontezza e l'agilità, la bella presenza, la voce gradevole e la vigoria fisica. Gli allievi che non hanno le qualità per diventare oratori perdono il loro tempo alle lezioni e devono essere esortati a cambiare strada.

Per Cicerone le stesse scuole di retorica possono assicurare un apporto limitato al discente che necessita piuttosto di grande talento e studio, oltre ai modelli da imitare. Identica a questo riguardo è la posizione di Quintiliano che rappresenta nell'*Institutio oratoria* la sintesi della retorica antica. Si potrebbe definire un manuale per l'istruzione e la formazione dell'avvocato; infatti, si tratta di un'opera destinata ai docenti delle scuole forensi dell'epoca: «non propongo di insegnare, ma di dare consigli a coloro che insegneranno»³⁰.

materia al di fuori dell'improvvisazione (*rem tene, verba sequentur*): B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*, cit. p. 34. Sull'attualità del tema del *vir bonus dicendi peritus*, anche sotto il profilo deontologico: M. MANZIN, *Avvocati custodi del processo: alle radici della deontologia forense*, in M. MANZIN - P. MORO (a cura di), *Retorica e deontologia forense*, Giuffrè, Milano 2010, pp. 3 ss.; P. MORO, *Vir bonus dicendi peritus. L'etica dell'avvocato di valore*, *ibid.*, pp. 19 ss.

²⁵ La lettura di questi autori è «vivamente raccomandata» anche da Giovanni Pascuzzi (G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, cit., p. 181).

²⁶ A. MARIANI MARINI, introduzione a DEMETRIO, *Sullo stile del discorso (della locuzione)*, cit., p. 13; E. NARDUCCI, introduzione a CICERONE, *De oratore*, Rizzoli, Milano 1997, p. 53.

²⁷ Ricordo le opere retoriche principali di Cicerone. Il *De oratore* è il suo capolavoro, espresso in forma di dialogo, che esalta l'oratoria come arte complementare alla filosofia storicamente determinata, ovverosia mutevole nel tempo e nei diversi contesti; qui Cicerone teorizza la necessità di una profonda preparazione, articola l'oratoria nelle cinque parti *inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *actio* (o *pronuntiatio*) e *memoria*, attacca l'insegnamento delle scuole di retorica e indica le doti dell'oratore. Nell'*Orator* Cicerone dipinge il ritratto ideale del retore; il *Brutus* tratta la storia dell'arte oratoria a Roma. Infine, nei *Topici*, Cicerone riprende le analoghe tematiche trattate anche da Aristotele.

²⁸ CICERONE, *De oratore*, I, 5, 17 e 11, 48; nell'edizione Rizzoli, Milano 1997, pp. 131 e 153.

²⁹ CICERONE, *De oratore*, I, 28, 128; nell'edizione cit., p. 201.

³⁰ QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, I, 4, 17; nell'edizione Rizzoli, Milano 1997, p. 109: «*non enim doceo, sed admoneo docturos*».

Anche Quintiliano ribadisce più volte che il talento naturale è indispensabile: solo quelli che sono portati a studiare il diritto devono essere incoraggiati a proseguire negli studi.

Il talento è una dote innata inimitabile: «*Natura enim non docetur*»³¹: l'attitudine naturale non si può insegnare né apprendere; la stessa memoria in parte è naturale, e solo in parte può essere esercitata³².

In definitiva, per la grande tradizione antica il talento si pone come requisito indispensabile per la formazione del giurista.

Sappiamo poi che nel corso dei secoli successivi la retorica manteneva gli schemi acquisiti dall'esperienza greco-romana fino alla scomparsa dagli insegnamenti universitari a partire dalla metà del 1800, a causa dei furori antiretorici di origine illuminista³³.

La rinascita della retorica viene fatta risalire all'opera di Chaim Perelman dopo la metà del XX secolo, quando venne pubblicato il *Trattato dell'argomentazione*³⁴.

Tra i propositi di Perelman c'era il recupero della retorica antica: ogni argomentazione si sviluppa in funzione di un uditorio, tentando di ottenere l'adesione tramite un ragionamento convincente per qualunque persona ragionevole³⁵.

Il recupero delle esperienze di Aristotele, Cicerone e Quintiliano, porta a ritenere che sia necessario valorizzare la tesi della necessità di un innato talento anche nel retore moderno.

Infatti, ancora oggi autorevoli voci ribadiscono la necessità per il giovane discente di possedere un adeguato talento naturale³⁶.

³¹ QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, VI, 4, 12; X, 2, 12; nell'edizione cit. pp. 1103 e 1719.

³² QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, XI, 2, 1; nell'edizione cit., p. 1827.

³³ B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*, cit. p. 47; R. BARTHES, *La retorica antica*, cit. p. 49; per un approfondimento durante l'umanesimo: M. MANZIN, *Retorica ed umanesimo giuridico*, in F. CAVALLA (a cura di), *Retorica, processo, verità. Principi di filosofia forense*, cit., pp. 85 ss.

³⁴ C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, Paris, 1958, e pubblicato in Italia a cura di N. BOBBIO con il titolo *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino 1966; di C. PERELMAN vedasi anche *Logica giuridica, nuova retorica*, Giuffrè, Milano 1979.

³⁵ C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino 2013, pp. 26 ss.

³⁶ G. ALPA, presentazione a DEMETRIO, *Sullo stile del discorso (della locuzione)*, cit., p. 8. U. VINCENTI, *La struttura argomentativa del diritto occidentale*, in U. VINCENTI - A. MARIANI MARINI - F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, cit., pp. 40 ss.: «un dono della natura: l'attitudine all'invenzione»; P. MORO, *La prospettiva retorica della scrittura forense*, in P. MORO (a cura di), *Metodologia della scrittura forense*, SEAC, Trento 2006, p. 32; R. BERTUOL, *L'istinto difensivo nell'argomentazione giudiziale*, P. MORO (a cura di), *Metodologia della scrittura forense*, cit., p. 102. Sulla necessità di un accesso veramente selettivo alla professione forense: A. MARIANI MARINI, *Agli antipodi dell'azzecagarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, cit., p. 68.

Ma esaminando con maggiore attenzione anche le opere più recenti, che pure paiono porre l'accento più sulla preparazione e sulla formazione che sul talento innato, si nota che è impossibile formare un giurista senza un minimo di attitudini naturali.

Per Giovanni Pascuzzi, la capacità di risolvere problemi giuridici si articola in tre fasi: individuare il problema, trovare la regola applicabile e applicare la regola al problema. La prima fase richiede abilità logico-formali e anche relazionali, ovvero sia la capacità di sapersi rapportare al soggetto che espone il caso; la seconda fase richiede strategie di ricerca tradizionali e informatiche; la terza fase, infine, richiede capacità di comprensione e di interpretazione del testo, assieme ad abilità oratorie e alla capacità di scrivere un elaborato³⁷.

Ebbene, la sfida scientifica dello studioso trentino è quella che queste abilità possano essere apprese attraverso il linguaggio e l'osservazione, anche se è costretto ad ammettere che non esiste, o non è ancora stato adeguatamente studiato, un metodo per l'apprendimento di queste tecniche.

Consequentemente credo che almeno una parte di queste abilità³⁸, o doti naturali, non possano essere insegnate ma debbano essere innate nei giovani giuristi che si accingono ad affrontare in tempi sempre più difficili la professione forense.

Il giurista, dunque, deve avere una predisposizione naturale per lo studio³⁹ non solo del diritto, deve essere fantasioso e creativo, deve possedere una buona memoria, deve avere un'attitudine per l'argomentazione e deve avere un'ottima inclinazione per le relazioni umane. In relazione alla creatività del giurista, ancora una volta Giovanni Pascuzzi ha prodotto un pregevole studio, arrivando ad elaborare una teoria sulla tecnica dell'innovazione giuridica: il giurista innova il diritto seguendo tecniche precise, ovvero sia ampliando gli istituti esistenti, o combinandoli, o trasformandoli⁴⁰.

Se certamente è vero che esistono delle tecniche che possono aiutare nel produrre soluzioni originali a un problema giuridico, è altrettanto vero che solo la fantasia rappresenta la piattaforma naturale da cui possono prendere l'avvio idee nuove che possono portare all'innovazione del diritto⁴¹. Pertanto, a mio

³⁷ G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, cit., p. 22.

³⁸ Per Luciano Butti «è possibile imparare o perfezionare gran parte di queste abilità», il che significa che alcune devono essere innate: L. BUTTI, *Diventare giurista. Il diritto come lavoro e passione*, cit., p. 29. Lo stesso Autore, del resto, sostiene che un ottimo percorso universitario in un'università di eccellenza sia fondamentale per il giovane giurista.

³⁹ «Occorre che lo studio sia una (faticosa passione)», L. BUTTI, *op. ult. cit.*, p. 23.

⁴⁰ G. PASCUZZI, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, Zanichelli, Bologna 2013, p. 177.

⁴¹ Per il problema del difetto della creatività del giurista determinata dal formalismo tecnico procedurale eredità del dogmatismo ottocentesco: U. VINCENZI, Introduzione a A. MARIANI MARINI, *Il tempo che verrà. Avvocatura e società*, Pisa University Press, Pisa 2012, p. 16.

modo di vedere la creatività del giurista può essere incrementata con lo studio del processo dell'innovazione giuridica, ma rimane imprescindibile la fantasia come attitudine naturale⁴².

Ho già illustrato le caratteristiche dell'importanza della memoria e della predisposizione naturale all'argomentazione.

Per quanto riguarda la predisposizione alle relazioni umane, non bisogna mai dimenticare che il diritto è una scienza pratica⁴³. Il giurista deve saper comunicare con i propri interlocutori in base alla loro età, alla cultura e alle condizioni sociali ed economiche. Un giurista che non vive immerso nel contesto della propria società avvertendone le tendenze rimane una caricatura inutile, se non pericolosa⁴⁴.

In definitiva, rispondendo al quesito posto con il tema del saggio, giuristi certamente si nasce, anche se questa conclusione è approssimativa e incompleta e abbisogna di ulteriore approfondimento.

Il talento del giurista: predisposizione alla vendita del sapere giuridico sul mercato, o attitudine per le scienze umane congiunta al rispetto dei principi etici e deontologici?

Può porsi in dubbio se siano necessarie altre attitudini, oltre a quelle che ho già cercato di elencare.

Infatti, sempre più la professione forense viene assimilata anche a livello legislativo a un'impresa ed è in atto ormai da diversi anni un processo di indirizzo verso criteri mercantilistici che sembra condurre alla mercificazione della prestazione del giurista⁴⁵.

⁴² Lo stesso Pascuzzi conferma che spesso la soluzione di problemi giuridici richiede uno sforzo di immaginazione: G. PASCUZZI, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, cit., p. 13. Sicuramente uno studio attento e diligente e il confronto con altre prospettive aiuta a trovare soluzioni originali, secondo l'antico brocardo *rem tene, verba sequuntur*. Tuttavia un conto è la creatività indotta dallo studio e dalla tecnica, un altro conto è la fantasia innata del giurista. Sulla necessità di studiare il problema giuridico sotto diversi punti di vista: P. DORIA, *Il metodo giuridico e la tecnica difensiva. La strategia processuale civile dell'avvocato civilista*, in P. MORO (a cura di), *Il diritto come processo*, FrancoAngeli, Milano 2012, pp. 125 ss.

⁴³ L. BUTTI, *Diventare giurista. Il diritto come lavoro e passione*, cit., p. 89; G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Giuffrè, Milano 1962, p. XII e 110; G. ALPA, *Prassi*, in *Contratto e impresa*, 1994, pp. 1374 ss.; M. MANZIN, presentazione a P. MORO, *Metodologia della scrittura forense*, pp. 7-8.

⁴⁴ U. VINCENTI, *La struttura argomentativa del diritto occidentale*, in U. VINCENTI - A. MARIANI MARINI - F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, cit., p. 44.

⁴⁵ G. ALPA, *L'avvocato. I nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna 2005, pp. 52-53; A. MARIANI MARINI, *Il tempo che verrà. Avvocatura e società*, cit., p. 18; F. PUPPO, *Il fondamento dell'etica professionale*, in *Cultura e diritti*, 3/2012, p. 73. Per una precisa ricostruzione normativa del problema: V. PUTORTI, *Prestazioni d'opera intel-*

Pertanto, potrebbe essere utile pensare alla predisposizione alle relazioni commerciali⁴⁶, alle tecniche di marketing e alla capacità di promuovere il proprio “prodotto” e la propria immagine ricorrendo alla pubblicità e allo sfruttamento dei mass media⁴⁷.

Tuttavia, chi scrive da tempo ritiene che la funzione pubblica⁴⁸, etica⁴⁹, sociale⁵⁰ e deontologica⁵¹ dell’avvocato rimanga imprescindibile anche nella società moderna, per cui la deriva mercantilista, la valorizzazione delle tecniche commerciali e la trasformazione delle abilità professionali in mera dialettica eristica sono inaccettabili⁵².

Il talento del giurista rimane ancora saldamente ancorato alla figura tradizionale del *vir bonus dicendi peritus*, proviene dalla nostra cultura professionale millenaria e non può degradarsi nella figura degli affaristi, dei sensali e degli albergatori⁵³.

In conclusione, il talento è come il coraggio per Don Abbondio, uno, se non ce l’ha, non se lo può dare. Perciò bisogna scoraggiare la prosecuzione della carriera forense da parte di chi non abbia un’innata predisposizione allo studio della materia.

lettuale e regole della concorrenza, in *Contratto e impresa*, I/2012, pp. 126 ss., e G. COLAVITTI, *La libertà professionale tra Costituzione e mercato. Liberalizzazioni, crisi economica e dinamiche, della regolazione pubblica*, Giappichelli, Torino 2012. Per una visione favorevole alla nuova impostazione imprenditoriale della professione forense, valorizzando la diffusione di studi di grandi dimensioni, di certificazioni ISO 9001 e della pubblicità: L. BUTTI, *Diventare giurista. Il diritto come lavoro e passione*, cit., pp. 148-149.

⁴⁶ Da tempo, anche da parte di autorevoli studiosi, ci si è accorti che i saperi giuridici consentono di produrre prestazioni tecniche negoziabili nell’economia di mercato: N. IRTI, *La formazione del giurista*, in *La previdenza forense*, 2004, p. 201.

⁴⁷ Si pensi alla vergognosa corsa da parte di molti colleghi, anche affermati, all’accaparramento delle difese di casi importanti a grande impatto mediatico al solo fine di promuovere la propria immagine commerciale presso il pubblico.

⁴⁸ P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, Fondazione Forense Bolognese, Bologna 2006 (ristampa anastatica dell’edizione del 1921), p. 8.

⁴⁹ A. MARIANI MARINI, *Etica degli affari, etica della professione*, in *Diritto & formazione*, 11/2005, p. 1531; Id., *Formazione, cultura e deontologia*, in *La previdenza forense*, 2001, p. 270; Id., *La Costituzione e i giovani. Inattuale o inattuata?*, in *Cultura e diritti*, 3/2013, p. 12; F. PUPPO, *Il fondamento dell’etica professionale*, cit., p. 75; G. PASCUZZI, *Diventare avvocati e riuscire ad esserlo: insegnare l’etica delle professioni forensi attraverso le trame narrative*, in *Cultura e diritti*, 1/2012, pp. 15 ss.

⁵⁰ Sulla responsabilità sociale dell’avvocato: A. MARIANI MARINI, *Il tempo che verrà. Avvocatura e società*, cit., p. 29; G.M. FLICK, *L’avvocatura di fronte ai “nuovi” diritti nella crisi italiana ed europea*, in *Cultura e diritti*, 1/2013, pp. 73-74.

⁵¹ M. MANZIN - P. MORO (a cura di), *Retorica e deontologia forense*, cit.

⁵² P. DORIA, *L’esperienza metodologica dei gruppi di studio per l’apprendimento delle tecniche di comunicazione scritta nella scuola di formazione degli avvocati*, in *Diritto e formazione*, 4/2010, p. 662.

⁵³ P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, cit., p. 73.

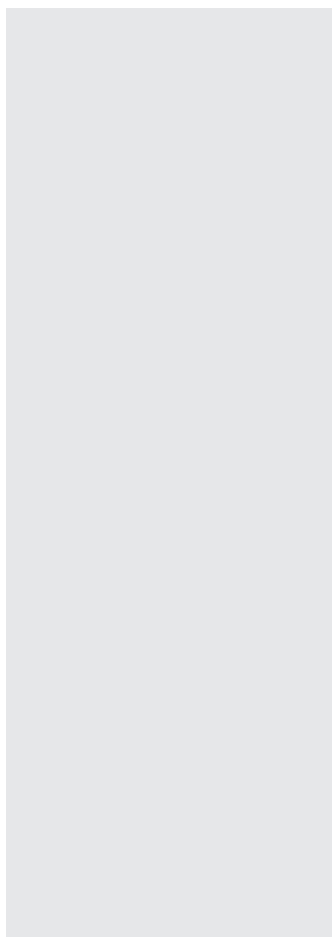
Le nostre scuole forensi, anche sulla scorta delle novità introdotte dalla legge n. 247 del 2012, devono predisporre un adeguato filtro selettivo⁵⁴ per evitare che l'accesso alla professione si trasformi in un avvilente via di scampo per tutti i bocciati dei concorsi pubblici e i respinti dal mercato privato delle professioni legali che, per ripiego, ma senza specifico talento, affrontano il tirocinio professionale, andando ad alimentare il proletariato forense, dove prolifera il malcostume, il degrado e la dequalificazione dei giuristi e del diritto⁵⁵.

Perciò la questione affrontata non è di stile, perché incide direttamente sui requisiti di ammissione alla frequenza dei corsi di formazione presso le scuole forensi di cui alla lettera d del 2° comma dell'art. 43 della legge n. 247 del 2012, in attesa dell'approvazione definitiva del regolamento attuativo ministeriale.

⁵⁴ A. MARIANI MARINI, *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, cit., p. 68; ID., *Conoscere per deliberare. Sull'accesso dei giovani alla professione*, in *Cultura e diritti*, 1/2013, p. 10.

⁵⁵ P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, cit. pp. 34, 38 e 57.

ARGOMENTAZIONE E LINGUAGGIO



Le linee guida nella giurisprudenza e nel diritto penale

Osservazioni a margine delle linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto

Parte prima

Maria Beatrice Magro

Le linee guida, protocolli e *best practice* nel diritto vivente quali strumento di *soft law*

Le linee guida, i protocolli e le *best practice* nel diritto moderno, quali strumenti di *soft law*, sono strumenti normativi autoprodotti di armonizzazione e omogeneizzazione del diritto globale che si riverberano sui sistemi nazionali, rendendo i loro contenuti sostanzialmente obbligatori. In breve, sono strumenti di autoregolazione che si inseriscono nel sistema delle fonti nazionali con le forme di raccomandazioni, di incentivi, di comunicazioni, come strumenti di normazione flessibili, spesso privi di effetto vincolante, che trovano in se stessi la fonte di legittimazione.

Queste regolamentazioni si inseriscono in un processo, relativamente recente, che è diretto alla creazione di regole cautelari specifiche che non discendono da una volontà normativa superiore ma dall'attività regolativa privata che può essere spontanea (per es. le linee guida nelle attività mediche anche se è in atto un processo che trova origine anche in atti normativi pubblici) o obbligata (per es. la redazione del piano di sicurezza per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o l'adozione di modelli organizzativi e gestionali per l'esenzione dalla responsabilità dell'ente collettivo). Attraverso questi strumenti di *soft law* si esprime l'esigenza di standardizzare il rischio insito nelle attività pericolose mediante la formulazione di programmi cautelari che si colloca in una più ampia tendenza diretta alla formalizzazione e alla procedimentalizzazione delle regole cautelari miranti all'individuazione e prevenzione del rischio.

Le linee guida sono utilizzate per lo svolgimento delle più svariate attività che presentino margini di rischio: possono ricordarsi, in particolare, l'esercizio dell'attività medico-chirurgica, ma anche di attività societarie, produttive, finanziarie, sportive ecc. Non mancano casi nei quali il legislatore ha ritenuto di definire le linee guida: così è avvenuto ad opera del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81, sulla sicurezza del lavoro, che, all'art. 2 lett. z le ha così definite: «atti di indirizzo e coordinamento per l'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza».

Il diritto penale non è esente da questo fenomeno. Anche il sistema penale vede trionfare l'autonomia privata mediante linee guida, protocolli, modelli di

organizzazione e prevenzione degli enti dal rischio reato, quali strumenti che entrano nel sistema penale ora con la funzione di cause di esclusione della tipicità colposa (come nel caso della responsabilità medica, a norma dell'art. 3 del c.d. decreto Balduzzi), come cause di esclusione della "colpa di organizzazione" nel caso di responsabilità amministrativa da reato dell'ente, a norma del decreto 231/2001, nelle vesti di prassi ammesse quali cause di giustificazione nell'ambito delle fattispecie di manipolazioni del mercato punita dall'art. 185 del T.u.f.

Differenza tra protocolli, linee guida e regole deontologiche

Nell'ottica penalistica le correnti definizioni di linee guida additano non un istituto giuridico, ma un campo problematico ben presente nella giurisprudenza e nelle riflessioni sulla responsabilità medica. Vi è un multiforme universo di fonti diverse, di diverso grado di affidabilità, con diverse finalità specifiche e anche la differenza tra protocolli e linee guida, da porre in termini di maggiore o minore flessibilità o rigidità degli schemi di comportamento, che non sembra tratteggiare un sicuro confine.

A differenza delle linee guida e dei protocolli, le regole deontologiche – definibili come le regole di cui varie categorie professionali si dotano per disciplinare, anche da un punto di vista etico, l'esercizio dell'attività svolta – non hanno, in linea di massima, natura cautelare né rilievo esterno rispetto alle categorie interessate.

Le linee guida e la prevenzione dell'errore cognitivo

La giurisprudenza, incalzata dal legislatore, se si tratta di valutare la condotta di professionisti (medici, datori di lavoro, enti collettivi) attinge a linee guida per accertare o escludere la responsabilità penale. Ma se si tratta del ragionamento giudiziale, della decisione giudiziaria e del rischio di errore giudiziario, è possibile ricorrere a parametri comportamentali che standardizzino pratiche e buone pratiche? I costi dell'errore giudiziario sono pesantissimi in termini di disfunzioni processuali e disfunzioni organizzative, in termini di aggravamento del problema carcerario, ecc. Sono costi collettivi ma anche il professionista come l'operatore giuridico, magistrato, consulente o perito, possono concorrere ad un riduzione di questi rischi di errore.

Le *Linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto*, elaborate da un gruppo di lavoro interdisciplinare di avvocati, magistrati, professori universitari di diritto, di psicologia, psichiatri, neuropsichiatri infantili e criminologi, si rivolgono a tutti gli operatori giuridici, compresi i magistrati, e sono strumenti di prevenzione del rischio di errore giudiziario di tipo cognitivo. Al ragionamento forense partecipano diversi attori: investigatori, operatori di laboratorio, esperti consulenti, parti, testimoni, giudici, avvocati. Le linee guida interferiscono sull'apporto di tutti gli operatori giuridici, avvocati, giudici,

consulenti, saperi esperti nella ricostruzione del fatto storico e al ragionamento giudiziale. Esse incidono sulla “logica del giudicare” e sono finalizzate a prevenire il rischio di errore.

Ma a che tipo di errore si riferiscono? Non all’errore giudiziario in senso tecnico, che interferisce con il corretto funzionamento del sistema processuale e con i principi di garanzia, rilevabile e riparabile con gli strumenti giuridici previsti (sistemi di impugnazione, correzione della sentenza, ricorso straordinario, revisione, riparazione ecc.) ma l’errore cognitivo, l’errore insito nella ricostruzione del fatto storico e del dato fattuale, che si insinua nella fase delle indagini, della formulazione delle ipotesi, nel corso dell’istruzione probatoria, nel ragionamento giudiziale e nel sillogismo giudiziale. È l’errore sistematico, casuale, inconsapevole, la distorsione cognitiva, frutto della “razionalità limitata” e dei limiti della mente umana (c.d. *biases*) e dell’interferenza nei processi decisionali di fattori emotivi imprevedibili, frutto di euristiche.

La constatazione è l’interferenza di fattori emotivi nei processi decisionali individuali o collettivi, vizi che non sempre sono azionabili innanzi alla Corte di Cassazione sotto il profilo della logicità e coerenza, salvo nei limiti del controllo di legittimità sulla motivazione.

Questi errori cognitivi incidono sotto il profilo logico, cognitivo e argomentativo sul ragionamento giudiziario in tutte le fasi processuali: dalle indagini, all’assunzione delle prove, in particolare della prova dichiarativa, al momento in cui si articola il ragionamento probatorio; nella fase decisionale. Questo errore si insidia nelle pieghe del ragionamento giuridico, ogni qual volta viene acquisita una prova, viene posta a base della decisione giudiziale una massima di esperienza nella valutazione delle risultanze probatorie, in ordine all’accertamento del dolo, ecc., nella formulazione dei quesiti al consulente o al perito, nell’assunzione di testimonianze. Nelle pieghe delle massime di esperienza può nascondersi il pregiudizio, l’euristica.

Come prevenire e correggere questi errori cognitivi? Le linee guida sono tecniche di c.d. *debiasing*, rivolte agli operatori e sono finalizzate alla prevenzione e correzione degli errori cognitivi sistematici, dovuti ai limiti della mente umana.

I limiti della mente umana e gli errori cognitivi

Nel pensiero classico, così come nel mondo giuridico, l’individuo veniva preso in considerazione in quanto soggetto astratto, ente razionale e coerente, che esprime la sua volontà all’interno ed in funzione del gruppo a cui appartiene. Nell’ambito di questa tradizione di matrice illuminista, gli attori sono soggetti razionali che agiscono scegliendo le opzioni politiche che, conformemente ad una pretesa “evidenza scientifica”, meglio si adattano alle loro preferenze. Questo modello di *homo iuridicus* è quindi incentrato sull’idea della razionalità, della conoscenza e della piena controllabilità della realtà fenomenica, intellegibile e ben ordinata.

Il paradigma della razionalità, quale unico principio ispiratore dell'agire individuale, assume che l'agente possa pervenire, con le proprie capacità cognitive, ad una conoscenza perfetta e completa del contesto in cui egli è chiamato a decidere, prevedere le conseguenze degli atti che può porre in essere e, conseguentemente, sulla base di tale patrimonio cognitivo, assumere una scelta o decisione che rispecchia una valutazione e ponderazione dei dati di cui è a conoscenza secondo un parametro di valutazione di tipo economico. Nella teoria economica classica, il concetto di "razionalità", sotto il profilo cognitivo e comportamentale, si costruisce esclusivamente secondo principi matematici-meccanicistici: esso postula che gli individui siano in grado di prevedere le conseguenze delle proprie decisioni, siano in grado di valutare le diverse opzioni sulla base delle loro conseguenze, dispongano di criteri valutativi sufficientemente coerenti e idonei a individuare la decisione migliore (coerenza delle preferenze), adottino realmente la decisione che ad essi pare migliore (coerenze delle azioni), e infine che aumentino effettivamente il proprio benessere a seguito dell'adozione della decisione migliore (massimizzazione dell'utilità individuale).

In sostanza, questo tipo di approccio teorizza una perfetta capacità dell'individuo di comportarsi in modo strategico, perseguendo razionalmente l'efficienza. Questa applicazione del postulato della razionalità costruisce un modello stilizzato ed astratto di uomo che si ispira ad una logica costante e generalizzata, e quindi prevedibile (modello di razionalità onnipotente).

Questo modello di razionalità è attualmente sottoposto ad accese critiche che evidenziano il coinvolgimento emotivo del singolo nei rapporti sociali e nel contesto affettivo in cui si colloca, evidenziando i c.d. *biases*, cioè le distorsioni di tipo cognitivo e emozionali, che vincolano l'individuo nel momento in cui deve operare una scelta, dal momento che, come dice Herbert Simon, l'individuo è dotato di una «razionalità limitata»¹. L'espressione «razionalità limitata» suole descrivere la limitata capacità degli individui nel ricevere, ricordare, elaborare e valutare tutte le informazioni di cui dispongono al fine di giungere ad una decisione ottimale. Recenti studi tratti dalla psicologia sperimentale e dalle teorie cognitive della decisione hanno infatti dimostrato che gli individui non utilizzano modelli formali nella elaborazione di decisioni, anzi spesso trascurano la distribuzione delle frequenze e una valutazione dei rischi in termini probabilistici, valutando un evento assai più semplicisticamente sulla base di fattori emotivi come ad esempio la facilità o la familiarità con cui si ricorda o si è in grado di pensare ad esempi pertinenti: le prestazioni e le risposte date ad un problema dipendono in modo essenziale dal "modo" in cui un concetto

¹ H. SIMON, *A Behavioral Models of Rational Choice*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1955, p. 99; ID., *Rational Choice an the Structure of the Environment*, in *Models of Man: Social and Rational*, Wiley, New York, 1957.

viene presentato ed emotivamente elaborato dal sistema neurologico, piuttosto che da una chiara, completa ed oggettiva rappresentazione dell'oggetto, a causa di strutturali "limiti" delle capacità attentive, mimetiche e di calcolo dell'uomo (i c.d. *biases*). Questi approcci di psicologia comportamentale, affermano che gli individui, per lo più, non assumono le decisioni economiche soppesando razionalmente costi e benefici sulla base di tutte le informazioni ottenibili, ma facendo uso di logiche e procedure euristiche di tipo intuitivo, anche chiamate regole del pollice (*rules of thumb*). Le euristiche sono procedure cognitive semplici ed immediate, adottate dagli individui per la formulazione di stime e previsioni nella percezione del rischio, attraverso le quali gli individui affrontano in modo flessibile, non formale ed intuitivo, la scelta e la decisione quando hanno mezzi limitati di immagazzinamento e di elaborazione delle informazioni. Esse sono il frutto di una particolare abilità cognitiva acquisita evolutivamente, si innescano in modo automatico sulla base di sensazioni viscerali e a prescindere da complessi calcoli matematici di probabilità, e consistono in strumenti in grado di offrire un *trade off* tra i limiti della mente umana e le prestazioni di calcolo richieste da problemi complessi.

Le linee guida psicoforensi nel processo penale. come selezionare linee guida abbastanza affidabili da quelle non affidabili?

Va fatta una premessa preliminare. *Le linee guida psicoforensi*, come tecniche di *debiasing* (correzione e/o prevenzione) dell'errore cognitivo e sistemico non recepiscono regole cautelari ma standardizzano protocolli comportamentali di tipo deontologico alla luce delle moderne scienze cognitive. Sono estranei pertanto profili di responsabilità per colpa. Non sono prescrizioni di natura cautelare, non incidono sulla colpa, ma fissano protocolli comportamentali e metodologici di buone pratiche ispirate alle acquisizioni di saperi scientifici che provengono dalle scienze sociali e dalle scienze del comportamento umano. Non si tratta di valutare il rispetto o il non rispetto (il comportamento non è da considerarsi conforme o meno), il dovere di attenersi o meno, di valutare la condotta dell'operatore tenuta invece di quella rispettosa delle linee guida, ma di fornire un "fondamento nomologico" a massime di esperienza, generalizzazioni del senso comune, ove più facilmente si annida l'errore umano, affinché sia stato superato il vaglio di attendibilità, della provenienza, della scientificità del metodo e siano soggette ad un continuo processo di revisione periodica. Tale fondamento nomologico proviene dalle scienze del comportamento umano e dalla psicologia cognitiva e comportamentale.

Pertanto le linee guida operano come meri suggerimenti, raccomandazioni non vincolanti che standardizzano pratiche, e metodologie al fine di prevenire e/o correggere l'errore cognitivo.

In breve, esse sono la cristallizzazione di massime di esperienza corroborate da un sapere scientifico che proviene dalle scienze del comportamento umano,

sono in altre parole procedure metodologiche e comportamentali concernenti il ragionamento giudiziale e la ricostruzione giudiziale del fatto confortate da evidenze scientifiche.

Le linee guida sono l'applicazione di un razionale scientifico o esperienziale rispetto a uno specifico fattore di rischio – e in tal caso possono ritenersi maggiormente inclini a prescrivere comportamenti con funzione preventiva, che però non si riducono ad una mera sequenza di condotte tenendo presente che l'efficacia della condotta conforme al protocollo non discende da un dato formale, qual è l'esistenza del protocollo, ma dal suo perdurante valore scientifico, sempre soggetto a revisione critica.

Come nella prassi terapeutica, anche le linee guida e i protocolli forensi devono essere corroborate dal sapere scientifico e accreditate dalla comunità scientifica. Il diritto, nei vari settori in cui attinge protocolli e linee guida, non distingue tra linee guida a seconda delle finalità, del grado di diffusione, ma indica un unico criterio: l'affidamento al sapere scientifico e tecnologico quali uniche fonti di accreditamento (cioè di controllo e selezione contenutistica) di linee guida.

Si pone quindi, nell'utilizzazione delle linee guida, il problema della provenienza delle linee guida essendo evidente la necessità che le linee guida – per poter acquisire un effetto relativamente vincolante – provengano da soggetti qualificati, cioè siano state fornite da «enti, istituzioni, società scientifiche che si sono presentate nell'arengo scientifico con le carte in regola perché venga loro riconosciuta l'autorità necessaria per formulare consigli, prescrizioni, raccomandazioni in singoli settori dell'attività sanitaria». Insomma l'indipendenza e l'autorevolezza di chi ha formato le linee guida incide inevitabilmente sulla loro validità e sulle conseguenze della loro violazione.

I problema della vincolatività delle linee guida. Le linee guida di pratica medica

La giurisprudenza ha assunto, nel tempo, una posizione ondivaga e talvolta contraddittoria sul tema della vincolatività delle linee guida ispirato ad una cauta diffidenza anche indotta dal carattere autonormato della regola cautelare, richiedendone talora l'abbandono, talora il rispetto vincolato. In tema di responsabilità medica, sul ruolo delle linee guida, si legge nella giurisprudenza che esse «costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche», attraverso il quale «si tenta di oggettivare, uniformare le valutazioni e le determinazioni; e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta». Tuttavia, lo si chiarisce subito, esse «non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica». Ciò, per via della loro varietà, del diverso grado di qualificazione, ma soprattutto per «la loro natura di strumenti di indirizzo ed orientamento, privi della

prescrittività propria di una regola cautelare, per quanto elastica». Per il terapeuta – prima ancora che per il giudice – «le linee guida non costituiscono uno strumento di preconstituita, ontologica affidabilità»; il loro ruolo (assieme a quello delle buone pratiche terapeutiche) va rapportato ad un adeguato grado di accreditamento scientifico e alla necessità che vengano applicate «in concreto senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico». Il medico non è chiamato cioè ad una acritica osservanza, ma ad un continuo adattamento delle direttive al concreto atteggiarsi della patologia, e in talune ipotesi o stadi potrà trovarsi a dovervi derogare anche radicalmente, disattendendole: in questo senso è ben possibile «l'evenienza di un terapeuta rispettoso delle "istruzioni per l'uso" e tuttavia in colpa». In questo nuovo incrocio regolativo, potrebbe accadere che il terapeuta rispetti le linee guida, dovendole invece disattendere per le peculiarità del caso clinico; ovvero che, pur essendosi affidato correttamente alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, commetta poi qualche errore al momento del loro adattamento «alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico». In entrambi i casi, secondo la Cassazione, la rimproverabilità soggettiva dovrà essere ancorata ad una colpa non lieve: ad un errore che si appalesi «rimarchevole». L'indagine non potrà che avvalersi degli strumenti di accertamento della colpa generica avendo cura delle peculiarità del caso concreto, senza limitarsi ad un acritico recepimento.

Analisi delle linee guida psicoforensi

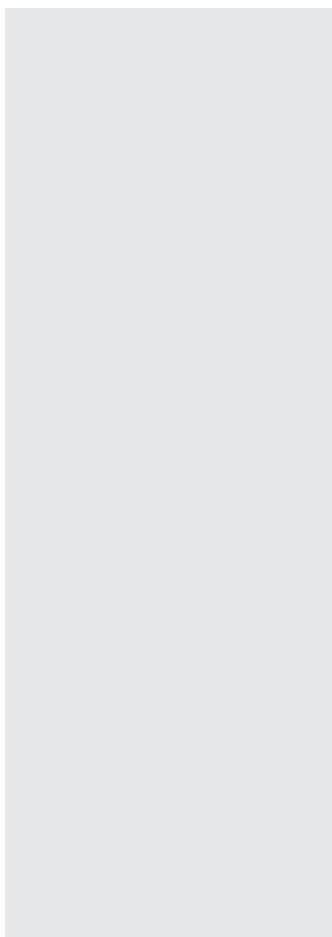
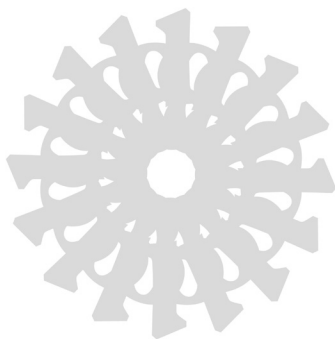
Le linee guida psicoforensi si dividono in 5 parti:

- Correzione dei *biases*. La prima parte è dedicata ai processi decisionali e alle loro distorsioni, nel corso della formulazione dell'ipotesi investigativa, nel corso dell'acquisizione della prova, nel corso dell'acquisizione della testimonianza, al momento della decisione. Il principio del libero convincimento trova limite nel senso comune, dietro il quale può nascondersi puro soggettivismo; la decisione giudiziale deve quindi fondarsi su massime di esperienza corroborate da sapere scientifico anche provenienti da scienze del comportamento umano e psicologiche, purché falsificabili; occorre promuovere una certa consapevolezza della componente emotiva, dell'attivazione di procedure decisionali di tipo euristico, della *bias* della visione a tunnel proprie dei processi decisionali; si raccomanda «uno scetticismo motivato» rispetto ogni ipotesi ricostruttiva, considerandole tutte vere anche se temporaneamente e considerando che l'acquisizione di prove scientifiche, nella fase della raccolta e nell'analisi, è esposta a errori cognitivi. Seguono raccomandazioni agli operatori analisti di laboratorio e nella acquisizione della prova dichiarativa.
- Scienza e processo: la prova scientifica e metodo scientifico. Le regole auree di una buona consulenza e perizia. La seconda parte è dedicata al metodo

scientifico, ovvero ai requisiti che la scienza per essere tale, deve avere, per entrare nel processo e che connotano il metodo scientifico. Vi è una parte dedicata espressamente alla prova dichiarativa ove si inserisce il ruolo delle linee guida e del sapere delle scienze psicologiche nella acquisizione di testimonianze di minori che evidenziano il rischio di “contagio del ricordo” e il problema della ammissibilità di domande suggestive rivolte dal giudice al minore. L'avvenuta ratifica della convenzione di Lanzarote in Italia (1 ottobre 2012) ha sottolineato l'importanza che un minore coinvolto in un procedimento giudiziario, venga assistito da operatori adeguatamente formati ed esperti in materia psico-forense. Tale formazione deve essere provata e conforme alle metodiche ed agli strumenti approvati dalla comunità scientifica. Un esperto, quindi, che viene nominato ausiliario per la raccolta della testimonianza del minore, deve conoscere ed avere esperienza delle tecniche e dei protocolli di intervista riconosciuti dalla comunità scientifica ed in linea quindi con gli indirizzi della letteratura internazionale.

- Le altre prove: protocolli finalizzati a correggere e/o prevenire i limiti della mente umana durante l'individuazione, il riconoscimento di sospetti, testimonianza di voci udite, trascrizioni e il parlato degradato.
- Il ruolo delle nuove scienze psicologiche e psichiatriche nella valutazione di capacità di stare in giudizio, imputabilità e pericolosità (Le nuove scienze).
- A questa segue una parte dedicata alla formazione dei magistrati e di tutti gli operatori giuridici, finalizzata a sensibilizzare e diffondere tecniche di prevenzione e correzione degli errori cognitivi. Si suggerisce di far conoscere l'esito finale del processo al magistrato giudicante.

DIRITTI UMANI E FONDAMENTALI



La mia utopia*

Nuria Rodríguez Gonzalo

*Lei è all'orizzonte.
Mi avvicino di due passi,
lei si allontana di due passi.
Cammino per dieci passi
e l'orizzonte si sposta
di dieci passi più in là.
Per quanto io cammini
non la raggiungerò mai.
A cosa serve l'utopia?
Serve a questo:
a camminare.
Eduardo Galeano*

Su internet mi sono imbattuta in un articolo di Pier Paolo Pasolini intitolato *Il vuoto del potere*, anche conosciuto come “l’articolo delle lucciole”, il quale fu pubblicato sul Corriere della Sera il primo febbraio del 1975. Mi ha colpito la definizione di carattere poetico-letterario con la quale l’artista spiega il tema del potere reale, confrontandolo con quello formale (che è solo una maschera, pura apparenza di potere, o come lui lo chiama: «flatus vocis»), e mi ha colpito anche il suo modo di spiegare il trauma del contatto tra «La arcaicità pluralistica e il livellamento industriale», dove «i valori delle diverse culture particolaristiche sono stati distrutti dalla violenta omologazione dell’industrializzazione: con la conseguente formazione di quelle enormi masse, non più antiche (contadine, artigiane) e non ancor moderne (borghesi), che hanno costituito il selvaggio, aberrante, imponderabile corpo delle truppe naziste». Una delle ragioni per le quali ritengo affascinante quell’articolo è che Pasolini riassume, in pochissime pagine, quello che Erich Fromm racconta sul fascismo in generale e il nazismo in particolare, in uno dei miei libri preferiti: *El miedo a la libertad*¹.

Fromm ritiene che quelle masse siano facilmente influenzabili da parte dell’autoritarismo fascista: «Invero ci sono alcuni tratti che possono considerarsi caratteristici di quella classe lungo tutta la sua storia: il suo amore verso il forte, il suo odio verso il debole, la sua meschinità, la sua ostilità, la sua avarizia non solo nei confronti del denaro, ma anche nei confronti dei sentimenti e soprattutto il suo ascetismo-masochismo. La concezione della vita era ristretta, si

* Traduzione a cura di Gian Luca Ballabio.

¹ E. FROMM, *El miedo a la libertad*, Paidòs, Barcelona 1989.

guardava con sospetto lo straniero e lo si odiava; [...] tutta la sua vita era basata sul principio di povertà, sia economica che psicologica». E nell'articolo di Pasolini, dove ci si riferisce alle masse antiche o arcaiche, si legge: «in tale universo i “valori” che contavano erano gli stessi che per il fascismo: la Chiesa, la Patria, la famiglia, l'obbedienza, la disciplina, l'ordine, il risparmio, la moralità».

Di fatto Pasolini ha sperimentato su se stesso l'attacco di quelle masse che costituiscono la cosiddetta tirannia della maggioranza, o dell'“uomo medio” descritto anche da Fromm. Ciò viene sottolineato dal giurista Stefano Rodotà nell'appendice del suo libro *La vida y las reglas: entre el dercho y el no derecho*², sottotitolo: *El Proceso, Pier Paolo Pasolini, in memoriam*. In tale saggio Rodotà ci racconta che, più che molti procedimenti giudiziari contro l'artista e le sue opere, fu eseguito un unico processo che si prolungò durante più di vent'anni. In ognuno di quei processi era sempre presente lo stesso obiettivo e scopo: porre in dubbio la legittimità dell'esistenza di qualcuno come Pasolini nella società e nella cultura italiana. Anche questa impressione di continuità e coerenza, che Rodotà definisce «un unico processo contro Pasolini», non risponde all'imputazione di un solo delitto: «Al contrario. Pasolini viene messo sotto accusa per tutto un campionario di trasgressioni; è osceno e seminatore di oscenità, pornografo, corruttore e diffamatore, rapinatore e favoreggiatore, istigatore a delinquere, uomo di vilipendi alla religione e alla nazione. Non c'è angolo della sua vita pubblica e privata che si riveli accettabile. Vengono stilati meticolosi rapporti polizieschi sulle opere artistiche e sulle sue abitudini private, che rimbalzano di processo in processo» per illuminare la personalità dell'imputato. Denunce e processi diventano l'occasione di linciaggi, sfoghi, esibizioni. Pubblici accusatori e avvocati perdono le staffe e il senso della misura, nascono perizie psichiatriche su un soggetto che non si è mai incontrato, l'attacco a Pasolini diventa l'occasione di notorietà per deputati trombati, picchiatori fascisti, avvocati e medici farneticanti, giornalisti. C'è quasi un senso di liberazione che si avverte nelle sortite rese possibili da ogni suo libro, film, passeggiata notturna: Pasolini è la somma di tutti i vizi, incarna il sogno di chi vorrebbe il Male con una sola testa per decapitarlo con un colpo solo»

Nell'appassionante appendice *In memoriam*, lo stesso Rodotà osserva che il comportamento di quel grande artista che fu Pasolini, misurato con i vecchi o con i nuovi criteri, denuncia sempre uno scarto dalla media e proprio per questo non si è disposti ad accettarlo: «La vera e costante imputazione fatta a Pasolini, al di là delle molte varianti offerte dalla casistica penale, consiste nel suo continuo muoversi lungo linee che non coincidono con il sentire della maggioranza. Egli non rientra nel modello dell'uomo medio, infrange il comune sentimento del pudore. Rifiuta di essere misurato con questi metri. Perché? Perché sa bene quel che c'è dietro l'uomo medio, e lo scrive al tempo de *La*

² S. RODOTÀ, *La vida y las reglas: entre el dercho y el no derecho*, Trotta, Madrid 2010.

ricotta: «un mostro, un pericoloso delinquente, razzista, conformista, schiavista, colonialista, qualunquista». La qualificazione “criminale” è così ritorta contro i suoi persecutori: nel processo che le istituzioni gli fanno, Pasolini intreccia, con ben altra forza, il processo che egli avvia nei confronti delle istituzioni e degli strumenti concettuali di cui queste si servono».

Rodotà domanda: «in nome di che cosa Pasolini ha fatto tutto questo? «Lo dirà con parole fin troppo piane nella sua deposizione al Tribunale di Venezia, nel processo per Teorema, respingendo la tesi secondo cui l'autore di un film avrebbe obblighi di riserbo a cui sfugge, grazie al pubblico meno vasto e più selezionato, l'autore di un libro: «Non posso tener conto della minor preparazione o capacità a comprendere quello che una proiezione vuol dire da parte dell'uomo medio, perché in tal caso compirei un'immoralità nei confronti della libertà espressiva, non solo nei miei confronti ma anche nei confronti dello spettatore».

Credo che non sia necessario essere Sherlock Holmes per dedurre che, in fondo, che tanto Fromm quanto Pasolini parlino della stessa classe di persone e criticino lo stesso tipo di istituzioni. Però, come spiega Rodotà, nel caso Pasolini c'è qualcosa di più poiché l'artista arrivò a subire attacchi violenti attraverso due mezzi: da un lato, fu vittima di violenza fisica, da parte dell'azione sfrontata di gruppi fascisti; dall'altro lato «quella della violenza giudiziaria, che non a caso vede come protagoniste le due istituzioni più rappresentative della faccia autoritaria dello Stato, la magistratura e la polizia».

Arrivati a questo punto, non si pensi che io sia tanto illusa da credermi diversa dall'“uomo medio” a cui alludono Fromm e Pasolini. Non nego che mi sforzo di acquisire una visione del mondo meno ristretta (con l'incommensurabile aiuto di maestre e maestri eccellenti), ma sono consapevole che provengo e sono parte di quelle masse formate all'interno dell'autoritarismo imperante nella gran parte dei paesi con democrazie giovani, che devono lottare contro le pratiche autoritarie tanto radicate e vigenti nelle società patriarcali, dove il dialogo e la discussione aperta e tollerante non sono la regola ma l'eccezione; e soprattutto alle nostre latitudini la strada da percorrere per raggiungere una democrazia matura è ancora lunga, anche se vogliamo illuderci del contrario! Sono altresì consapevole che nel palcoscenico mondiale rappresento una di quelle persone che sta tuttora imparando a risolvere i conflitti attraverso la via democratica.

Non è necessario essere molto intelligenti per rendersi conto che l'autoritarismo fascista dell'Europa del ventesimo secolo (quello di cui parlano Fromm e Pasolini), adesso, con la globalizzazione, si estende ad un livello mondiale. Pertanto, so perfettamente che noi persone del terzo mondo rappresentiamo per gli altri paesi del primo mondo parte di quelle «enormi masse, non più antiche (contadine, artigiane) e non ancor moderne (borghesi)». Certamente per mancanza di educazione e di una coscienza democratica. O per caso i bambini del primo mondo nascono colti e onniscienti relativamente a ciò che c'è da sapere per vivere e risolvere conflitti in modo pacifico e democratico o per

essere tolleranti di fronte alla diversità? Certamente no! È sufficiente pensare a ciò che hanno scritto Talcott Parsons e Robert F. Bales: «ogni neonato è un “barbaro” che viene lentamente assimilato alla cultura della società. Si chiama socializzazione, precisamente, e inizia sin dalla relazione madre-figlio per non interrompersi mai»³.

Vorrei che fosse chiara che, in fondo, quando si parla di quelle tipiche persone medie che finiscono per costituire le masse barbare, si parla dell'infanzia in ogni paese del mondo; e anche delle persone non più giovani che però hanno ugualmente la necessità di acquisire un'autentica cultura democratica; o ciò che Walter Antillon definisce come «la razionalità come principio di convivenza». E spero che adesso si capisca perché ritengo importantissimo quel nuovo patto tra le generazioni (di cui parla Eligio Resta nel libro *L'infanzia ferita*), e perché desidero che chi ha più esperienza in questo tema ci educi, producendo ciò che Stefano Rodotà considera come «una pacifica esportazione di democrazia».

Mi sembra che Pasolini avesse chiaro questa necessità di educare a temi come la democrazia, la nonviolenza e la tolleranza della diversità, perché di quelle splendide opere cinematografiche e letterarie che ci ha regalato l'artista, apprendiamo anche che egli appoggiò la “Marcia per la pace e la fraternità dei popoli Perugia-Assisi”, una bella iniziativa promossa nel settembre del 1961 da parte del filosofo, poeta, educatore e politico antifascista Aldo Capitini. Quella fu la prima marcia di questo genere che venne effettuata in Italia e la sua “microstoria” è stata narrata nei dettagli nel libro scritto da Alarico Mariani Marini e Eligio Resta⁴. Grazie a tale testo è possibile comprendere chi sia stato Aldo Capitini, quali siano state le sue lotte e le ragioni per le quali decise di promuovere questa marcia che fu appoggiata da artisti, intellettuali e partecipanti provenienti da ogni ambito sociale, di ogni età e, come già detto, anche da Pasolini che a tal riguardo scrisse: «La nonviolenza: mi sembra una nozione stupenda. Essa è estremamente aristocratica (Gandhi, Russel, Dostojevski): d'origine preevangelica (orientale), come gran parte delle nozioni evangeliche, si è cristianizzata soprattutto col romanticismo nell'Ottocento, e ora si è scristianizzata, facendosi fieramente laica».

Pasolini considerò questo movimento come «aristocratico e allo stesso tempo popolare»; e per chiarire il significato della parola “aristocratica” anche in questo contesto Eligio Resta osserva che: «l'aristocrazia non è arroganza; la sua scelta di non assuefarsi alle insignificanti pratiche dei conformismi ha una radice solida. Viene dalla totale libertà di chi si è emancipato attraverso gli strumenti della ragione e della cultura. Si è fuori dal conformismo perché liberi e

³ Citato da E. RESTA, *L'infanzia ferita*, Laterza, Bari 1998.

⁴ A. MARIANI MARINI - E. RESTA, *Marcia per la pace: il mondo non violento Aldo Capitini*, Plus University Press, Pisa 2007.

alla libertà si è giunti attraverso la ragione e la cultura». E in un altro passaggio di questo affascinante libro, lo stesso Resta chiarisce che per Capitini la nonviolenza è una «scossa dolorosa», e un complicato percorso dove è necessario essere «preparati a vedere il caos intorno, il disordine sociale, la prepotenza dei malvagi», così come lasciò scritto in uno dei suoi libri.

Mi piace pensare che Pasolini appoggiò la nonviolenza per il suo grande amore verso vita e verso la libertà, nel miglior stile di Baruch Spinoza, per il quale «l'uomo libero (non lo schiavo) non pensa alla morte; la sua saggezza sta nel meditare sulla vita, non sulla morte» (citato da Eligio Resta). Sfortunatamente la nonviolenza è una soluzione generalmente scartata dalla maggioranza delle persone; o meglio, da quelle masse senza educazione e senza cultura democratica. Enormi masse costituite dall'«uomo medio» facilmente influenzabile dall'autoritarismo fascista.

Allo stesso modo di come successe nelle peggiori e più autoritarie epoche del ventesimo secolo in Europa e nel resto del mondo, risulta che oggi il non pensare e il non agire in conformità a quanto impone la dittatura di tale maggioranza di «uomini medi» sia sufficiente per una minoranza di persone sensibile e sognatrici che, grazie all'educazione, alla ragione e alla cultura hanno incontrato il proprio posto nella lotta per un cosmopolitismo senza frontiere. Mi azzardo a ritenere che quelle minoranze, indipendentemente dal luogo del mondo nel cui vivono e dalla distanza che le separa, si sentono parte di una «sorofratellanza» che lavora a favore di una convivenza autenticamente democratica.

Queste persone che si sentono parte della «sorofratellanza mondiale», allo stesso modo di ciò che succede con gli autori citati in questo *collage*, hanno utilizzato gli strumenti che la ragione e la cultura hanno dato loro per liberarsi della schiavitù dell'«uomo medio», e sono consapevoli che «possono donarsi interamente, senza pericolo, solo quelle persone che non possono donarsi completamente, perché la ricchezza della loro anima sta nella rinnovazione costante [...], esse hanno un patrimonio spirituale latente inesauribile e non possono rivelarlo o donarlo in una volta sola»; così come spiega Georg Simmel in *Il segreto e le società segrete*⁵.

Come scrisse quel filosofo e sociologo, le cui idee e analisi furono pioniere e influenzarono la cultura scientifica e filosofica tedesca del ventesimo secolo; le società segrete sono un'eccellente scuola di solidarietà morale che sorge dove c'è dispotismo e controllo poliziesco, perché la sua funzione basilica è dare protezione tanto ai poteri ascendenti come a quelli discendenti. Afferma, per esempio, che il segreto servì per proteggere il grande movimento cristiano monoteista che, una volta arrivato al potere, perseguitò con intolleranza i politeisti; e allora furono questi ultimi che cominciarono ad associarsi clandestinamente. Per Simmel «il segreto significa un enorme ampliamento della vita,

⁵ G. SIMMEL, *Il segreto e le società segrete*, Sequitur, Madrid 2010.

perché in piena “pubblicità” molte manifestazioni dell’esistenza non potrebbero prodursi. Il segreto offre per così dire la possibilità di sorgere, assieme al mondo apparente, ad un secondo mondo».

Da parte mia, voglio credere che la “sorofratellanza” cosmopolita, democratica, rispettosa delle differenze delle minoranze, sia il nuovo movimento ascendente. Sembro utopica? E cosa c’è di male nell’essere utopici?! Voglio svelare un segreto: Simone de Beauvoir nel libro intitolato *Pirro e Cineas* scrive: «La bellezza della terra promessa consiste nelle promesse nuove. I paradisi immobili non promettono se non una noia eterna. La letteratura ha descritto frequentemente la defezione delle persone che terminano di inseguire lo scopo tanto ardentemente desiderato. E dopo? Non si può fare una persona, non è un bicchiere che si lascia riempire facilmente; la sua condizione è superare tutto ciò che è dato; appena si cerca di raggiungere la sua pienezza essa cade nel passato, lasciando aperto “quel buco sempre futuro” del quale parla Valéry. Posto che la persona è un progetto, la sua felicità come i suoi piaceri non possono che essere progetti... il finale non è compiuto se non al termine del cammino, sin tanto che è desiderato si ritorna sempre ad un nuovo punto di partenza; il socialista desidera la costituzione dello Stato Socialista; però se quello Stato è dato, sarà una cosa diversa rispetto a quella desiderata: all’interno di questo Stato, creerà altri fini». Aggiungo inoltre che tutto sembra indicare che la ricerca dell’utopia è inerente all’Umanità (qualcosa di «umano troppo umano» direbbe il mio caro Nietzsche). Cosicché, perché non dovrei lottare per la mia?

Ma, tornando a Pasolini, nell’articolo delle lucciole spiega che con la modernità il potere reale si è svuotato dei partiti politici fascisti per riempirsi da un’altra parte, convertendosi in un potere transnazionale «peggiore di quello totalitario perché violentemente totalizzante», così che prima di conformarmi e accettare quel potere violentemente totalizzante, preferisco agire in favore del movimento sorofraterno, cosmopolita, pluriversalista e democratico che considero segretamente in ascesa. E per questo progetto voglio continuare ad apprendere «con gli strumenti che la ragione e la cultura ci forniscono»; e già che sto sognando ad occhi aperti mi auguro che le minoranze (siano esse aristocratiche o popolari) non debbano dire: «vennero i saraceni e ci immolarono, perché Dio aiuta i malvagi quando sono più numerosi dei buoni».

Mi piace pensare che arriverà quel giorno in cui ogni persona si convertirà in sovrano democratico del proprio corpo e rispetti la dignità delle altre persone tanto come la propria; o meglio, per utilizzare le parole di Karl Marx: «quando l’essere umano sia l’essere supremo per l’essere umano». Idea già percorsa secoli prima da Thomas Hobbes che elaborò il contratto sociale come il passo dallo stato di natura dove l’uomo è il lupo dell’uomo, allo stato politico nel quale l’uomo è per l’uomo un dio.

Concludo promettendo che navigherò, per altri mari, scoprirò terre lontane e incontrerò nuovi tesori. E dopo? Li dividerò tutti quanti!

Legalità dell'intercettazione di telecomunicazioni e il principio della sovranità dello Stato

Henrik Ligori

La lotta contro il crimine organizzato transnazionale costituisce uno dei principali ambiti di attività della Procura dei Reati Gravi della Repubblica di Albania (l'equivalente della Procura Antimafia in Italia).

Si tratta di un'attività avente un duplice obiettivo: da un lato il miglioramento dei parametri della pubblica sicurezza interna, dall'altro lato il rispetto delle condizioni di integrazione poste dall'Unione Europea.

L'esperienza della Procura albanese in materia dimostra come il raggiungimento di tali obiettivi non possa prescindere dall'utilizzo degli strumenti di cooperazione giudiziaria internazionale. Tra questi, spicca l'intercettazione di telecomunicazioni e delle altre forme di comunicazione in generale, che, in quanto soggetta al principio di legalità della prova, deve essere acquisita secondo un procedimento predeterminato, pena l'inutilizzabilità della stessa¹.

L'intercettazione internazionale, tuttavia, presenta alcune problematiche peculiari.

Il presente contributo ha ad oggetto alcune pronunce giurisprudenziali inerenti la particolare problematica rappresentata dal rapporto delle intercettazioni internazionali con il principio generale della sovranità dello Stato.

La casistica

Con riguardo alla cooperazione giudiziaria internazionale, risultano particolarmente interessanti due recenti pronunce dell'autorità giurisdizionale albanese in materia di traffico di stupefacenti.

Nei casi in questione le intercettazioni delle comunicazioni telefoniche dall'Albania verso l'Italia, e viceversa, hanno reso possibile identificare le persone coinvolte, sequestrare le sostanze stupefacenti e ricostruire il *modus operandi* dell'organizzazione criminale.

In tale operazione l'autorità giudiziaria italiana aveva ritualmente autorizzato anche l'intercettazione di alcuni numeri telefonici appartenenti ai membri dell'organizzazione suddetta, utenti di società di telefonia, fissa e mobile, operanti sul territorio albanese.

¹ F. SPIEZIA, *Strumenti comuni di indagine e di ausilio della tecnologia: le intercettazioni telefoniche*, Relazione all'incontro di studio di CSM, Sesto corso "Mario Amato" di approfondimento tematico delle tecniche d'indagine: i protocolli di indagine, Roma, 16 giugno 2003. (<http://astra.csm.it/incontri/relaz/8910.pdf>).

In virtù della Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale (Strasburgo, 20 aprile 1959)², i dati probatori provenienti da tali intercettazioni erano confluiti nel fascicolo per il dibattimento nel processo instaurato in Albania.

Tuttavia, la Corte di Appello per i Reati Gravi di Tirana³ ha ritenuto parzialmente inutilizzabili gli atti trasmessi dall'autorità giudiziaria italiana via rogatoria internazionale e, più precisamente, i decreti del GIP di Milano che avevano autorizzato l'intercettazione dei numeri telefonici appartenenti a cittadini albanesi, «mentre venivano usati entro il territorio della Repubblica d'Albania» (v. la sentenza, p. 36).

In particolare, in questa sua sentenza la Corte ha ravvisato la «violazione della sovranità dello Stato albanese, con effetto immediato dell'inutilizzabilità degli atti *concernenti l'intercettazione di comunicazioni telefoniche delle utenze di cittadini albanesi ubicate nel territorio della Repubblica d'Albania*» (p. 33, il corsivo è nostro). Di conseguenza, la Corte ha concluso che le prove ammesse erano inutilizzabili perché acquisite *contra legem*, in violazione del principio della sovranità dello Stato albanese.

Tale pronuncia è stata ritenuta incensurabile dalla Corte Suprema⁴, a seguito del ricorso proposto da parte del Pubblico Ministero.

Un caso simile si è registrato l'anno seguente e riguarda una sentenza pronunciata da un altro collegio della stessa Corte di Appello⁵, fondata sugli stessi argomenti⁶.

Infatti, è stato affermato che l'autorità giudiziaria italiana, autorizzando l'intercettazione dei numeri di telefonia fissa e mobile di cittadini albanesi nel territorio albanese, aveva invaso «le funzioni esclusive dello Stato albanese, precisamente la pubblica funzione inerente all'esercizio dell'azione penale» (p. 30).

Nei casi sopra citati, i giudici hanno posto l'accento sul luogo ove si trovava il titolare delle utenze telefoniche intercettate al momento di partenza della chiamata, indipendentemente dal territorio in cui si trovava, allo stesso momento, l'interlocutore. Solo nei casi in cui l'utenza risultava ubicata nel territorio albanese, la Corte ha ritenuto che vi era stata violazione della sovranità dello Stato albanese, in ossequio alla pacifica dottrina secondo la quale nessun'altra autorità ha il diritto di esercitare funzioni giurisdizionali sul territorio di un altro Stato⁷.

² La Convenzione è stata ratificata dall'Albania il 3 luglio 2000.

³ Sentenza del 19 maggio 2008, n. 28 (M.F. ed altri).

⁴ Sentenza del 7 maggio 2010, n. 00-2010-1027 (431).

⁵ Sentenza del 19 maggio 2009, n. 27 (E.SH. ed altri).

⁶ Questo caso non è stato discusso davanti alla Suprema Corte, perché questa volta le parti non hanno proposto ricorso.

⁷ L. OMARI, *Parime dbe institucione të së drejtës publike* [Il principio della sovranità territoriale], Shtëpia botuese Elena Gjika, Tiranë 1993, p. 53.

La tecnica di intercettazione di comunicazioni internazionali

Ai fini di una migliore comprensione della problematica in esame, occorre chiarire la tecnica impiegata per la realizzazione dell'intercettazione di comunicazioni telefoniche nei casi in cui gli utenti si trovino sul territorio di un altro Stato. Quest'importante aspetto del problema, fondamentale ai fini della sua risoluzione, non è stato affatto menzionato nella parte della motivazione delle sentenze richiamate.

L'intercettazione di comunicazioni telefoniche in partenza da utenze ubicate nel territorio di uno Stato, dirette verso altri apparecchi telefonici siti nell'ambito territoriale di un altro Stato (dove si esegue l'attività di intercettazione), si realizza tramite l'impiego della tecnica di istradamento e convogliamento dei flussi di comunicazioni verso i cosiddetti "nodi" ossia "celle" di trasmissione, posti nel territorio dello Stato in cui l'autorità giudiziaria ha autorizzato l'intercettazione di tali telecomunicazioni⁸. Si tratta dei c.d. "ponti telefonici" che captano e veicolano la trasmissione del contenuto di comunicazioni verso l'utenza della persona chiamata e, ovviamente, realizzano anche la loro deviazione verso appositi impianti tecnici dell'intercettazione⁹. Pertanto, è tecnicamente impossibile intercettare tutte le comunicazioni delle utenze, ad eccezione di quelle che transitano dalle centrali collocate nel territorio dello Stato estero, avvalendosi, appunto, dei "ponti telefonici" ivi installati.

Alla luce di quanto esposto, risulta che nei casi considerati era tecnicamente impossibile, per gli operatori italiani, captare e registrare le comunicazioni che non passavano tramite le celle di trasmissione poste sul territorio italiano.

È vero che l'autorità giudiziaria di Milano ha autorizzato l'intercettazione di comunicazioni telefoniche in partenza da utenze ubicate nel territorio albanese, ma è altrettanto vero che gli operatori italiani hanno captato e registrato esclusivamente le comunicazioni convogliate nelle celle di trasmissione ubicate nel territorio italiano. Ciò è dimostrato dal fatto che non risulta che l'autorità giudiziaria italiana abbia intercettato comunicazioni in partenza dalle utenze ubicate nel territorio albanese verso numeri telefonici, fissi o mobili, ubicati in Albania.

Dopo questa puntualizzazione di carattere tecnico sul funzionamento delle intercettazioni internazionali, possiamo ora affrontare l'aspetto giuridico della problematica in esame.

⁸ In Italia, si conosce come la tecnica di "istradamento-convogliamento".

⁹ N. VENTURA, *Regole e tecniche di intercettazione di comunicazioni telefoniche con utenti esteri*, in *Diritto penale e processo*, 2/2005, p. 225; M.M. ALMA, *Intercettazioni telefoniche e ambientali. Questioni giurisprudenziali*, Relazione all'incontro di studio di CSM, Brescia, 22 novembre 2007 (<http://astra.csm.it/incontri/relaz/15088.pdf>), pp. 20-33.

L'aspetto giuridico del problema

Per poter dare un parere giuridico sulla fondatezza delle sentenze di merito richiamate, le quali sono state confermate anche dal giudice di legittimità, bisognerebbe discutere tale problematica dal punto di vista dei valori garantiti dalla nostra Costituzione e dal diritto interno, ritenuti violati da parte dell'autorità giudiziaria italiana. Abbiamo già menzionato, il fatto che i giudici albanesi hanno posto l'accento sulla violazione del principio di sovranità, sull'assunto che l'amministrazione della giustizia penale è una prerogativa fondamentale esclusiva della sovranità dello Stato sul proprio territorio¹⁰. Da tali pronunce si evince che nei casi concreti l'elemento fondamentale della violazione della sovranità riguardava il fatto che le comunicazioni telefoniche di persone intercettate «sono state realizzate nell'ambito territoriale della Repubblica d'Albania».

Questa conclusione ci pare incompleta.

Infatti, è pacifico che le persone intercettate comunicavano trovandosi fisicamente sul territorio albanese, ma è altrettanto vero che l'autorità italiana non è intervenuta sulle trasmissioni elettroniche intercorrenti nell'ambito spaziale albanese.

La comparazione dei dati di comunicazione intercettati con i tabulati telefonici di tutte le chiamate effettuate dimostra che la maggior parte delle comunicazioni fra gli utenti collocati nei due Stati in questione, cioè quelle verso utenti che si trovavano sul territorio albanese, non erano state captate e registrate dagli impianti di intercettazione installati nel territorio italiano.

Dall'altra parte, appare molto chiaro il fatto che siano state registrate unicamente le comunicazioni internazionali transitate nell'ambito spaziale di un altro Stato, usufruendo delle celle intermediarie della trasmissione costruite sul territorio italiano, sotto la piena sovranità statale italiana. Ne deriva che il materiale probatorio è stato prodotto nell'ambito territoriale italiano e non nel territorio albanese come sostengono le sentenze richiamate.

La complessità di tale questione giuridica è stata da tempo oggetto di dibattito anche da parte della giurisprudenza italiana. Alcuni hanno posto l'accento sull'importanza dell'identificazione della "territorialità" dell'attività processuale; altri hanno sostenuto la tesi che si deve avere riguardo non al luogo in cui si svolge la procedura d'intercettazione, ma quello ove si trova la persona intercettata (Tribunale di Bologna, sentenza del 23 giugno 1998, Bossert)¹¹.

Tale contrasto suggerisce che ai fini della legittimità delle operazioni di intercettazione delle utenze ubicate nel territorio di un altro Stato si dovrebbe procedere mediante la richiesta di rogatoria internazionale, in virtù della Convenzione di Strasburgo sull'assistenza giudiziaria in materia penale.

¹⁰ J. PRADEL, C. CORTENS, G. VERMEULEN, *E drejta penale evropiane*, Papirus, Tiranë 2010, p. 13.

¹¹ M.M. ALMA, *Intercettazioni telefoniche e ambientali*, cit., pp. 23-24.

Tuttavia, questa tesi non è stata condivisa dalla Corte di Cassazione, la quale ha sostenuto che «la territorialità» è il luogo dove si svolge materialmente l'intercettazione.

In particolare, la Corte di Cassazione ha affermato che «il ricorso alla procedura del c.d. istradamento – convogliamento delle chiamate partenti da una certa zona all'estero in un “nodo” posto in Italia – comporta la violazione delle norme sulla rogatoria internazionale, in quanto in tal modo tutta l'attività di intercettazione, ricezione e registrazione delle telefonate, viene compiuta completamente sul territorio italiano»¹².

Si tratta di un orientamento consolidato¹³ secondo il quale l'attivazione dello strumento rogatorio è necessaria solo nei caso in cui l'interlocutore del soggetto indiziato si trovi fuori dal territorio italiano e quando la comunicazione viene ricevuta e registrata da un gestore straniero («è necessario il ricorso all'assistenza giudiziaria all'estero unicamente per gli interventi da compiersi all'estero per l'intercettazione di conversazioni captate solo da un gestore straniero») ¹⁴.

La Corte di Appello dei Reati Gravi e la Suprema Corte albanese, invece, con le sentenze richiamate non sono riuscite a proporre un precedente fermo e lineare per risolvere il problema in questione.

Infatti, in un caso più recente, analogo per quanto riguarda le modalità di esecuzione delle operazioni d'intercettazione, le prove acquisite sono state considerate utilizzabili¹⁵. In questo caso l'inutilizzabilità non era stata eccepita dalle parti, tuttavia sarebbe potuta, e dovuta, essere rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento¹⁶.

Conclusioni

Alla luce di quanto esposto, nei casi concreti analizzati possiamo concludere per la legittimità della procedura eseguita dall'autorità giudiziaria italiana.

¹² Cass. pen., sez. V, 21 ottobre 1998, n. 4401 (c.c. 2 luglio 1998), Assisi ed altri. [RV211520]. P. Corso (a cura di), *Il codice di procedura penale, annotato con la giurisprudenza*, III ed., La Tribuna, Piacenza 2004, p. 643.

¹³ Cass. pen., sez. I, 31 marzo 2009 (4 marzo 2009), n. 13972 (<http://www.gadit.it/aggiornamento.asp?id=3885&idAgg=2>); Cass. pen., sez. VI, sent., (ud. 19 gennaio 2011) 11 marzo 2011, n. 10088 (<http://www.gadit.it/aggiornamento.asp?id=27133&idAgg=2>); Cass. pen., sez. I, sent. 5 luglio 2011, n. 816 (<http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Cass.%20201134686.pdf>).

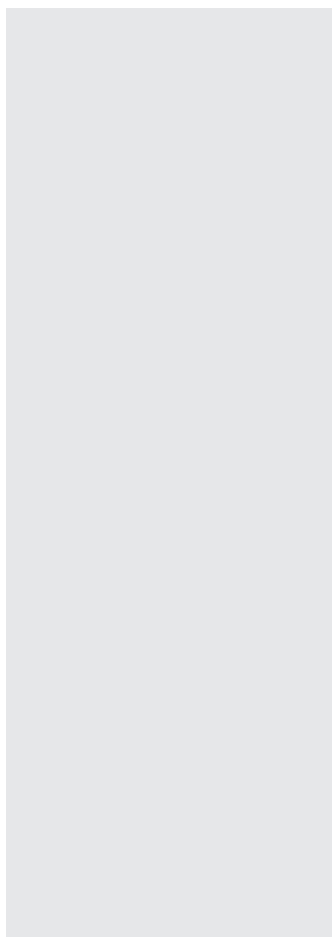
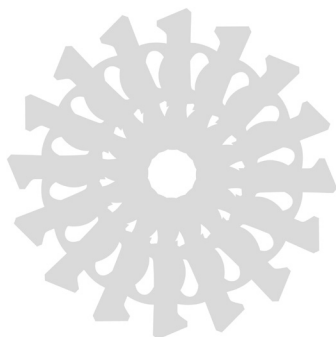
¹⁴ Cass. 4 marzo 2009/243138. V. G. BORRELLI (a cura di), *Codice di procedura penale operativo*, VI ed. annotata con dottrina e giurisprudenza, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli 2010, p. 401.

¹⁵ Corte di Appello per i Reati Gravi, sentenza del 17 dicembre 2009, n. 71 (L. SH. ed altri). In questo caso, l'autorità giudiziaria italiana ha intercettato una scheda albanese del gestore Vodafone. La responsabilità di uno degli imputati è stata dimostrata, basandosi anche sul contenuto delle telefonate intercettate di questa scheda.

¹⁶ «L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento» (CPP, art. 151.4).

Il ragionamento dei giudici albanesi circa la violazione della sovranità statale albanese, risulta insostenibile e privo di logica giuridica, mentre il contrasto giurisprudenziale in un caso analogo sembra non soddisfare l'attuazione del principio di certezza del diritto in materia processuale penale.

ETICA PROFESSIONALE E DEONTOLOGIA



Deontologie professionali nella transizione: medici ed avvocati*

David Cerri

Deontologia in movimento

Per medici ed avvocati il 2014 è l'anno dei nuovi Codici deontologici.

La revisione di quello forense, prevista dalla l. 247/2012 di riforma dell'ordinamento professionale, è stata approvata dal CNF, nella seduta del 31 gennaio dopo le osservazioni degli Ordini territoriali e delle associazioni; mentre si scrive è in attesa della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale¹.

Anche il testo del nuovo Codice deontologico dei medici è stato sottoposto all'esame degli Ordini provinciali².

Il Presidente della FNOMCEO lo ha così presentato al Consiglio Nazionale all'assemblea del 13 dicembre 2013: *Il nostro Codice è una sfida dei valori*³.

Non può essere diversa l'impostazione per la deontologia forense: partire dai valori per interpretare e proporre.

Giustizia e salute costituiscono *ordinamenti* che contengono/rappresentano/promuovono valori di preminente rilievo costituzionale (art. 24 e Tit. IV parte II Cost., ed art. 32⁴); in realtà, oggi di assoluto, fondamentale rilievo eurounitario e internazionale: si pensi al Tit. IV – art. 36 – e al Tit. VI della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; alla Carta sociale europea riveduta (1961-1996, Italia 1999)⁵.

* Rielaborazione dell'intervento al Convegno *Quale etica per la medicina?* organizzato dalla Fondazione AREA il 26 novembre 2013 a Pisa.

¹ Una chiosa alla fase di redazione in G. ALPA, *Un modello "misto" di regole deontologiche per comportamenti corretti degli avvocati*, in *Guida al diritto*, 31/2013, pp. 25 ss.

² Tutti i riferimenti che seguiranno sono fatti alla bozza approvata dal Comitato Centrale il 16 marzo 2013.

³ «I presidenti degli Ordini provinciali si sono suddivisi in tre Gruppi di Lavoro, che hanno aperto un dibattito su altrettante grandi aree del nuovo Codice: *Le innovazioni della Medicina come Scienza, I nuovi Contesti operativi della Medicina e del medico, I cambiamenti del soggetto di assistenza e cura*»: dall'intervista al Presidente Bianco che si legge in http://www.quotidianosanita.it/lavoro-e-professioni/articolo.php?articolo_id=18844.

⁴ G.M. FLICK, *La salute nella Costituzione italiana* in FNOMCEO (a cura di), *Cento anni di professione a servizio del paese*, consultabile nel portale <http://www.fnomceo.it/>.

⁵ Sulle Carte dei diritti citati vedi gli agili commenti in U. VINCENTI (a cura di), *Codice dei diritti umani e fondamentali*, in collaborazione con la Scuola Superiore dell'Avvocatura, Pisa University Press, Pisa 2011.

Nel campo un particolare rilievo va alla Convenzione di Oviedo del 1997 sui diritti dell'uomo e la biomedicina, ratificata dall'Italia con la legge 28 marzo 2001 n. 145 unitamente al Protocollo addizionale sul divieto di clonazione di esseri umani (ma lo strumento di ratifica non è stato ancora depositato...⁶). Sono noti poi altri strumenti di c.d. *soft law*, come la Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani approvata dalla Conferenza generale dell'Unesco il 19 ottobre 2005⁷.

L'inquadramento nella *deontologia* non deve far perdere di vista il più ampio campo dell'*etica*⁸, ed è allora necessario ricordare la definizione più generale degli ordinamenti di salute e giustizia come *beni comuni* di carattere socio-culturale⁹, che a loro volta annoverano tra i loro essenziali componenti altri beni comuni quale la conoscenza ed il c.d. capitale sociale, o umano¹⁰.

Le regole deontologiche sono allora le regole di comportamento che le categorie si danno (e lo stesso legislatore impone) per la tutela di quei sistemi, e dei valori per la cui realizzazione essi sono istituiti (e che la conoscenza in particolare sia un elemento fondante emergerà dal risalto dato, per quei fini, alla competenza ed all'aggiornamento).

Credo allora legittimo concludere provvisoriamente in identico modo per entrambi gli ordinamenti in questione, adottando in via di parafrasi la definizione coniata per l'avvocatura da Mariani Marini: «la nozione di etica professionale [dell'avvocatura] è da intendersi estesa al di là delle singole codificazioni deontologiche, in quanto comprensiva di disposizioni contenute nelle normative sui diritti fondamentali, dell'esperienza giuridica, delle convenzioni sociali

⁶ Ciò che naturalmente dato adito a polemiche non ingiustificate: da ultimo lo ha chiesto con vigore lo stesso Comitato Nazionale per la Bioetica. Sulla Convenzione tra gli altri v. F.M. PALOMBINO, *La rilevanza della convenzione di Oviedo secondo il giudice italiano*, in *Giur. costit.*, 2011, p. 4811.

⁷ Il testo in http://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti_internazionali/Dichiarazione-Universale-sulla-bioetica-e-i-diritti-umani-2005/192. Cfr. I.R. PAVONE, *Dichiarazione universale sulla bioetica*, in *Encicl. bioetica e scienza giur.*, Esi, Napoli 2011, p. 254.

⁸ Di incerto significato la diffusa (ma non integrale) sostituzione, nella bozza del nuovo Codice dei medici, del termine “etica” con quello di “deontologia”.

⁹ E. PELLECCIA, *Beni comuni e diritti fondamentali della persona*, in *Diritto e formazione*, 2011, p. 430. Sulla conoscenza come bene comune per tutti C. HESS - E. OSTROM, *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*, Bruno Mondadori, Milano 2009 (ed. orig. 2007), e L. GALLINO, *La conoscenza come bene pubblico globale nella società delle reti*, Relazione al Convegno “La conoscenza come bene pubblico comune: software, dati, saperi”, Torino, 17-18 novembre 2003, in http://www.csipiemonte.it/convegni_scientifici/2003/dwd/abstract/gallino.pdf. Attualissimo M. SANDEL, *Giustizia: il nostro bene comune*, Feltrinelli, Milano 2010.

¹⁰ Sulla definizione di capitale sociale o umano i riferimenti più noti sono a J.S. COLEMAN, *Fondamenti di teoria sociale*, Il Mulino, Bologna 2005, e R.D. PUTNAM, *La tradizione civica delle regioni italiane*, Mondadori, Milano 1997; ID., *Capitale sociale e individualismo. Crisi e rinascita della cultura civica in America*, Il Mulino, Bologna 2004.

e “degli aspetti etico-morali che emergono dal sostrato culturale di un sistema sociale”¹¹.

L'esperienza storica della deontologia medica

Come per gli avvocati, anche per i medici la deontologia non nasce con i codici novecenteschi.

Tra il settecento e l'ottocento i “galatei” dei medici riportano anche in Italia l'attenzione sulle caratteristiche essenziali della professione: da quello di Giuseppe Pasta¹² (cui risponde qualche anno più tardi il *Galateo degli ammalati* del Mandruzzato¹³) al *Saggio di un metodo per formare dei buoni medici* di Leonardo Bordonì¹⁴, a *Sui pregi e doveri del medico* di Roberto Sava¹⁵. Come per i giuristi pratici non si era mai persa nei secoli la riflessione sui «comportamenti»¹⁶, così per i medici è l'esperienza quotidiana del contatto con il malato e la malattia che fonda gli studi, che non si ritraggono dall'indicare le “qualità morali” personali proprie del professionista. Il Pasta, per esempio, da un lato ricorda che «gli ammalati, vale a dire le osservazioni cliniche, gli [al medico] additano la vera meta», e dall'altro nega la «falsa idea che il Medico dal vedere incessantemente l'uomo a patire, ne ritragga un abito di insensibilità»; e di straordinaria attualità appaiono suoi commenti sui rapporti con i pazienti-clienti ed i colleghi, e sul segreto professionale.

Per una consapevole, sistematica elaborazione si deve arrivare al Novecento, e precisamente al 1903 – quando l'Ordine dei medici di Sassari assume l'iniziativa istituzionale di redigere un insieme di regole (munite di sanzioni) tra le quali si distingue quella sul consenso dell'ammalato – ed al 1912 – quando è l'Ordine torinese a raccogliere le norme in base alle quali viene poi elaborato il Codice “unificato” del 1924. Tra i due codici di Sassari e di Torino è da segnalare come nel 1910 gli Ordini assumano la veste di enti di diritto pubblico; simile scansione si avrà, dopo la soppressione degli Ordini operata dal regime fascista, con la loro ricostituzione nel 1946 (d.lgs. c.p.s. 13 settembre 1946, n.

¹¹ A. MARIANI MARINI, *Diritti umani ed avvocatura*, in *Diritto e formazione*, 2009, p. 430, che cita tra virgolette G.C. HAZARD - A. DONDI, *Etiche della professione legale*, Il Mulino, Bologna 2005.

¹² Prima edizione del 1791, sul quale F. INTRONA, *Il medico e le regole di buona creanza, ovvero il Galateo dei Medici* (“Galateo dei Medici” del dott. Pasta, Tipografia della Minerva, Padova 1821), in *Riv. it. med. leg.*, 19/1997, p. 833.

¹³ S. MANDRUZZATO, *Il Galateo degli ammalati*, Pietro Milesi editore, Venezia 1829.

¹⁴ L. BORDONI, *Saggio di un metodo per formare dei buoni medici*, Nicolò Zanon Bettoni, Padova 1808.

¹⁵ R. SAVA, *Sui pregi e doveri del medico*, Martinelli, Milano 1845. Per tutti la ricerca di A. MALAVASI, *I galatei dei medici*, Viviani, Roma 2008; P. BENCIOLINI, *La deontologia. Dai Galatei ai Codici deontologici*, in *Cento anni di professione*, cit.

¹⁶ I consueti rimandi possono qui andar soltanto a A. FRISTSCH, *Advocatus peccans* (1678); G.A. DI GENNARO, *Delle viziose maniere di difender nel cause nel Foro* (1744); V. MORENO, *Galateo degli avvocati* (1843); G. GIURIATI, *Come si fa l'avvocato* (1897).

233), che consentirà la rinnovata codificazione del 1947, destinata alla diffusione sul territorio grazie alla pubblicazione che ne farà la Federazione nazionale sul proprio periodico. Seguiranno varie revisioni, ad iniziare da quella del 1954 (il c.d. Codice Frugoni), nel 1978, nel 1989, nel 1995, nel 1998, fino al 2006¹⁷.

Caratteristica comune ai due ordinamenti è quella che i codici deontologici raramente hanno svolto una funzione “propulsiva”, essendo la loro genesi imperniata sul riconoscimento – in sede di autoregolamentazione della categoria – dell’esistenza di prassi comportamentali compromettenti interessi e diritti dei clienti e degli stessi professionisti¹⁸, e dei relativi “rimedi”; funzione che oggi, però, è integrata, quando non assorbita, dal diretto intervento del legislatore (basti pensare, per i medici, alle numerose norme riportate in calce al Codice commentato a cura della FNOMCEO¹⁹).

Competenza ed aggiornamento nel codice vigente e nella bozza del nuovo codice

Se si dovessero individuare, per dare un senso di concretezza all’esame, alcuni profili particolarmente rilevanti per la deontologia del XXI secolo, credo che pochi avrebbero la stessa importanza dei doveri di competenza ed aggiornamento.

Se per le professioni forensi tali doveri costituiscono cardini sui quali si impernia l’ordinamento di categoria (nel codice vigente per gli avvocati essi erano scolpiti agli artt. 12 e 13, e lo saranno negli artt. 14 e 15 di quello nuovo; nel codice etico dell’Associazione Nazionale Magistrati la menzione del dovere di aggiornamento è all’art. 3, ma per un orizzonte più ampio si possono ricordare i Principi di Bangalore del 2002, in particolare l’art. 6²⁰) non diversamente si potrebbe pensare per le professioni mediche, ed infatti sono numerosi ed importanti i richiami del Codice deontologico.

Ponendo attenzione a quello tuttora vigente, se già all’art. 4 si legge che «il medico nell’esercizio della professione deve attenersi alle conoscenze scientifiche, e ispirarsi ai valori etici della professione», l’art. 21 (collocato, si noti, nel Titolo III “Rapporti con il cittadino”²¹) prescrive – sotto la rubrica “Competenza professionale” – che «Il medico deve garantire impegno e competenza professionale, non assumendo obblighi che non sia in condizione di soddisfare». Egli

¹⁷ Sui Codici medici v. anche E. QUADRI, *Codice di deontologia medica*, in G. ALPA - P. ZATTI (a cura di), *Codici deontologici e autonomia privata*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 69 ss.

¹⁸ È facile notare come nei primi Codici sia anzi prevalente l’attenzione per i rapporti tra colleghi, in una regolamentazione della concorrenza *ante litteram* (è il caso, per es. del Codice sassarese del 1903).

¹⁹ http://www.omceo.me.it/ordine/cod_deo/commentario.pdf.

²⁰ La versione originale inglese, con traduzione italiana, si legge in http://www.judicialintegritygroup.org/resources/documents/Bangalore_Principles_Ital.pdf.

²¹ Espressione, quest’ultima di “cittadino”, correttamente destinata ad essere eliminata dalle rubriche degli articoli nel nuovo codice (ma, almeno per ora, non del tutto nei testi normativi... o quella nel nuovo art. 1 è una svista?).

deve affrontare nell'ambito delle specifiche responsabilità e competenze ogni problematica con il massimo scrupolo e disponibilità, dedicandovi il tempo necessario per una accurata valutazione dei dati oggettivi, in particolare dei dati anamnestici, avvalendosi delle procedure e degli strumenti ritenuti essenziali e coerenti allo scopo e assicurando attenzione alla disponibilità dei presidi e delle risorse»²².

Nella bozza del nuovo Codice si legge all'art. 4, sotto il primo profilo, che «Sul piano tecnico operativo il medico è tenuto ad adeguarsi alle più aggiornate evidenze scientifiche»²³, mentre il nuovo art. 21 è redatto in termini più stringati: «Il medico garantisce impegno e competenza tecnico-professionale, anche nel rispetto delle attività riservate al profilo professionale di appartenenza, non assumendo compiti che non sia in grado di soddisfare o che non sia legittimato a svolgere», dove si coglie l'accento posto sulla "specializzazione", inevitabile portato della complessità dell'esercizio, rilievo anch'esso attualissimo e comune alle altre professioni²⁴. Potrebbe destare perplessità l'abbandono di quel che seguiva nell'art. 4 il richiamo alle conoscenze scientifiche, vale a dire quello ai valori etici della professione: ma questi restano facilmente rintracciabili nei cenni fatti dallo stesso art. 4 ai principi di libertà, autonomia e responsabilità individuale già contenuti nella versione attuale, ed a quelli che si leggono in "nuovi" articoli come il 5 alla *Promozione della salute, rapporti con l'ambiente e tutela della salute globale*.

La bozza sottolinea altrove i doveri di competenza e di aggiornamento: così all'art. 6, dove l'identità della rubrica (*Qualità professionale gestionale*) tradisce un contenuto assai più puntuale: «Il medico, per favorire il miglioramento continuo della qualità della propria attività professionale, opera secondo i principi dell'appropriatezza clinica e organizzativa aggiornandoli alle evidenze disponibili, nel rispetto dell'autonomia della persona assistita, anche attraverso la valutazione responsabile dei propri atti».

Oggi è infatti lo stesso legislatore ad intervenire sovente con previsioni di immediato riflesso deontologico, quando non ad "invadere" il campo dell'auto-regolamentazione dettando la stessa norma deontologica; credo allora che un intervento discusso come quello della c.d. legge Balduzzi (l. 8 novembre 2012 n. 189) il cui art. 3 ricorda il dovere di attenersi a *Linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica*, seppure ai fini ivi specificamente indicati (la valutazione penale della colpa professionale) non sia destinato a rimanere senza

²² Così facendo il paio alla previsione per gli avvocati: (art. 12) «L'avvocato non deve accettare incarichi che sappia di non poter svolgere con adeguata competenza» con il corollario che «L'accettazione di un determinato incarico professionale fa presumere la competenza a svolgere quell'incarico» (II canone).

²³ In questa ed in tutte altre citazioni di norme deontologiche l'enfasi è nostra.

²⁴ V. l'art. 12, I canone del vigente Codice deontologico forense, cui corrisponde l'art. 26, c. 2 della nuova bozza.

conseguenze. Nella bozza, è l'art. 13 (*Prescrizioni diagnostico-terapeutiche*) che, dopo aver ripetuto al secondo comma la preesistente, vigente previsione che «Le prescrizioni e i trattamenti devono essere ispirati ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche», amplia e dettaglia il profilo della responsabilità laddove si legge che «Il medico nel seguire le linee guida diagnostico-terapeutiche prodotte e accreditate da fonti autorevoli e indipendenti, quali raccomandazioni per migliorare le decisioni cliniche, deve comunque verificarne l'applicabilità al caso specifico dandone adeguata motivazione in caso di non applicazione. L'adesione del medico a protocolli diagnostico-terapeutici e a percorsi clinicoassistenziali è altresì fondata sulla sua responsabilità diretta e non delegabile di verificare la tollerabilità e l'efficacia degli stessi su ciascuno dei soggetti coinvolti». E all'art. 14 che segue («Prevenzione e gestione degli eventi avversi e sicurezza della persona assistita») si sottolinea che la prevenzione del rischio si persegue attraverso: «l'adesione alle buone pratiche cliniche e ogni altra raccomandazione accreditata dalla comunità scientifica al fine di individuare trattamenti diagnostico-terapeutici efficaci, sicuri e coerenti con i bisogni espressi».

Prima di contemplare la norma-cardine dell'ordinamento deontologico medico in tema di aggiornamento, nella nuova formulazione, ci sono ancora almeno due cenni da fare sul punto, di particolare attualità in un momento in cui a pratiche pseudo-scientifiche arridono gli onori della cronaca e talvolta attenzioni giurisprudenziali tanto disinformate quanto ambigue: quello all'art. 13, u.c., per il quale «Il medico non adotta né diffonde pratiche diagnostiche e curative non supportate da adeguata sperimentazione e documentazione clinico-scientifica relativamente alla loro efficacia, tollerabilità e sicurezza, nonché terapie segrete, ovvero non validate dalla comunità professionale e dalle altre autorità competenti»²⁵, e l'altro all'art. 15 (*Pratiche non convenzionali di esclusiva competenza medica*): «Il ricorso a pratiche non convenzionali di esclusiva competenza medica si esprime nei limiti della diretta e non delegabile responsabilità professionale del medico, che non deve comunque sottrarre il paziente a trattamenti specifici scientificamente consolidati. In tale contesto assume particolare rilievo il processo di informazione e acquisizione del consenso, e la qualità della formazione specifica del professionista».

Ecco quindi, nel “nuovo” art. 19²⁶, la consacrazione del dovere di aggiorna-

²⁵ Ed al quale è collegato il comma che lo precede: «Il medico, fermo restando il rispetto di rifiuto consapevole di una prescrizione, non acconsente a richieste da parte della persona assistita al solo scopo di compiacerla, qualora queste la sottraggano a sperimentate ed efficaci cure disponibili».

²⁶ Art. 19 bozza (*Aggiornamento e formazione professionale permanente*): «La formazione caratterizza tutta la vita professionale del medico mediante un processo di educazione continua volta all'aggiornamento delle conoscenze e competenze professionali, all'etica e deontologia, alla relazionalità, alla complessità organizzativa e gestionale, all'interazione multiprofessionale, alla responsabilità, alla leadership, alla sicurezza e qualità delle presta-

mento professionale, che sotto la stessa rubrica di quello vigente (*Aggiornamento e formazione professionale permanente*) riesce contemporaneamente a dare conferme e introdurre novità, ma anche, non lo si può nascondere, a deludere un poco.

Resta confermato, intanto, il sistema dell'Educazione Continua in Medicina (ECM), al quale sono state rivolte numerose critiche, talvolta ingenerose (quando si opera, si rischia sempre di sbagliare; ma quando si sta inerti, è ancora peggio; ed allora è meglio avere un sistema formativo certamente suscettibile di miglioramenti che nessun sistema: agli avvocati queste osservazioni non giungeranno nuove...).

Nuovi riferimenti sono ora fatti alla “relazionalità”, all’“interazione multiprofessionale”, alla “leadership”, alla “sicurezza e qualità delle prestazioni”, allo “sviluppo delle tecnologie di informazione e comunicazione in ambito sanitario”.

Perché allora – questo il motivo della preannunciata, parziale delusione – eliminare quanto esplicitamente previsto nel secondo comma dell’art. 19 vigente, cioè che «il medico deve altresì essere disponibile a trasmettere agli studenti e ai colleghi le proprie conoscenze e il patrimonio culturale ed etico della professione e dell’arte medica»?

L’apparente abbandono della relazione – appunto culturale ed etica – che si instaura tra chi trasmette il sapere e chi lo riceve (sia lo studente, sia il collega: ed in realtà il processo è di reciproco arricchimento, come sa chiunque si occupi di formazione²⁷) ha il sapore di una rimozione dovuta alla percezione di quell’impegno come un “lacciuolo” posto al libero dispiegarsi della concorrenza; se così fosse – ma ci auguriamo di sbagliare, indotti alla diffidenza dalle troppe volte nelle quali, nell’ambito della giustizia, tale pretesto è stato usato servito soltanto per cercare di abbattere garanzie e diritti dei cittadini per favorire poteri economici – sarebbe l’ennesimo fraintendimento, oltretutto tardivo e già smentito giusto dall’evoluzione delle vicende economiche che tutti abbiamo sotto gli occhi.

La collaborazione tra le professioni e la formazione

Uno dei nuovi riferimenti portati dalla norma deontologica poco sopra riportata in nota, quello all’“interazione multiprofessionale”, non può certamente essere inteso solo come indirizzato agli altri «operatori coinvolti nel processo

zioni, allo sviluppo delle tecnologie di informazione e comunicazione in ambito sanitario. A tale scopo, nel contesto del sistema di Educazione Continua in Medicina (ECM), il medico assolve ai crediti formativi secondo le modalità e le caratteristiche da questo previste. I crediti formativi acquisiti dai professionisti sono certificati dall’Ordine professionale. All’Ordine professionale è altresì demandato il compito di verificare l’osservanza degli obblighi formativi da parte dei professionisti».

²⁷ E come già sapeva il Seneca delle *Lettere a Lucilio* (I, 7, 8): «Il vantaggio è reciproco perché mentre s’insegna si impara».

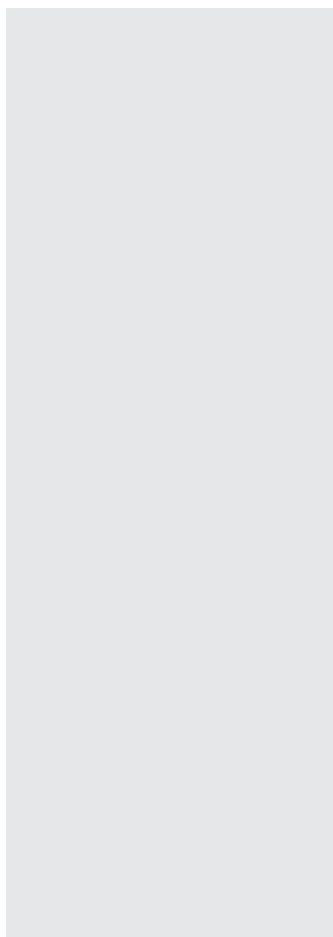
assistenziale»²⁸. Agli occhi del giurista pratico (ed a maggior ragione a quelli del formatore professionale) esso assume un carattere assai rilevante, come si può facilmente capire se si guarda anche soltanto – ed a mo' di esempio – ad un ambito settoriale del diritto come quello che concerne la famiglia ed i minori. Non vi è infatti dubbio che per l'avvocato (ed il magistrato) che si occupino di tale settore il dovere di competenza (ed il correlato obbligo di aggiornamento) si declini anche col ricorso ad una preparazione di base integrata da conoscenze, siano pure elementari, tratte dalla scienza medica. Il contributo che su un piano più generale le neuroscienze stanno dando alla discussione giuridica²⁹ si traduce qui nella necessità di apprendere quantomeno postulati e tecniche proprie della psicologia della percezione e della comunicazione; e, sull'altro versante, ed evitando un troppo facile riferimento alla medicina legale, se è impossibile per qualunque medico ignorare il rapporto tra deontologia e bioetica, come potrà essere affrontato senza l'ausilio degli strumenti giuridici di base³⁰? La spinta a momenti di formazione comune deve quindi diventare sistematica e non più occasionale, e gli avvocati hanno un particolare interesse a svilupparla; uno spazio sarà certamente da trovarsi, per esempio, nella regolamentazione delle specializzazioni, ma vi è da essere soddisfatti nel registrare come già in uno dei primi regolamenti redatti dal CNF in applicazione della l. 247/2012 (quello sulle Scuole forensi all'art. 6) sia "consacrata" l'apertura della selezione dei docenti anche agli esperti in materie «comunque funzionali alla formazione professionale dell'avvocato», ciò che consentirà di arruolare anche medici nel corpo dei formatori forensi.

²⁸ Art. 66 Cod. Deont.; è comunque interessante come nella bozza del nuovo Codice si valorizzi lo sviluppo di tale rapporto: così ad es. il c. 2 «Il medico programma e sostiene la formazione interprofessionale per lo sviluppo delle competenze, il miglioramento e il benessere delle organizzazioni, l'ottimizzazione della comunicazione, il rispetto di principi deontologici comuni, l'integrazione del lavoro e la valutazione dei processi e degli esiti».

²⁹ Tra i numerosissimi contributi v. soltanto C. BONA, *Sentenze imperfette*, Il Mulino, Bologna 2010; G. GULOTTA, *Compendio di psicologia giuridico-forense, criminale e investigativa*, Giuffrè, Milano 2011; C. BONA - R. RUMIATI, *Psicologia cognitiva per il diritto. Ricordare, pensare e decidere nell'esperienza forense*, Il Mulino, Bologna 2013. Un'altra evidenza è data dal numero degli articoli pubblicati su riviste come la *Rivista italiana di medicina legale*, come G. MESSINA, *I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica nel giudizio sull'imputabilità*, 2012, p. 251; L. ALGERI, *Neuroscienze e testimonianza della persona offesa*, 2012, p. 903, e quanti altri.

³⁰ Ed, ovviamente, un inquadramento filosofico non dovrebbe essere del tutto assente... cfr. da ultimo L. PALAZZANI (a cura di), *Dalla bioetica al biodiritto, tra teoria e prassi*, in *Riv. filosofia dir.*, 2013, p. 7 (in particolare L. D'AVACK, *Diritti dell'uomo e biotecnologie: un conflitto da arbitrare*, e S. AMATO, *Caratteri del biodiritto*). Tanto recente quanto utile l'opera di un magistrato (R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto*, Aracne, Roma 2014) sugli atteggiamenti dei giudici italiani, di merito e di legittimità, e di quelli della CEDU.

APPROFONDIMENTI



Il rapporto tra ricorso incidentale “paralizzante” e ricorso principale: un rebus ancora irrisolto?

Mariangela Cianci

Dall’interesse strumentale al ricorso incidentale “paralizzante”

È noto che gli interessi economici e sociali sottesi agli appalti pubblici sono di rilevanza tale da giustificare la pretesa affinché i Giudici decidano nel più breve tempo possibile.

Ed è altrettanto noto che la necessità di realizzare un’opera pubblica o espletare un servizio o una fornitura “bene ed in tempi rapidi” ha rappresentato il maggiore impulso all’introduzione di un rito speciale che, tra le varie peculiarità che lo contraddistinguono dal rito ordinario, si caratterizza anche per il dimezzamento dei termini processuali.

In tale contesto prevalentemente animato dallo scopo acceleratorio, trova origine quel filone giurisprudenziale che ha attribuito priorità logica e giuridica all’esame del ricorso incidentale “paralizzante”, intendendosi per tale quel ricorso incidentale che, sottraendo al ricorrente principale la legittimazione a ricorrere, rende improcedibile (e, dunque, superfluo l’esame de) il ricorso principale.

Alla stregua di siffatta opzione ermeneutica, poiché il Giudice è onerato del solo vaglio (se fondato) del ricorso incidentale e non anche del ricorso principale, è di tutta evidenza come i tempi di definizione delle controversie in materia di appalti pubblici vengano *ex se* ridotti.

Così individuata la valenza fortemente acceleratoria della prassi giurisprudenziale dell’esame prioritario del ricorso incidentale paralizzante, non può prescindersi dall’analisi (seppure breve) delle premesse teoriche che hanno occasionato la nascita di tale istituto pretorio.

Il fulcro da cui si dipana l’annoso dibattito che qui ci occupa è dato dalla nozione giuridica di legittimazione a ricorrere, consistente nella titolarità di una posizione sostanziale differenziata che abilita un determinato soggetto all’esercizio dell’azione giurisdizionale.

Secondo l’orientamento giurisprudenziale invalso fino alla fine degli anni duemila, nei giudizi riguardanti le procedure ad evidenza pubblica, la *legittimatio ad causam* del ricorrente principale andava connessa all’interesse (benché minore) volto a conseguire una nuova chance per ottenere il bene della vita agognato: il cd. interesse strumentale alla rinnovazione della procedura di gara. Tale costruzione teorica ancorava temporalmente la legittimazione processuale al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla

gara, da sola sufficiente a qualificare (differenziandolo) l'interesse giuridico del partecipante alla procedura di gara rispetto al *quivis de populo*.

Ben presto, però, la crescente sensibilità verso il principio di ragionevole durata del processo (corollario del più ampio canone del processo equo e giusto) oltretutto il principio di economia processuale hanno indotto la giurisprudenza amministrativa ad un ripensamento.

Con la pronuncia n. 7441 del 26 novembre 2009, la IV Sez. del Consiglio di Stato ha definitivamente consacrato la degradazione ad interesse di mero fatto dell'interesse strumentale. Siffatta "dequotazione" ha permesso di avanzare temporalmente la soglia cui ancorare la legittimazione a ricorrere del ricorrente principale: il titolo legittimante l'azione giurisdizionale non è più stato individuato nella domanda di partecipazione alla gara bensì nella legittima ammissione del partecipante alla stessa.

Tale mutato quadro teorico ha automaticamente spalancato le porte alla prassi giurisprudenziale dell'esame prioritario del ricorso incidentale paralizzante.

Ciò perché, se il ricorrente principale risulta fornito di *legittimatio ad causam* solo se legittimamente ammesso a gara, l'azione incidentale che spiega censure volte a conseguire l'annullamento degli atti di gara nella parte in cui hanno illegittimamente ammesso il ricorrente principale non può che essere esaminata in via prioritaria ed assorbente (se fondata) rispetto al ricorso principale.

L'iperbole giurisprudenziale che ha degradato l'interesse strumentale ad interesse di mero fatto raggiunge il culmine con la pronuncia del Cons. Stato ad. plen. n. 4 del 7 aprile 2011, ai sensi della quale, a prescindere dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente, viene statuita una pregiudizialità "senza se e senza ma" del ricorso incidentale paralizzante.

L'intervento della Corte di Giustizia UE

Il vivace dibattito circa l'ordine di esame tra ricorso incidentale paralizzante e ricorso principale sembrava essere stato sopito dall'intervento del Cons. Stato ad. plen. n. 4/2011.

La tregua, però, è durata ben poco.

Già nell'immediatezza della pronuncia n. 4/2011, la correttezza logica ed ontologica della soluzione adottata dal Consiglio di Stato aveva incontrato rilievi critici con specifico riguardo alla peculiare ipotesi in cui, nel giudizio occasionato da una "gara a due", l'offerente escluso o il secondo classificato (nella veste di ricorrente principale) e l'aggiudicatario (nella veste di ricorrente incidentale) proponevano ricorsi (principale ed incidentale) reciprocamente escludenti, poiché entrambe le impugnazioni hanno ad oggetto questioni pregiudiziali attinenti alla sussistenza delle condizioni dell'azione in capo alla controparte (in specie, la legittimazione a ricorrere).

In siffatte singolari ipotesi, l'indiscutibile (secondo l'ad. plen. n. 4/2011) ed assorbente esame prioritario del ricorso incidentale paralizzante potrebbe condurre ad una lesione del principio (di matrice europea e, poi, anche costituzionale) della parità delle armi.

Ciò perché, a fronte di impugnazioni speculari riguardo alla sussistenza delle condizioni di azione in capo alla rispettiva controparte, l'esame prioritario (ed il conseguente arresto del vaglio giurisdizionale) al ricorso incidentale paralizzante attribuirebbe al ricorrente incidentale un'ingiustificata posizione di privilegio rispetto al ricorrente principale.

È nel solco dell'individuata, potenziale aporia prodotta dall'ad. plen. n. 4/2011 nelle specifiche ipotesi delle "gare a due" che si inserisce l'ordinanza n. 208 del 9 febbraio 2012 con cui il TAR Piemonte ha rimesso, ai sensi dell'art. 267 TFUE, alla Corte di Giustizia UE la questione circa la compatibilità con i principi comunitari (di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui alla dir. n. 2007/66/CE) del principio di diritto recato dalla pronuncia del Cons. Stato ad. plen. n. 4/2011.

Ed invero, la cornice fattuale da cui origina l'esigenza del Giudice nazionale di richiedere al Giudice comunitario l'avallo interpretativo circa il principio di diritto espresso dall'ad. plen. n. 4/2011 è pur sempre quella concernente la particolare fattispecie di una gara a cui hanno preso parte due soli concorrenti, soggettivamente coincidenti con le uniche due parti del giudizio, le quali hanno proposto impugnazioni reciprocamente escludenti.

Ed è sempre avuto riguardo a tali fattispecie che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 10294 del 21 giugno 2012, hanno qualificato il principio espresso dall'ad. plen. n. 4/2011 come possibile sintomo di una crisi del sistema interno.

La decisione della Corte di Lussemburgo è giunta il 4 luglio 2013, così stabilendo: «L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 [...] deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale».

L'impatto che la pronuncia della Corte di Giustizia UE ha avuto nell'ordinamento giuridico italiano è stato davvero considerevole.

Da più parti si sono levate voci di forte dissenso verso il pronunciamento della Corte di Lussemburgo la cui concreta applicazione avrebbe determina-

to una regressione al principio di diritto recato dal Cons. Stato ad. plen. n. 11/2008. E ciò non è stato salutato con favore, non solo (e non tanto) per il processo involutivo in sé, ma anche (e soprattutto) perché la sentenza della Corte di Giustizia UE del 4 luglio scorso “vieta” ai Giudici italiani di applicare il principio di diritto espresso dall’ad. plen. n. 4/2011 che, ritrovando la sua essenza in un ripetuto “a prescindere” (“a prescindere” dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, “a prescindere” dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e “a prescindere” dalle richieste formulate dall’amministrazione resistente), ben si prestava ad una rassicurante e facile applicazione generalizzata.

Orbene, traendo spunto dalle argomentazioni esposte nelle pronunce del Cons. Stato ad. plen. n. 7 del 30 gennaio 2014 (che ha deciso l’ordinanza di rimessione n. 2059 del 15 aprile 2013 della V Sez. del Consiglio di Stato) e n. 9 del 25 febbraio 2014 (che ha deciso l’ordinanza di rimessione n. 2681 del 17 maggio 2013 della VI Sezione del Consiglio di Stato), è possibile offrire una lettura della sentenza del 4 luglio 2013 meno rovinosamente impattante nell’ordinamento giuridico interno.

E ciò per almeno due ragioni.

In primo luogo, i riflessi applicativi, nell’ordinamento giuridico interno, della summenzionata pronuncia del Giudice comunitario non possono prescindere dal caso concreto che l’ha occasionata: un giudizio che trae origine da una procedura di gara con due soli partecipanti e che risulta caratterizzato da impugnazioni (ricorso principale e ricorso incidentale) reciprocamente escludenti.

Ed invero, non vi è chi non veda come, nell’ipotesi in cui, a seguito di una procedura di gara con più di due partecipanti ammessi, in giudizio si fronteggiano unicamente il secondo classificato/ricorrente principale e l’aggiudicatario/ricorrente incidentale, l’applicazione del principio di diritto espresso dal Giudice comunitario potrebbe condurre a risultati aberranti, elusivi dei caratteri tipicamente impugnatori del giudizio amministrativo.

Nella specie, ove, a seguito dell’esame congiunto delle impugnazioni, entrambi i ricorsi (principale ed incidentale) risultassero fondati, il Giudice dovrebbe procedere all’annullamento degli atti di gara nella parte in cui hanno ammesso sia il ricorrente principale sia il ricorrente incidentale.

Di tal guisa, però, il terzo classificato finirebbe per giovare di una posizione particolarmente vantaggiosa (l’aggiudicazione della gara *de qua* per scorrimento della graduatoria), pur non avendo preso parte al giudizio proposto dal secondo classificato e, ancor di più, non avendo autonomamente impugnato gli atti di gara.

Il che, in una giurisdizione di tipo soggettivo (quale è quella amministrativa), scandita da termini decadenziali di impugnazione dei provvedimenti amministrativi previsti proprio a presidio del carattere soggettivo, non è ipotizzabile.

Ne consegue che il ripensamento della soluzione adottata dall’ad. plen. n. 4/2011 verso l’esame congiunto del ricorso incidentale e del ricorso principale

(come suggerito dal Giudice comunitario) intanto è ammissibile in quanto la procedura di gara da cui origina la controversia processuale sia una "gara a due".

Escluso, dunque, che il principio di diritto di cui alla sentenza della Corte di Giustizia UE possa essere applicato ai giudizi che, pur occasionati da procedure di gara con più di due partecipanti, vedono fronteggiarsi solo il primo ed il secondo classificato, la cornice applicativa della pronuncia del Giudice comunitario non può prescindere nemmeno dal carattere reciprocamente escludente delle impugnazioni proposte.

Ed invero, è solo in siffatte, peculiari ipotesi che il principio di diritto di cui all'ad. plen. n. 4/2011 potrebbe produrre un'aporia poiché il privilegio goduto dall'aggiudicatario in ragione dell'esame prioritario ed assorbente del ricorso incidentale finirebbe per ledere gravemente ed ingiustificatamente il principio di parità delle armi tra le parti.

A ben vedere, analoghi effetti distorsivi non sono rinvenibili nel caso in cui, a fronte di un ricorso incidentale paralizzante, il ricorso principale non contiene, a sua volta, censure escludenti.

E ciò perché, mentre il ricorso incidentale paralizzante incide (escludendola, se fondato) su una condizione dell'azione (la legittimazione a ricorrere), il ricorso principale non escludente attiene a questioni di merito, il cui vaglio non può che essere successivo alla verifica della sussistenza delle pregiudiziali condizioni dell'azione in capo al ricorrente principale.

All'uopo, si rammenta che, ai sensi dell'art. 276, comma 2, c.p.c. così come richiamato dall'art. 76, comma 4, c.p.a., l'esame delle questioni attinenti ai presupposti processuali (intesi quali requisiti per l'accesso alla pronuncia sull'impugnazione proposta) deve necessariamente precedere l'esame delle questioni di merito, pena un antieconomico esercizio del potere giurisdizionale.

Ciò premesso, nelle ipotesi di impugnazioni non reciprocamente escludenti, le parti del giudizio non si trovano in posizione perfettamente simmetrica di parità.

Ed invero, in tali fattispecie, accade che, mentre la sussistenza della legittimazione a ricorrere risulta acquisita in capo al ricorrente incidentale (perché non contestata dal ricorrente principale né contestabile, d'ufficio, dal Giudice ove si tiene fermo il principio secondo cui la giurisdizione amministrativa non ha carattere oggettivo, funzionale al mero ripristino della legalità dell'azione amministrativa violata), la legittimazione a ricorrere in capo al ricorrente principale viene sottoposta al vaglio del Giudice, dietro impulso delle censure escludenti sollevate dal ricorrente incidentale.

Sicché, seguendo l'ordine di esame delle questioni sottoposte al suo vaglio così come norme giuridiche e logica processuale impongono, il Giudice dovrà esaminare il ricorso incidentale paralizzante in via prioritaria rispetto al ricorso principale non escludente, senza per ciò incorrere in alcuna violazione del principio di parità delle armi.

Da ciò risulta chiaro come la scure della pronuncia della Corte di Giustizia UE dovrebbe abbattersi (demolendolo) sul principio di diritto espresso dall'ad.

plen. n. 4/2011 limitatamente alla parte in cui esso non modula (differenzian-dole) le diverse fattispecie processuali in tema di appalti pubblici.

Nella specie, se alcun dubbio potrebbe essere sollevato circa la necessità di un ripensamento della soluzione adottata dall'organo nomofilattico della giustizia amministrativa con riguardo alle ipotesi di impugnazioni reciprocamente escludenti (se occasionate da una "gara a due"), analogo ripensamento non sarebbe opportuno con riguardo alle ipotesi in cui, a fronte di un ricorso incidentale paralizzante, il ricorso principale non solleva censure a sua volta escludenti.

Una siffatta conclusione (giungo, così, ad esporre anche la seconda delle ragioni per cui la portata della pronuncia della Corte di Giustizia UE va ridimensionata), oltretutto fondatamente giustificabile sul piano della logica processuale sottesa all'ordine di esame delle questioni giuridiche sottoposte al vaglio giurisdizionale, risulterebbe pienamente conforme anche alla natura giuridica del ricorso incidentale quale eccezione processuale introdotta in via di azione.

Ed invero, pur non ignorando che una parte della dottrina assimila il ricorso incidentale ad una domanda riconvenzionale (giacché, con esso, la parte intimata promuove un'azione preordinata ad introdurre nel giudizio un *thema decidendum* nuovo, il cui accertamento è idoneo a neutralizzare gli effetti positivi derivanti dall'eventuale accoglimento del ricorso *ex adverso* proposto¹), tale qualificazione giuridica è sostenibile solo nell'ipotesi in cui il ricorrente incidentale chiede l'annullamento del medesimo atto impugnato dal ricorrente principale ma per motivi diversi da quelli sollecitati da quest'ultimo².

Ma un siffatto ricorso incidentale non ha natura escludente, poiché non incide sulla legittimazione a ricorrere del ricorrente principale.

L'ipotesi "classica" del ricorso incidentale escludente³ è qualificata da larga parte della dottrina come eccezione processuale, perché volta a far valere l'inammissibilità del ricorso principale per difetto di legittimazione attiva⁴.

¹ Cfr. tra i tanti E. CANNADA BARTOLI, *La difesa del controinteressato e la disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, III, Giuffrè, Milano 1967, pp. 196, 197; S. BACCARINI, *L'impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo tra tradizione e innovazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, pp. 633 ss.

² È tale l'ipotesi in cui, a fronte dell'impugnazione, da parte del ricorrente principale, della graduatoria di un concorso che lo ha visto classificarsi in posizione deteriore in ragione di una presunta, errata valutazione dei propri titoli, il controinteressato/ricorrente incidentale impugna il medesimo provvedimento, censurando l'errata valutazione dei propri titoli, cosicché, ove l'attività di valutazione fosse stata correttamente effettuata, egli avrebbe ottenuto un punteggio tale per cui l'eventuale accoglimento del ricorso principale non sarebbe in grado di determinare un mutamento della graduatoria stessa.

³ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi cui l'aggiudicatario-ricorrente incidentale censura, per mancanza dei requisiti (soggettivi e/o oggettivi), l'ammissione a gara del ricorrente principale.

⁴ In tal senso, S. SANTORO, *Appunti sulle impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 424; G. VACIRCA, *Appunti per una nuova disciplina dei ricor-*

Sicché, in quanto eccezione processuale incidente su una condizione dell'azione, il ricorso incidentale paralizzante deve essere esaminato in via prioritaria ed assorbente rispetto al ricorso principale contenente censure di solo merito.

Da qui ulteriori ragioni per ritenere che l'applicazione del principio di diritto espresso dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza del luglio 2013 va limitato alle sole ipotesi in cui il giudizio trae origine da una "gara a due" e, soprattutto, risulta caratterizzato da impugnazioni reciprocamente escludenti.

Né, per altro verso, è possibile sostenere che la pronuncia del Giudice comunitario ha attribuito nuovo valore all'interesse strumentale, con conseguente ampliamento (oltre i limiti innanzi individuati) dell'ambito applicativo del principio di diritto recato dalla sentenza del luglio 2013.

In merito, non è da trascurare l'osservazione secondo cui l'interesse strumentale non può prescindere dal previo, positivo vaglio circa la sussistenza della legittimazione a ricorrere.

Diversamente opinando, si porrebbe nel nulla l'approdo interpretativo (a cui non è possibile rinunciare, pena l'abbandono di una importante conquista di civiltà giuridica) secondo cui, nel processo amministrativo, sussiste una netta distinzione tra la nozione di legittimazione al ricorso (consistente nella titolarità di una posizione sostanziale differenziata che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione) e l'interesse al ricorso (consistente nell'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento).

Le vicende successive alla pronuncia della Corte di Giustizia UE

All'indomani della sentenza del Giudice comunitario del luglio scorso, il dibattito circa i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale paralizzante anziché sopirsi ha ripreso nuovo vigore.

Il terreno su cui si è snodato il rinnovato confronto tra i giuristi riguarda sia l'individuazione dei limiti applicativi della sentenza comunitaria sia il tema dei complessi rapporti tra diritto interno e diritto comunitario.

Quanto alla cornice applicativa della sentenza della Corte di Lussemburgo, le due pronunce del Cons. Stato ad. plen. n. 7 del 30 gennaio 2014 e n. 9 del 25 febbraio 2014 ("anticipate" dalla sentenza n. 5729 del 2 dicembre 2013 della IV Sez. del Consiglio di Stato) hanno escluso che il principio di diritto recato dalla pronuncia del Giudice comunitario possa applicarsi oltre le particolari ipotesi di due soli partecipanti alla gara che hanno sollevato, in sede processuale, identici motivi di esclusione reciproca.

Per quanto concerne, invece, i complessi rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, due sono le ordinanze che vengono in evidenza.

si incidentali nel processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 59; G. ACQUARONE, *In tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale* (nota a Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 22 dicembre 1995, n. 388), in *Dir. proc. amm.*, 1997, pp. 559-560.

La prima è l'ordinanza n. 4023 del 30 luglio 2013, con cui la VI Sez. del Consiglio di Stato ha rimesso al Cons. Stato ad. plen. la questione del rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale, avendo cura di evidenziare che «per ragioni di certezza del diritto, è preferibile che sia la stessa Adunanza Plenaria a verificare se la motivazione posta a base della citata sentenza della Corte di Giustizia comporti una complessiva rimediazione delle questioni riguardanti la perdurante sussistenza o meno della legittimazione e dell'interesse dell'impresa esclusa o da escludere, quando impugnati gli atti di gara».

Tale ultimo inciso dimostra come la VI Sez. del Consiglio di Stato, nel caos interpretativo levatosi a seguito della sentenza del Giudice comunitario, abbia guardato all'ad. plen. come all'unico organo in grado di individuare «la retta via» da seguire per il futuro.

Tale ordinanza di rimessione è stata decisa con la pronuncia Cons. Stato ad. plen. n. 10 del 25 febbraio 2014 che fa integrale rinvio alle precedenti pronunce Cons. Stato ad. plen. n. 7 del 30 gennaio 2014 e n. 9 del 25 febbraio 2014.

La seconda ordinanza che si pone in evidenza è la n. 848 del 17 ottobre 2013, con cui il Cons. giustizia amministrativa per la Regione Sicilia ha rimesso, ai sensi dell'art. 267 TFUE, alla Corte di Giustizia UE, non solo la questione concernente l'applicabilità o meno della sentenza del Giudice comunitario anche all'ipotesi in cui, sebbene alla procedura di gara siano state ammesse più di due imprese, il successivo giudizio è risultato circoscritto a soltanto due partecipanti, ma anche la questione circa la vincolatività o meno, per le sezioni del Cons. Stato, di ogni principio di diritto enunciato dall'ad. plen. «anche laddove consti in modo preclaro che detta Adunanza abbia affermato, o possa aver affermato, un principio contrastante o incompatibile con il diritto dell'Unione europea».

In disparte la prima questione (ampiamente dibattuta e definitivamente decisa dall'organo nomofilattico della giustizia amministrativa con le pronunce n. 7, 9 e 10 del 2014), la seconda questione merita qualche approfondimento ulteriore.

L'ordinanza di rimessione del Cons. giustizia amministrativa per la Regione Sicilia affronta la delicata questione della presunta introduzione nell'ordinamento della giustizia amministrativa di un vincolo del precedente analogamente a quanto previsto negli ordinamenti di *common law*.

Ed invero, l'art. 99, comma 3, c.p.a. non consente alle sezioni «semplici» del Consiglio di Stato di discostarsi dal principio di diritto espresso dall'ad. plen., se non rimettendo la questione all'organo nomofilattico con ordinanza motivata.

A fronte di siffatto dettato normativo, l'ordinanza di rimessione del Giudice siciliano pare voglia tentare di «scavalcare» una norma interna (sebbene per molti aspetti criticabile) per il tramite del Giudice comunitario.

Ma non sfugge agli operatori del diritto come un tale tentativo, se avallato dalla Corte di Giustizia, complicherebbe il dialogo tra le «Corti superiori» nazionali e sovranazionali.

L'argomento è certamente interessante.

Ma, al fine di non deviare dall'oggetto proprio di tale scritto, si rinvia ad altra sede per una più approfondita trattazione.

Conclusioni

La questione del rapporto tra ricorso incidentale paralizzante e ricorso principale ha stentato a trovare soluzione.

Il motivo di tale “tormento” è presto detto: la tendenza a voler individuare a tutti i costi soluzioni atte ad un'applicazione generalizzata.

È stato tale l'errore commesso dall'ad. plen. n. 4/2011, e così si rischia di commettere nuovamente lo stesso errore ove si dia ingresso indiscriminato al principio di diritto espresso dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza del 4 luglio 2013.

Al contrario, solo sancendo principi che tengano conto delle innumerevoli peculiarità del caso concreto è possibile garantire opportuna protezione a diritti fondamentali quale è il diritto di difesa, anche nel suo corollario di parità delle armi tra le parti.

Così facendo, si conseguirà un importante vantaggio: un sistema costantemente adeguato ai diritti fondamentali, quali espressione “fluida” delle mutevoli esigenze sociali.

L'attuazione dell'indirizzo della vita familiare

Angelo Gasparro

Tra principio solidaristico e uguaglianza morale-giuridica dei coniugi

Rispetto al tema dell'attuazione dell'indirizzo della vita familiare nell'ambito del rapporto coniugale, l'art. 144 c.c. dispone:

- I. I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa.
- II. A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato.

Sul presupposto secondo cui «con il matrimonio il marito e la moglie acquistano i medesimi diritti e assumono i medesimi doveri» (art. 143, comma 1, c.c.), si desume che la vita matrimoniale è l'ambiente naturale, per i coniugi, per lo svolgimento della loro personalità (art. 2. Cost.), nonché delle scelte di vita quotidiane e future.

È infatti in tale ambiente che i coniugi attuano spontaneamente la comunione di vita materiale e spirituale, delle quali sono contenuto essenziale e fondamentale la concorde¹ definizione e fissazione, rispettivamente, dell'indirizzo della esistenza familiare e della residenza della famiglia. I coniugi pervengono a ciò, nell'ottica della fondamentale considerazione delle esigenze reciproche e quelle preminenti della famiglia stessa. Inoltre, è fondamentale l'indicazione di legge per cui a ciascuno dei coniugi spetti il potere di attuazione delle scelte di vita concordate.

Due principi fondamentali, allora, reggono quella particolare e fondamentale formazione sociale, «cellula fondamentale della società»², che noi chiamiamo «famiglia». Il primo è il valore fondamentale della pari ordinazione morale e giuridica dei coniugi (cfr. art. 29, comma 2, Cost.: «Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi»). Questo è valorizzato e riempito di contenuti dal principio solidaristico: secondo l'art. 2 Cost.: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». È questo il dialogo di due facce di una stessa medaglia, facce che però comunicano tra loro e non cessano mai di dialogare, secondo uno scambio che crea, rivaluta e adatta, nel tempo, le scelte di indirizzo della vita familiare.

¹ Cfr. Cass. civ., 3 ottobre 2008, n. 24574.

² Così si espresse, nella seduta del 26 luglio 1946, l'on. Colitto, nell'ambito della terza Sottocommissione della Commissione per la Costituzione.

Basilare è notare che, in ottica di raffronto degli artt. 2 e 29 Cost., entrambi i testi utilizzano il verbo “riconoscere”: quando il legislatore costituzionale impiega tale verbo, vuole sottolineare la preesistenza e la fondamentale importanza di un valore fondante la società democratica³. Riconoscendo, infatti, i «diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio», si include la famiglia tra le «formazioni sociali» in cui, svolgendosi la personalità dell'uomo, debbono essere riconosciuti e garantiti i relativi diritti inviolabili.

La logica di pari ordinazione dei coniugi nella famiglia, in riferimento all'eguaglianza morale e giuridica di coloro che si sono uniti in matrimonio, nonché i diritti e i doveri attribuiti ad essi (cfr., primi tra tutti quelli contenuti negli artt. 30, comma 1, Cost., e 147 c.c., con riferimento ai figli), non sottrae, anzi evidenzia ed esalta, il momento solidaristico e la sua operatività proprio a partire dalla formazione sociale che, forse prima delle altre, forma l'individuo⁴.

Se questo è vero, bisogna confrontare tale presupposto ideologico e giuridico, anche al fine di valutarne la tenuta e l'attendibilità, con la tesi, ripetuta in dottrina, secondo cui il potere di attuare l'indirizzo della vita familiare spetta, certo, a ciascuno dei coniugi, ma con rilevanza esclusiva nei rapporti interni (e conseguente irrilevanza di tale potere di fronte ai terzi)⁵.

Tale dottrina esemplifica così il problema: «se, una volta raggiunto l'accordo nel senso di una contribuzione paritetica alla spesa, il marito acquista per

³ Fondamentale è la lettura dei lavori preparatori alla Carta costituzionale. L'on. La Pira, relatore, nella seduta del 9 settembre 1946 affermò anzitutto che parlare di diritti dell'uomo non significava soltanto riferirsi ai diritti individuali, ma anche ai diritti sociali e delle comunità, attraverso le quali la persona umana si integra e si espande. Per tale ragione, non potendosi con questo ritenersi completato il quadro dei diritti dell'uomo, bisognava inoltre «tener conto delle comunità fondamentali, nelle quali l'uomo si integra e si espande, cioè dei diritti delle comunità. Non tenendo conto di questi diritti, si avrebbe soltanto una parziale affermazione dei diritti dell'uomo con tutte le dannose conseguenze che ne deriverebbero; includendoli, invece, si arriva alla teoria del cosiddetto pluralismo giuridico che riconosce i diritti del singolo e i diritti delle comunità e con questo dà una vera integrale visione dei diritti imprescrittibili dell'uomo» (il testo integrale è reperibile al sito: <http://www.nascitacostituzione.it/costituzione2.htm>).

⁴ Cfr. quanto in questo lavoro sostenuto, e meglio esplicitato nella successiva nota 10, con la sentenza Corte Cost., 14 aprile 2010, n. 138, in cui può leggersi che nel concetto di formazione sociale possa annoverarsi anche l'unione omosessuale, «intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri». Al di là dei chiarimenti della stessa Corte sul punto non sembra che un «riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» che parifichi l'unione omosessuale al matrimonio possa essere costituzionalmente illegittimo. La convivenza, che sia omosessuale od eterosessuale, non ha le espresse caratteristiche di stabilità (potendo cessare *ad nutum*) e pertanto non realizza il livello minimo di assistenza e solidarietà coniugale richiesto dalla legge in più occasioni (cfr. ad es. gli artt. 30 e 31 Cost. nonché gli artt. 143, 144, 146, 147, 148 c.c. e il filone del c.d. diritto penale della famiglia). L'argomento è sterminato e meriterebbe una trattazione in diversa sede.

⁵ Così, tra gli altri, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli 2011, pp. 367 ss.

la famiglia un apparecchio stereofonico di grande valore, per il pagamento dell'intero prezzo risponderà solo il coniuge contraente, il quale non potrà opporre l'esistenza di un accordo e dunque l'obbligo dell'altro coniuge di versare la metà del prezzo prelevando la somma dai propri redditi, così come del resto non si potrà avvalere dell'accordo il terzo».

Le perplessità derivanti da tale impostazione non sono poche, né superabili.

Certamente, tale impostazione si distingue poiché del tutto garantista per il coniuge non intervenuto nell'acquisto, nonché per il patrimonio di quest'ultimo e di quello familiare; tuttavia, essa pone vari problemi, che finiscono per riverberarsi sulla posizione di soggetti terzi (qualificati).

Prima di esporre una soluzione diversa, esaminiamo la giurisprudenza prodottasi nel tempo.

La giurisprudenza sul tema e la sua evoluzione

Un primo filone giurisprudenziale sembra aver aderito a tale impostazione: è il caso, ad esempio, di Cass. civ., sentenza 18 giugno 1990, n. 6118: «Nella disciplina del diritto di famiglia, introdotta dalla l. 19 maggio 1975, n. 151, l'obbligazione assunta da un coniuge per soddisfare i bisogni familiari non pone l'altro coniuge nella veste di debitore solidale, difettando una deroga rispetto alla regola generale secondo cui il contratto non produce effetti rispetto ai terzi. Il suddetto principio opera indipendentemente dal fatto che i coniugi si trovino in regime di comunione dei beni, essendo la circostanza rilevante sotto il diverso profilo dell'invocabilità da parte del creditore della garanzia dei beni della comunione o del coniuge non stipulante, nei casi e nei limiti di cui agli artt. 189 e 190 (nuovo testo) c.c.».

Tale impostazione sembra una conferma dell'insegnamento secondo cui «la giurisprudenza, del resto, nega che *ex art. 143³* sussista, in deroga al principio di relatività degli effetti contrattuali (art. 1372), una generale solidarietà debitoria dei coniugi per l'adempimento delle obbligazioni assunte separatamente per attuare l'indirizzo di vita concordato, salvo il caso di spese per i figli, poste a carico di entrambi *ex art. 147*, e, nei rapporti reciproci, di spese mediche, attesa la rilevanza costituzionale della salute (art. 32 Cost.)»⁶.

D'altra parte, però, è stato messo in luce, più di recente, che «in base al concreto interesse delle parti, può essere considerato parte sostanziale di un rapporto anche il coniuge rimasto apparentemente estraneo alla contrattazione, con conseguente sua responsabilità solidale per le obbligazioni assunte dall'altro coniuge» (Cass. civ., sentenza 8 gennaio 1998, n. 87).

⁶ F. GAZZONI, *op. cit.*, pp. 367 ss. *Contra*, VECCHI, in *Rivista di Diritto Civile*, II/1991, p. 631. Tuttavia, tali spese sono necessariamente poste a carico di entrambi i coniugi perché contenuto obbligato – e connesso con diritti costituzionalmente garantiti – dei doveri legalmente e costituzionalmente imposti dall'art. 30 Cost. ai coniugi.

È utile esaminare le fattispecie concrete.

Nel primo caso, una s.n.c. aveva citato in giudizio due coniugi chiedendone la condanna in solido al pagamento di una somma costituente il prezzo di mobilia ai convenuti. Mentre il marito restava contumace, la moglie si costituiva, negando di avere essa acquistato i mobili, comprati invece dal solo marito, ed escludendo di essere comunque lei tenuta a pagare il debito del marito per il solo fatto di essere moglie di lui.

Nel secondo caso, invece, il giudice di merito ha accertato che il marito separato, pur non avendo partecipato alle trattative intercorse tra la moglie ed il gestore di uno stabilimento balneare, per il rinnovo della locazione stagionale di una cabina e di una tenda da sole, che da molti anni erano adoperate dalla moglie stessa e dalla figlia minore, da tempo aderiva di fatto a tale utilizzo, così inducendo il ragionevole affidamento del gestore, e da tale accertamento ha desunto che egli doveva ritenersi solidalmente obbligato con la moglie per le relative obbligazioni, individuando ulteriore conferma della sussistenza dell'obbligazione solidale nel comportamento tenuto dal marito che non aveva contestato la richiesta del gestore ed aveva contestualmente promesso di pagare.

La questione di fondo è quindi la seguente: se, qualunque sia il regime patrimoniale del singolo matrimonio, ed al di là dell'eventuale coinvolgimento dei beni della comunione e della responsabilità sussidiaria ex art. 190, il coniuge del contraente sia solidalmente responsabile dell'obbligazione assunta nell'interesse della famiglia per il solo fatto di essere coniuge e dunque, sia tenuto all'adempimento integrale dell'obbligazione.

La prima pronuncia esclude tale solidarietà anzitutto perché «non v'è una regola che, come quella contenuta nell'art. 220 del cod. civ. francese, introduca la solidarietà passiva del coniuge non stipulante per le obbligazioni assunte dall'altro coniuge per soddisfare i bisogni della famiglia. [...] Pare infatti logico dedurne che non si sia trattato di una distrazione del legislatore, ma di una precisa volontà di non introdurre una deroga così vistosa al principio ex art. 1372, comma 2, c.c. per cui il contratto non produce effetti rispetto ai terzi». In secondo luogo, «è lapalissiano che ciascuno dei coniugi possa stipulare col terzo, da solo, obbligazioni per far fronte ai bisogni della famiglia. È pure certo che tra i coniugi, all'interno della coppia, ci si possa accordare nel senso che, nei limiti di una razionale, consensuale, divisione dei compiti e degli oneri ex art. 144 cod. civ., ciascuno dei coniugi si impegni ad intervenire con proprio denaro quando l'altro ha assunto una obbligazione nell'interesse della famiglia. [...] Ma questi sono accordi all'interno della coppia, irrilevanti rispetto al terzo stipulante con uno solo dei coniugi».

Nella seconda pronuncia, invece, la Cassazione ha confermato la sentenza del giudice di merito fondando la decisione sulla induzione al ragionevole affidamento del gestore della località balneare (corroborata da precisi elementi fattuali) e dando quindi risposta positiva al quesito precedentemente posto: vi è solidarietà passiva ex art. 1292 c.c. tra coniugi per le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia.

Sorge, così, un contrasto tra la prima e la terza sezione per il riferimento a diversi parametri di giudizio in situazioni sostanzialmente analoghe.

Un'opinione alternativa

Se «il contratto ha forza di legge tra le parti» e «non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge» (art. 1372 c.c.), la generalizzazione della soluzione proposta dal primo filone dottrinale e giurisprudenziale, qui criticato, sembra non tenere conto:

1. della qualità dei soggetti (coniugi) rispetto ai terzi;
2. della rilevanza (appunto) meramente interna dell'accordo (o del mancato accordo) tra i coniugi;
3. della tutela del legittimo affidamento del terzo;
4. della natura dei beni oggetto dell'atto negoziale concluso da uno dei coniugi senza l'accordo dell'altro e della funzionalizzazione di tali beni all'attuazione dell'indirizzo della vita familiare.

Premesso che, in linea teorica (e chimerica), non dovrebbe mai, neppure potenzialmente, spettare ad un giudice il sindacato su cosa sia e cosa invece non possa appartenere all'indirizzo di vita concordato tra i coniugi (quale etichetta comprensiva del modo di essere e di esplicarsi della vita familiare)⁷, seguendo l'esempio dell'Illustre autore citato anche l'acquisto di un impianto stereofonico può costituire attuazione dell'indirizzo della vita familiare.

Si propone, allora, di comprendere se il bene acquistato è funzionale all'attuazione dell'indirizzo di vita familiare (concordato o anche solo imposto da uno dei coniugi), al fine di scorgerne il relativo regime giuridico, tenuto conto del regime patrimoniale sussistente nella «coppia formata da due persone di sesso diverso che hanno fatto quel patto solenne e carismatico che si chiama matrimonio»⁸.

Il diritto-dovere di ciascun coniuge di attuare l'indirizzo di vita familiare, addossandosi altresì il rischio di un cattivo risultato, deve essere necessariamente

⁷ L'impostazione adottata risente dell'influsso dell'opera di A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Giuffrè, Milano 1957, pp. 222 ss., secondo cui la famiglia è un'isola che può essere soltanto lambita dal mare del diritto (ciò, non a significare «l'inidoneità della famiglia ad essere misurata col metro della regola giuridica, quanto l'incongruenza della pretesa statualistica di penetrare in profondità nella disciplina di una realtà naturale; l'inidoneità di tale realtà naturale ad una etero-regolamentazione che la privi della sua originaria autonomia»). G. DALLA TORRE, *Motivi ideologici e contingenze storiche*, in S. COTTA - F. D'AGOSTINO (a cura di), *Famiglia, diritto e diritto di famiglia*, Le Edizioni Universitarie JACA, Milano 1985, p. 54.

⁸ L'indicazione è di M. COSTANTINO, *Le libertà dell'individuo e della coppia: la procreazione assistita tra patto e fatto*, in *Iustitia*, 4/2006, p. 433, per il quale, in relazione al tema della PMA: «soltanto la coppia di coniugi è una formazione sociale, e quindi può essere considerata, se fondata su un patto ordinato sull'eguaglianza giuridica e morale, una "famiglia", cioè una formazione sociale avente qualità e prerogative di rilevanza costituzionale».

contemperato, altresì, con l'interesse del terzo alla tutela del suo legittimo affidamento e del suo patrimonio, nonché alla certezza dei traffici giuridici.

Ove il bene acquistato risulti funzionale all'attuazione dell'indirizzo di vita familiare⁹, se si tratta di beni immobili, o mobili *ex art. 2683 c.c.*, interessati da uno degli atti *sub art. 180, comma 2, c.c.*, vertendosi nell'ipotesi di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione o di atti di particolare rilievo giuridico, compiuti in regime di comunione legale o convenzionale, l'altro coniuge che non vi ha partecipato potrà, a sua scelta (dipendente dalla valutazione se ricorra o meno l'interesse familiare), convalidare l'atto (senza però che ciò comporti il subentro del coniuge convalidante nella titolarità dell'atto medesimo di fronte al terzo) oppure chiederne l'annullamento in giudizio. Tale disciplina, contenuta nell'*art. 184, comma 1, c.c.*, è conforme al principio generale *ex art. 1444 c.c.*¹⁰.

Il regime patrimoniale di comunione dei beni, infatti, esteriorizza in qualche modo l'accordo (preventivamente formatosi) dei coniugi dinanzi ai terzi, il cui legittimo affidamento deriva anche da tale regime, dalla sua mancata modificazione, dalle annotazioni a margine dell'atto di matrimonio a decorrere, rispetto ai terzi, dalla data di annotazione medesima (cfr., ad es., *art. 34-bis, disp. att. c.c.*)¹¹. Se l'accordo rileva meramente all'interno del rapporto coniugale, l'istituto del matrimonio implica che, dal punto di vista del regime patrimoniale legale (sul cui versante rilevano le scelte di autorganizzazione della coppia), i terzi vedano non più due patrimoni, ma uno solo (costituente il *minimum* di autonomia finanziaria finalizzato all'attuazione dell'indirizzo familiare nell'ambito della solidarietà coniugale – ragion per cui il regime legale è quello, appunto, della comunione dei beni, *ex art. 159 c.c.*, peraltro derogabile o modificabile con apposito atto pubblico convenzionale o all'atto della celebrazione del matrimonio).

Infondate sono, allora, le tre affermazioni per cui il principio *ex art. 1372 c.c.* è indipendente dal regime patrimoniale familiare, che la comunione legale rilevi solo sotto il diverso profilo dell'invocabilità, da parte del creditore, della garanzia dei beni della comunione o del coniuge non stipulante, e che non vi sia nel nostro ordinamento una regola che introduca la solidarietà passiva del coniuge non stipulante per le obbligazioni assunte dall'altro coniuge per soddisfare i bisogni della famiglia.

⁹ E tale consenso, di rilievo meramente interno, dovrà non solo essere stato portato a conoscenza dei terzi con mezzi idonei e perfino implicitamente, ma oggettivamente provato nei suoi elementi costitutivi, da quello dei due coniugi il quale intende avvalersene.

¹⁰ F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 379.

¹¹ Se a margine dell'atto di matrimonio non risulta alcuna annotazione circa il regime patrimoniale, i terzi sono legittimati a ritenere che gli sposi non abbiano stipulato alcuna convenzione, trovandosi gli stessi in regime di comunione legale dei beni. Inoltre, il regime di comunione legale si scioglie anche per una delle cause indicate dall'*art. 191 c.c.*, tra cui gli eventi che vengono annotati sull'atto di matrimonio sulla base di apposita comunicazione inviata dal Tribunale (ad es., sentenza di separazione personale, sentenza di divorzio, dichiarazione di morte presunta).

In primo luogo, vi è un esplicito riferimento normativo, attuativo della riserva di legge *ex art.* 1372² c.c., contenuto nell'art. 184³ c.c.: «se gli atti [eccedenti l'ordinaria amministrazione] riguardano beni mobili diversi da quelli indicati nel primo comma [quelli elencati nell'art. 2683 c.c.], il coniuge che li ha compiuti senza il consenso dell'altro è obbligato su istanza di quest'ultimo a ricostruire la comunione nello stato in cui era prima del compimento dell'atto o, qualora ciò non sia possibile, al pagamento dell'equivalente secondo i valori correnti all'epoca della ricostruzione della comunione». Trattasi di un meccanismo simile a quello *sub art.* 145 c.c.¹², ma sostanzialmente tendente alla ricostruzione della comunione che passa attraverso una tutela (implicita) del terzo (che non vedrà posto nel nulla l'atto negoziale) e della comunione¹³.

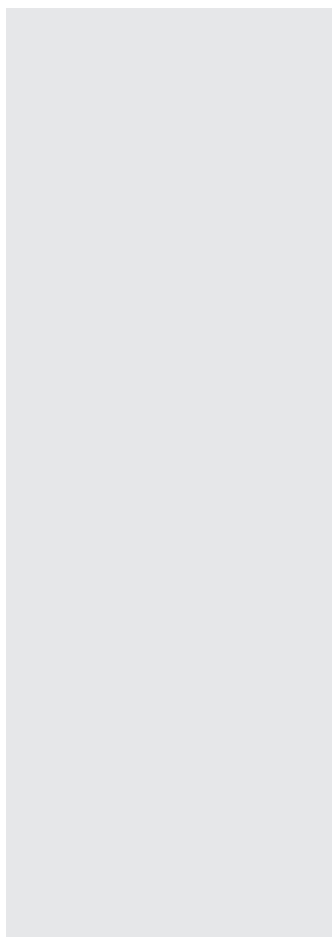
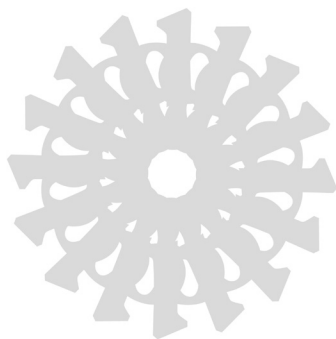
Escluso dunque che la comunione legale rilevi solo sotto il diverso profilo dell'invocabilità, da parte del creditore, della garanzia dei beni della comunione o del coniuge non stipulante, è da dirsi pure che la regola di cui all'art. 1292 c.c. è operativa per due ordini di ragioni: anzitutto, poiché, nell'attuazione dell'indirizzo di vita familiare, nel caso di cui all'art. 184³ c.c. i coniugi siano sempre entrambi obbligati per la medesima prestazione, «in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità [in difetto di un potere di convalida o di annullamento¹⁴] e l'adempimento da parte di uno libera gli altri»; in secondo luogo, «i condebitori sono tenuti in solido, se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente» (art. 1294 c.c.), e cioè, non risultando l'esclusione della solidarietà dalla legge nel caso specifico, solo il titolo contrario può valere a rendere il bene acquistato di proprietà del coniuge stipulante, ma solo quando dell'acquisto «sia stato parte anche l'altro coniuge» (art. 179² c.c.).

¹² Il procedimento speciale *ex art.* 145 c.c. ha «carattere non contenzioso che può chiudersi, se i coniugi raggiungono un accordo, con una conciliazione o con una pronuncia di non luogo a provvedere, o in caso di disaccordo, con un provvedimento che, non avendo natura giurisdizionale, deve equipararsi al pronunciato di un arbitratore ed è di per sé insuscettibile di coercizione, in quanto privo di efficacia esecutiva» (Cass. civ., 7 maggio 1992, n. 5415).

¹³ Ciò è il riconoscimento, a carico del coniuge che ha compiuto gli atti dispositivi, di un debito di valore, con rivalutazione monetaria (quale commisurazione attuale del valore perduto) ed interessi (peraltro ove richiesti dall'altro coniuge) con funzione remuneratoria-compensativa, decorrenti dal giorno in cui tali somme avrebbero dovuto essere impiegate secondo l'indirizzo della vita familiare concordato. Ciò è frutto dell'interpretazione analogica estensiva della regola di cui all'art. 1714 c.c. (sebbene tra i coniugi possa non esservi un rapporto di mandato) fondata sull'assunto per cui il potere di attuazione di tale indirizzo vada riferito all'interesse familiare (che fonde le volontà dei coniugi in un'unica direzione, conferendo a ciascun atto di esercizio del suddetto potere il crisma di un atto soggettivamente complesso ed eguale).

¹⁴ Con sopravvivenza, in ogni caso, del potere di ricorrere al giudice per ottenere la separazione giudiziale dei beni per cattiva amministrazione della comunione: art. 193¹ c.c.

CULTURA E PROFESSIONE



Biodiritto. L'analisi (ed il ruolo) del Giudice. Recensione a *I giudici e il biodiritto*, di Roberto Conti*

Giovanni Pagano

Il giudice, per antonomasia, è un uomo solo. Da solo deve analizzare i fatti e, sempre da solo, deve cogliere gli interessi della parte che richiede tutela al fine di decidere il singolo caso posto alla sua attenzione. Certo, in alcuni casi la decisione viene presa in forma collegiale, forse solo perché tale responsabilità sarebbe eccessivamente gravosa se ricadesse su di un singolo. In ogni caso dunque, è la solitudine che accompagna chi decide, e tale dramma si amplifica quando gli interessi in gioco assumono il rango di valori sui quali si basa la società nella quale viviamo.

Ecco, forse, spiegato perché il primo periodo del recente libro di Roberto Conti *I giudici e il biodiritto* risuona così forte: «L'argomento che intendiamo affrontare rientra a buon titolo fra quelli capaci di far tremare i polsi a qualunque operatore di media preparazione e sensibilità...».

In realtà, più che un avvertimento, è una premessa. L'Autore, difatti, ha la capacità di prendere per mano il lettore ed accompagnarlo passo passo nel complicato mondo del biodiritto che, oggi più che mai, coinvolge tutti gli operatori della società (a partire dai soggetti oggetto della decisione per finire a coloro che ne tutelano le istanze), donandogli un privilegiato punto di osservazione: l'occhio del Giudice. Con una lente in più, quella che ti permette di cogliere il particolare nel paesaggio: la consapevolezza.

Nel corso delle pagine, la solitudine infatti lascia il campo alla ricchezza intellettuale, dimostrando così al lettore che il ponte tra l'Accademia e gli operatori del diritto non solo è oramai costruito, ma collega sempre più intensamente le due sponde della conoscenza.

Il testo in argomento, non è un manuale e non è un saggio. È un percorso di conoscenza. Non a caso, il primo argomento (spinosissimo...) è la dignità umana. Difatti solo dopo aver compreso l'importanza di questo valore (o per usare le parole dell'Autore «supervalore assolutamente ed indissolubilmente incoercibile ed insuscettibile di operazioni di bilanciamento») si è in grado di poter intraprendere il percorso tracciato che, dapprima ci guida attraverso le questioni portanti dell'architettura costituzionale così come noi lo conosciamo (*Re giudice o Re legislatore?*), per poi passare ad approfondire il rapporto del giudice con il Biodiritto (dal giudice di merito alla Corte Europea dei Diritti dell'uomo, passando per il giudice di legittimità).

* R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, Aracne, Roma 2014.

Come detto, l'angolo di visuale è quello del giudice («l'ultimo rifugio di un ideale democratico disincantato»); esso non è però monofocale ma, per meglio dire, caleidoscopico, ed in alcuni casi critico, soprattutto nei confronti del sistema politico (*rectius* del legislatore).

Ritorna quindi la questione del ruolo del giudice, che non può rifugiarsi nel *non liquet* di fronte alle lacune normative, esponendosi in tal modo però al pericolo di snaturare la sua funzione, e/o di ottenere risultati aberranti (e che la via dell'inferno sia lastricata di buone intenzioni è noto da tempo).

Da un lato il sistema politico, a parere di Conti, appare infatti in crisi, imbarbarito ed incapace di tenere il passo del progresso scientifico (sul presupposto, forse non scontato, che quest'ultima capacità sia un dovere...). Dall'altro, e per fortuna, la constatazione del «caos tra giudici e legislatore in campo biogiuridico» non è la base di partenza del ragionamento speculativo; al contrario sono le domande (di un giudice, si ripete), prima ancora che le risposte, ad assumere un carattere preminente. Allora, l'Autore si interroga sulle questioni più delicate che affliggono il tema del biodiritto: il ruolo del consenso del soggetto destinatario del provvedimento («quale massima proiezione del diritto fondamentale all'autodeterminazione della persona nella dinamica giudiziale») nella dimensione giudiziale, ed il suo rapporto (in chiave evolutiva) con l'ascolto dei soggetti minori o disabili.

La disamina (elegantemente supportata dalla lezione di Ruggeri, di Gustavo Zagrebelsky, di Romboli), si snoda dunque mediante l'approfondimento del ruolo del giudice nei progressivi livelli decisionali passando, come detto da quello di merito «tremendamente vulnerabile, tremendamente solo, tremendamente nudo...», a quello di legittimità ove trovano cittadinanza le dibattutissime questioni del precedente (vedi l'analisi di Corte Cost. n. 230 del 2012) e dell'uso del metodo comparatistico, data la naturale vocazione del biodiritto ad uscire dagli steccati del diritto domestico.

Tale «vocazione» è brillantemente colta quando afferma, a buon diritto, come «sia ormai chiara la rilevanza nei sistemi di protezione di diritti europei, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo». Non a caso a quest'ultima è dedicato un intero capitolo, focalizzando l'attenzione sul ruolo che ha giocato, e che tuttora gioca, rispetto alle questioni che gravitano attorno ai temi eticamente sensibili. Quest'ultimi sono affrontati mediante una triplice chiave di lettura: la c.d. dottrina del consenso, i casi (ormai *leading*) sottoposti al vaglio della Corte, ed il peso e rilevanza dei precedenti rispetto al giudice nazionale. Il testo dimostra quindi di essere figlio del nostro tempo. Figlio delle problematiche sociali, e quindi giuridiche, che sono ormai una manifesta realtà che aspetta ancora di ricevere una tutela da parte del legislatore (matrimoni tra persone dello stesso sesso, il caso Englaro su tutti, ma si veda anche la sentenza *Pretty c. Regno Unito*); ma che, al contempo, devono essere affrontate da un giudice sempre meno *bouche de loi* e sempre più soggetto che deve attuare un corretto bilanciamento fra interesse del singolo e bisogni della collettività.

In conclusione, dalla lettura di questo percorso, caratterizzato anche da elementi di intimità, emerge essenzialmente quanto sia realmente complicato ipotizzare una composizione degli interessi attraverso un provvedimento ordinario da parte del legislatore, pena il pericolo di una toquevilliana tirannia dei valori.

Perciò, nel frattempo, spetterà ancora al giudice interpretare la fattualità dei nostri giorni che «valorizza al massimo la dimensione concreta del diritto». A patto che quest'ultimo abbia sempre ben chiaro «il limite che la legge e, prima ancora, la funzione affidatagli dalla Costituzione, rappresentato dal legame processuale al caso che ogni decisione deve possedere, dipendendo dalla solidità di questo legame “la legittimazione del potere discrezionale esercitato dai giudici”»: potere che purtroppo – vedi le decisioni sul caso Stamina, dove è proprio il profilo scientifico presupposto a base di alcuni provvedimenti il più carente: ma alla fine si tratta proprio di errori di diritto, visto che tale presupposto era, solo a volerlo vedere, inesistente – non sempre viene esercitato secondo tali parametri.

Giustizia e giurisdizione: binomio imperfetto? Recensione a *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, di Silvia Izzo*

Daniela Quinto

Un'analisi obiettiva ci mostra come, ormai da tempo, all'avvicinarsi delle pur diverse compagini governative corrisponda immancabilmente un intervento legislativo orientato a restituire efficienza ai tribunali italiani mediante riduzione dei tempi e del numero dei processi civili.

A fronte della crisi della giustizia civile e del mancato raggiungimento degli standard di efficienza europei, ogni legislatura ha, infatti, messo a punto il proprio personale (e talvolta estemporaneo o poco originale) contributo riformatore, approntando rimedi che hanno visto aumentare il ventaglio delle possibilità a disposizione delle parti per soddisfare i propri diritti in fase pre-giudiziale e proliferare strumenti alternativi di risoluzione delle controversie; il tutto sotto l'egida della privatizzazione e del liberismo giudiziario.

Sebbene la ragione prima dell'inefficienza della giustizia civile possa piuttosto rinvenirsi essenzialmente in uno sproporzionato e irragionevole carico di lavoro dei magistrati e nella più generale insufficienza di risorse umane e materiali, unita in ogni caso a carenze organizzative di base, a fronte di un numero esorbitante di nuovi procedimenti civili, le riforme dirette a garantire effettività e tempestività alla giurisdizione sempre più di frequente si caratterizzano per il potenziamento degli strumenti extragiudiziari di composizione delle liti e quindi, conseguentemente, per la cessione ai privati di porzioni sempre più ampie di quella tradizionale espressione della sovranità statale che è la giurisdizione stessa.

In altre parole, assunta la consapevolezza per cui «la tendenza ad immettere un gran numero di controversie nel circuito giurisdizionale è figlia soprattutto della sostanziale mancanza di alternative»¹, la soluzione all'inefficienza della giurisdizione viene sovente rintracciata nella “privatizzazione” della giustizia, ovvero nella promozione di strumenti di conciliazione extragiudiziale (o, per dirla ancora con le parole del Vice Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura, nella “giustizia senza giurisdizione”), così da suggerirsi al cittadino “in cerca di giustizia” di evitare quanto più possibile l'apparato giurisdizionale statale propendendo piuttosto per forme alternative di regolazione dei conflitti.

* S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Giappichelli, Torino 2013.

¹ M. VIETTI, *La fatica dei giuristi*, Università Bocconi Editore, Milano 2011.

In questa prospettiva l'attività di *jus dicere* viene a perdere la cifra di espressione esclusiva di un potere accentrato ed il paradigma di giurisdizione di stampo statalista si manifesta sempre più affievolito; tale attività viene, cioè, ad essere intesa quale servizio pubblico indirizzato al componimento delle liti *secundum jus* e nel cui contesto la risoluzione della controversia ben può essere affidata, oltre che agli organi della giurisdizione statale, anche, e forse con maggior proficuità in termini di efficienza, ad istituzioni e/o soggetti diversi dallo Stato ma provvisti comunque degli irrinunciabili caratteri della terzietà ed imparzialità.

In questa cornice si collocano istituti quali la mediazione e la conciliazione o, ancora, tutte quelle misure di promozione del ruolo sociale dell'avvocatura (piuttosto che del notariato) di supporto alla giurisdizione: si pensi, facendo un passo indietro nel tempo e richiamandosi alla mente la più risalente bozza di disegno di legge sulla privatizzazione del processo civile, alla previsione della possibilità di un'istruttoria delegata alle stesse parti e senza intervento del giudice (al fine di una riduzione dei tempi processuali); oppure ancora, in epoca assai più recente, alla c.d. "negoziato assistita" che, con particolare riferimento al settore del diritto di famiglia, è stata recentemente indicata dal Ministro della Giustizia nella presentazione delle Linee Programmatiche del proprio mandato. Rifacendosi all'esperienza francese, la negoziazione assistita potrebbe, per esempio, sottrarre alla giurisdizione i procedimenti di separazione e di divorzio di natura consensuale, consentendo ai coniugi, che siano d'accordo sulla separazione ed in assenza di figli, di giungere ad un accordo conciliativo di separazione idoneo, previa omologa del Tribunale, ad assumere efficacia di titolo esecutivo.

Nello stesso contesto si colloca, poi, il più tradizionale istituto dell'arbitrato, nelle sue varie declinazioni; strumento, questo, ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale secondo quell'alterità di possibilità che la stessa Corte Costituzionale ha riconosciuto come diritto dei cittadini: se è vero, ha affermato il giudice delle leggi, che a tutti deve esser consentito di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, è altrettanto vero che il privato non è obbligato a fare ricorso al sistema di giurisdizione statale piuttosto che a quello arbitrale, così come è addirittura libero di rinunciare alla tutela dei propri diritti.

Ecco che, a fronte della crescente esigenza di risposte concrete all'inidoneità ed inefficienza della giustizia civile, l'istituto dell'arbitrato ha assunto sempre maggiore rilevanza nel panorama delle procedure alternative per la risoluzione delle controversie, tanto da meritare frequentemente le attenzioni spesso "innovatrici" della giurisprudenza (si pensi, per fare un esempio, alla decisione n. 276/01 con la quale la Corte Costituzionale ha ritenuto l'arbitro legittimato a sollevare l'incidente di costituzionalità) e dello stesso legislatore (si rammenta, a tal proposito e nel contesto della valorizzazione dell'istituto, la riforma introdotta con il d.lgs. n. 40 del 2006 che, tra le altre, ha parificato l'efficacia del

lodo rituale a quella della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria), prima ancora che degli studiosi del diritto.

Proprio sull'arbitrato è di questi tempi il notevole contributo di Silvia Izzo, ricercatrice universitaria e membro dell'Ufficio Studi del CNF. Dopo un *excur-sus* storico sull'evoluzione dell'istituto e sul deciso rafforzamento che l'autonomia dell'arbitrato è venuta ad assumere rispetto alla tradizionale subordinazione nei confronti della giurisdizione statale, l'Autrice si cimenta in una approfondita analisi sui rapporti fra arbitrato e giurisdizione con particolare riferimento all'aspetto patologico dello svolgimento del rapporto compromissorio così come derivante dall'interferenza e/o sovrapposizione fra i due piani di tutela, arbitrale e giurisdizionale.

È un aspetto problematico cui la Izzo si avvicina muovendo dalla constatazione della tendenziale equipollenza, per caratteristiche e risultati, fra i due sistemi di tutela, sebbene segnati da profonde differenze sotto il profilo genetico: l'arbitrato, procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, con le garanzie di contraddittorio ed imparzialità tipiche della giurisdizione e produttivo di un accertamento che ha gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, trova tuttavia la sua fonte genetica in una convenzione di diritto privato.

Nell'affermato c.d. modello delle vie parallele (ovvero della non sussistenza della priorità di una via rispetto all'altra) occorrerebbe, tuttavia, valorizzare ed evidenziare l'elemento di volontarietà caratteristico dell'istituto che, sebbene plasmato in modo tale da potersi sovrapporre allo strumento giurisdizionale, rimane pur sempre fondato su di un atto consensuale: solo l'incontro della volontà delle parti può fondare il giudizio privato sulla controversia in luogo di quello statale.

Ed è chiaro che, fintanto che la finalità deflattiva propria degli innumerevoli interventi riformatori della giustizia degli ultimi anni venga perseguita attuando rimedi implicanti necessariamente la cessione ai privati di porzioni sempre più ampie della giurisdizione statale, ovvero introducendo "filtri" o frapponendo "ostacoli", finanche di natura economica, all'accesso al giudice (e, quindi, di fatto ricercando soluzioni per il risanamento della giustizia al di fuori del sistema) al cittadino – scoraggiato per le lungaggini dell'iter processuale – non resterà che l'alternativa tra la rinuncia alla tutela dei propri diritti ed il ricorso alle *Alternative Dispute Resolution*.

L'attuale stato delle cose non può, quindi, che condizionare la scelta del cittadino alla ricerca di tutela in tempi ragionevoli, orientandolo verso il "male minore", di talché l'elemento della volontarietà caratteristico anche dell'istituto dell'arbitrato viene a sfumare ed a risultarne frustrato.

Viene, allora, da chiedersi se davvero non esistano altri rimedi all'inefficienza della giustizia se non il disincentivare il ricorso alla giustizia dello Stato.

Una risposta viene formulata con l'istituto "ibrido" della conciliazione giudiziale, che avrebbe il vantaggio di non privare lo Stato di porzioni del potere

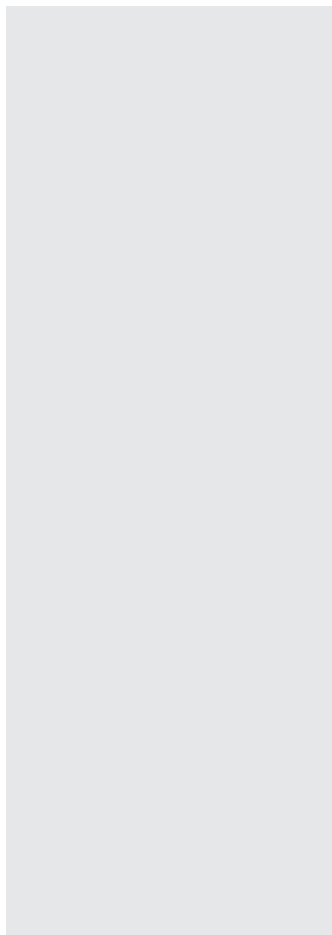
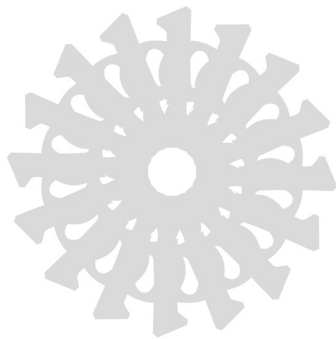
giurisdizionale suo proprio a salvaguardia della tenuta della Stato di diritto e, al tempo stesso, di limitare i tempi del processo e ridurre la mole di lavoro senza costringere il cittadino a rinunciare alle garanzie di terzietà, imparzialità e competenza tecnica che appartengono tipicamente all'ordine giudiziario.

In questa prospettiva si colloca la recente introduzione, nell'ambito del rito ordinario, di una disposizione già presente nel processo del lavoro e che attribuisce al giudice il potere/dovere di formulare alle parti una propria proposta transattiva o conciliativa il cui rifiuto costituisce comportamento valutabile ai fini del giudizio (art. 185-*bis* c.p.c.).

Al di là delle valutazioni possibili, sarà l'applicazione concreta che consentirà di verificare se si possa ancora avere giustizia anche senza rinunciare alla giurisdizione ed, al contempo, se si possa pervenire ad una conciliazione anche all'interno del procedimento ordinario.

Ritornano qui allora le utili riflessioni della Izzo sui rapporti tra i due procedimenti, ed i suoi "suggerimenti" sul controllo della decisione di rito degli arbitri e del giudice, con i quali il testo si conclude.

L'AVVOCATURA DEI GIOVANI



Care Virginia ed Elisa, dopo di voi, quasi un secolo ancora in cerca di una “stanza tutta per...” noi

Elena Borsacchi

La questione di genere non ha bisogno di banalità, di ulteriori stereotipi o di slogan che nel 2014 sono destinati a lasciare decisamente il tempo che trovano.

Molto si è detto, si è scritto e si è, pertanto, studiato con riferimento alla annosa questione delle pari opportunità tra uomo e donna, del rapporto tra i sessi e delle discriminazioni di genere: e questo già dovrebbe distogliermi dal proposito di scriverne quest’oggi.

La questione di genere è una “cosa seria”: essa è stata motivo di lotta, motore degli animi e spesso fonte di orgoglio e di altrettanta sofferenza. Parlare e scrivere sul rapporto tra uomo e donna e sul ruolo sociale che alla donna è stato cucito addosso per secoli, e dal quale solo relativamente di recente è riuscita faticosamente a liberarsi, è un impegno di non poco momento che merita il rispetto, l’attenzione e la dignità che si confanno a qualcosa di più di un mero attivismo “di maniera”: e questo parrebbe essere, per me, un ottimo secondo motivo per cambiare strada e scegliere di occupare lo spazio che mi viene gentilmente offerto conversando d’altro.

Prima di tutto perché sono una donna giovane che vive il proprio quotidiano personale e professionale godendo dei vantaggi che il “sangue” versato da altre ha fatto guadagnare alla mia generazione; in secondo luogo perché per arrogarsi il diritto di sedere tra le fila delle donne che parlano di “femminismo”, quello fisiologico, con cognizione di causa è necessario avere un *background* culturale sulla “causa” che io ad oggi non possiedo. In terza istanza perché, nonostante le mie nonne alla mia età fossero già da tempo madri di famiglia, posso ancora definirmi appartenente alla schiera dei “giovani adulti”: per detta ragione, affrontare tematiche di forte impatto sociale e di squisita matrice ideologica mi espone talvolta al rischio di scivolare nei c.d. *slogan* che, sebbene sintomo di freschezza e impeto giovanile, spesso condannano a morte lo spessore concettuale dei contenuti che si cerca di esporre, oltre a suscitare negli “adulti anziani” una certa ilarità mista a tenerezza.

Tuttavia credo sia nostro preciso compito occuparci, ancora una volta, del peso della responsabilità che giunge a noi dalle lotte di chi ci ha preceduto e, in un certo qual modo, ci ha spianato la strada.

La mia generazione vive, giustamente o ingiustamente, sotto il giogo dello spauracchio “cultura della responsabilità” che, a mio avviso, costituisce il giusto prezzo che i più fortunati tra noi pagano per non aver vissuto alcuna delle due guerre mondiali, per non aver dovuto lottare per la sopravvivenza, per non aver

dovuto rinunciare a studiare né a molte delle opportunità che il terzo millennio offre al nostro mondo.

Tutto questo ci carica inevitabilmente della responsabilità non di essere grati, bensì semplicemente di non dimenticare.

Se avessi capacità narrativa, e fosse questa la sede, comincerei dicendo:

C'erano una volta due donne, pressoché contemporanee, maturate e vissute, con poco scarto, nel medesimo periodo storico; la stessa consapevolezza di sé, la medesima dignità nei propri intenti, i medesimi strumenti, la stessa voglia matta di conquistare, per il proprio genere, un'indipendenza vera, irreversibile e, soprattutto, che non fosse schiava di e subordinata a quell'aspirazione mista a malsano desiderio, per le nate donne, di essere "uomo" (o pari ad esso).

Due paesi profondamente lontani, l'Inghilterra e l'Italia, assistono nei primi del '900, la prima, alla nascita di una delle più grandi romanziere che l'Europa abbia avuto, la seconda, allo sbocciare della prima avvocata italiana, nelle schiere di una professione così profondamente e altrettanto immotivatamente ancorata alla cultura maschile.

Tempo fa ho ricevuto in dono dalla mia "maestra accademica", valido esempio di donna del terzo millennio, un libro che mi piacerebbe pensare custodito gelosamente negli scaffali di qualsiasi coetanea, collega, amica: parlo di *Una stanza tutta per sé* di Virginia Woolf, scritto alla fine dei "ruggenti anni '20", manifesto attualissimo di quel femminismo autentico capace di osservare lucidamente la realtà di genere con occhio critico, ma al tempo stesso scevro da note inutilmente "faziose".

Nato dall'"impasto"¹ di due conversazioni tenute dalla stessa Woolf alle studentesse delle Università di Cambridge, questo lavoro costituisce la risposta all'interrogativo che la comunità letteraria pose all'autrice circa il rapporto tra le donne e il romanzo.

Nel tentativo di dare una risposta che desse conto di tutto il complesso delle problematiche che il titolo sottintendeva, Virginia Woolf in poco più di centodieci pagine individua i rudimenti essenziali per la donna che voglia scrivere e che dello scrivere voglia fare veicolo di espressione del proprio animo, occasione di affermazione e soddisfazione professionale e, perché no, fonte di onesto guadagno: cinquecento sterline in tasca ed una stanza chiusa a chiave che sia, realmente, "tutta per sé".

Questo semplice binomio affida alla donna del primo novecento la chiave della porta principale da cui entrare, abbandonando così quella di servizio, in una società che, benché ostile, non resterà cieca ancora così a lungo; allo stesso tempo, questa combinazione le infila in tasca il passaporto per raggiungere

¹ A. GUIDUCCI, *Il percorso creativo di Virginia Woolf*, Introduzione a *Una stanza tutta per sé*, Newton Compton, Roma 2011.

quell'indipendenza che, sebbene tanto intensamente cercata, è stata altresì fonte di grande delusione, amarezza e disagio "indotto".

«Non ho bisogno di odiare nessun uomo; non può ferirmi. Non ho bisogno di lusingare nessun uomo: non ha nulla da darmi»².

Pur incoraggiando con compostezza e lucidità le giovani cui quest'opera si rivolge, non riserva alcuna gentilezza alle donne del suo tempo, alcun facile pietismo: il confronto con la società shakespeariana è lo sfondo sul quale l'intera scena di questo sorprendente "teatro del genere" prende vita ed essa è, al contempo, termine di paragone forte per sottolineare loro l'importanza dell'*humus* di progresso in cui la donna del novecento inglese ha l'opportunità di (tentare di) rivendicare i propri diritti e di cui, al contrario, la donna del cinquecento non ha potuto beneficiare.

Mi ha fatto sorridere, oltre a catturare tutta la mia attenzione, il "curioso" atteggiamento che l'autrice tiene nei confronti delle compagne di genere, non perdendo occasione di evidenziare la finestra sul mondo che alle sue contemporanee si è dischiusa: lo fa provando a tracciare la biografia di un'ipotetica, possibilmente inventata, sorella di William Shakespeare, che non avrebbe potuto godere, al contrario, delle tante occasioni di riscatto che, invece, gli anni '30 del 1900 parevano offrire.

Gioca con l'immaginazione del suo uditorio provando a disegnare la figura di una talentuosa giovane, dotata di strumenti pari, se non superiori, a quelli del fratello, destinata, però, a vivere e morire nella sua ombra, per sempre condannata all'oblio per esser nata donna e sorella di un uomo.

Mi sono divertita ad immaginare che cosa sarebbe potuto accadere se la più grande romanziera e donna di cultura dell'Inghilterra della prima metà del '900 si fosse imbattuta in Elisa Comani, giovane giurista marchigiana destinata a passare alla storia come una delle prime avvocate ad aver orgogliosamente conquistato il titolo, nonché la possibilità di esercitarlo, in un contesto professionale ed accademico tutt'altro che illuminato in merito e, al contrario, piuttosto ostile.

Donne e diritti, volume a cura di Nicola Sbrano, edito nella collana di Storia dell'Avvocatura del Consiglio Nazionale, ospita, oltre a numerosi altri interessanti saggi in merito, la ricostruzione minuziosa e ricchissima che la storica Francesca Tacchi fa del profilo di Elisa Comani: se dovessi scegliere quali testi tenere a portata di mano ed utilizzare come promemoria dell'opportunità e della responsabilità che ci derivano dall'esser nate donne nel terzo millennio, non dubito che quello appena citato si accosterebbe a quello di cui abbiamo parlato in apertura.

Nella storia di Elisa Comani, le cui travagliate vicende e "vite" professionali sono state segnate dal peso di anni non facili per lo Stato di diritto e per quanti

² V. WOOLF, *Una stanza tutta per sé*, Newton Compton, Roma 2011, p. 57.

ne rivendicassero i principi cardine nel nostro Paese, si intravedono tutte le difficoltà connesse ad una società in continuo divenire, qual è stata quella italiana tra l'avvento del fascismo e la prima repubblica.

A differenza della pacata e composta presa di posizione di Virginia Woolf, da cui si intuisce l'ammonimento alle donne colte e moderne, ricordando loro che la vera forza del cammino verso l'uguaglianza dei sessi non si trasmette affermando la propria superiorità, ma riconoscendo nella diversità reciproca la fonte di primo arricchimento, dal racconto della vita professionale (e, in realtà, anche privata) di Elisa trapela tutta la veemenza e la tenacia di una vera e propria lotta.

Una lotta sobria, istituzionale, profondamente ossequiosa della legge e del rispetto delle regole, ma altrettanto pronta a rifiutare con determinazione quelle logiche retrograde e malsane che facevano della professione forense un "pubblico ufficio da uomini", destinata a rimanere un palco dedicato solo e soltanto ad essi, sulla base di un merito, di fatto, inesistente: quello di appartenere al genere "giusto" per l'avvocatura.

Dalla narrazione delle lotte di colleghe come Elisa e, altresì, di coloro che l'avevano preceduta (penso al caso di Lidia Poet e Teresa Labriola)³ emerge chiaro il quadro di una buffa, se mi è consentito, classe di colleghi, maestri, padri indignati e quasi impauriti dal crescente desiderio delle donne del loro tempo di trovare il proprio posto nel mondo: o, meglio, di sedere al loro fianco in quel mondo che lo stato di "natura sociale" pareva aver, senza alcun apparente buon motivo, affidato alla guida del solo intelletto maschile.

L'Avv. Comani sembra dover affrontare nel corso del proprio cammino, fino almeno al momento di incontro e di unione con le forze socialiste, tutta una serie di *step* volti a totalizzare il punteggio minimo necessario a tenersi ben stretta la toga che indossava e che, evidentemente, le era stata idealmente data in prestito su gentile concessione dei propri colleghi uomini. Un percorso, il suo, costellato da continui interventi di (cosa fortemente significativa) altre donne contemporanee che, unendosi al grido di giuristi, intellettuali, uomini di stato e di "pubblica funzione", sembravano voler urgentemente ribadire che la parentesi di "pari opportunità" gentilmente concessale, non solo destava stupore e scandalo, ma era destinata a non spostare neanche di un millimetro quella condizione e quel ruolo sociale in cui la donna restava confinata, non per una mera scelta convenzionale, ma in ragione della sua stessa natura.

³ Per un approfondimento in tal senso si veda la copiosa bibliografia offerta da F. TACCHI, *Una silfide vaporosa dagli occhi color mare e dalla chioma d'oro. Elisa Comani del Foro di Ancona*, in N. SBANO (a cura di), *Donne e Diritti*, Il Mulino, Bologna 2004, pp. 157 ss. tra cui: R. CANOSA, *Il giudice e la donna. Cento anni di sentenze sulla condizione femminile in Italia*, Mazzotta Editore, Milano 1978, p. 32; F. SANTONI DE SIO, *La donna e l'avvocatura. Studio giuridico sociale*, I, *La questione giuridica*, Nuova Roma, Roma 1884; P. ADDEO, *Eva togata*, Editrice Rispoli, Napoli 1939.

L'esempio folgorante, ma che, tutto sommato, forse, anche tra noi aspiranti avvocate del 2014 non crea scompiglio (ahimè!), è fornito da un passo citato e riportato nel corpo di un saggio in cui, parlando di Elisa, la si canzona riferendosi a lei con l'appellativo "signorina"⁴: vorrei soprassedere sull'attualità della questione solo per non rischiare di contravvenire a quelli che sono stati specificati all'inizio come miei buoni propositi, ma credo che, tutto sommato, a numerose illustri colleghe sia capitato sovente di dover accettare di mettere da parte il ricordo delle fatiche di cinque anni di università, di un esame di stato e, magari, di numerosi titoli accademici solo per evitare di apparire scortese di fronte a chi, per incomprensibili scelte di opportunità, non può far a meno di chiamarle "signore" o "signorine".

All'animo combattente che mi è parso di intravedere tra le pieghe della storia della avvocata anconetana, che mi è stata narrata, si contrappone soltanto sul piano stilistico, forse, l'asciuttezza britannica del manifesto di Virginia Woolf.

Se fossi sufficientemente preparata sull'una e l'altra o, ancora meglio, se avessi avuto la ventura di incontrarle di persona mi divertirei ad inscenare un possibile dialogo tra le due, collocandole in un luogo tutto sommato neutro, ma significativo per la vita dei professionisti di oggi: farei sedere Virginia, rintanata nel suo cappotto color vinaccia e dietro la veletta del suo cappello, con un'agenda scura e un libro sotto braccio, a fianco di Elisa, vestita con un soprabito marrone, avvolta da una sciarpa rossa intorno al collo e appesantita da una tracolla nera ricolma di faldoni e carte, sul vagone di un treno veloce del primissimo mattino che, in poco tempo, attraversa l'Europa da nord a sud.

Seppur appartenenti a due realtà profondamente diverse, la saggezza posata della Woolf e l'animo combattente dell'Avv. Comani avrebbero trovato un punto centrale di contatto e di congiunzione in quel senso di responsabilità che permea decisamente il loro esser donne tra gli uomini e, ancor più, tra le donne del loro tempo.

Il desiderio di svolgere da donna, ma a fianco degli uomini, un ruolo in una classe forense com'era quella dell'epoca di Elisa, non è poi è cosa così diversa dalla continua ricerca e affinamento di quell'"intelletto androgino" che Virginia mutua dal genio di Coleridge. Elisa interagisce spesso, come documentato nel libro di cui parliamo, costruttivamente con colleghi, compagni di lotta politica, clienti, uomini appartenenti alle più disparate realtà sociali dell'epoca; Virginia non perde occasione di ricordare alle sue "allieve" che soltanto quando due forze contrarie, come quelle dell'animo maschile e femminile, si compongono in un'armonia di cooperazione spirituale, allora, e solo allora, la mente raggiunge il proprio massimo grado di fertilità e di capacità nell'uso di tutte le sue facoltà.

⁴ Il passo è tratto da un articolo di C. BENIAMINO riportato in GEC (E. GIANERI), *Tocchi e toghe. Gli avvocati nella caricatura*, Grandi Edizioni Vega, Torino 1956, p. 138, citato in F. TACCHI, *op. cit.*, p. 168.

Le vite di entrambe, sebbene seguendo vie profondamente diverse l'una dall'altra, si dedicano alla ricerca di una armonia tra i generi che non contempli più oppresse ed oppressori (o viceversa) ma che, pur difendendo strenuamente il proprio posto nel mondo, conduca le donne della società nuova a contribuire attivamente alla crescita sociale, culturale e giuridica in un contesto di scambio e di reciproco arricchimento tra i due sessi.

Una delle ragioni che mi hanno condotto ad approfittare di questo spazio per permettermi di consigliare alle mie amiche e colleghe di custodire nella "propria stanza tutta per sé" traccia di questi due testi è certamente, come già detto, la sconvolgente attualità dei loro contenuti.

Come si legge nel saggio di Francesca Tacchi, Giuditta Mariani, madre di Elisa ed altra grande intellettuale del suo tempo, nel 1906, rivolgendosi alle giovani donne di quegli anni, così scriveva:

Oggi la donna attende agli studi come gli uomini, e come gli uomini corre in cerca dell'impiego lucrativo. La società moderna ciò esige. [...] Alternando le fatiche dello studio con quelle dei lavori muliebri, si procurerà un conforto ed un sollievo grandissimo. [...] Le madri hanno l'obbligo di educare le loro figlie secondo che la società moderna richiede, hanno l'obbligo di insegnar loro come la donna possa guadagnarsi un pane onorato, fuori dalla famiglia, come possa godere delle gioie del lavoro stipendiato e quelle che derivano dalle vittorie dello studio; ma debbono pur sempre fornirle della capacità necessaria per dirigere bene la casa che più tardi le accoglierà spose⁵.

Virginia Woolf, come di seguito si riporta, concludeva nel 1929 la sua opera con una lucida, sobria ed estremamente efficace esortazione rivolta alle giovani universitarie di Cambridge:

Dovrei supplicarvi di ricordare le vostre responsabilità, di essere più elevate, più spirituali; dovrei ricordarvi quanto dipenda da voi, e quale influenza potete esercitare sul futuro. Ma credo proprio che queste esortazioni si possano lasciare all'altro sesso, che darà loro, come ha fatto spesso, una eloquenza più grande di quella che posso ottenere io. Frugandomi nella mente, non trovo alcun sentimento nobile riguardo al fatto di essere compagne e pari, e di indirizzare il mondo verso scopi più elevati. Mi sento invece di dire, brevemente e prosaicamente, che è molto più importante essere se stessi che non tutto il resto. Non sognate di influenzare gli altri, vi direi [...]. Pensate alle cose in se stesse. [...] La verità è che spesso le donne mi piacciono. Mi piace la loro mancanza di convenzioni. Mi piace la loro completezza. Mi piace la loro anonimità. [...] Mille penne sono pronte a suggerirvi cosa dovrete fare e quale effetto produrrete. Il mio suggerimento è invece un po' fantastico, devo ammetterlo, perciò preferisco esporvelo in forma romanzata. [...]⁶

⁵ G. MARIANI in G. MARIANI - A. PAIS (a cura di), *Introduzione a Manuale teorico-pratico per l'insegnamento dei lavori donneschi con un breve cenno storico dei medesimi ad uso delle scuole e delle famiglie*, Duce, Firenze 1906, in F. TACCHI, *op. cit.*, p. 165.

⁶ V. WOOLF, *op. cit.*, p. 117.

Il suggerimento "fantastico" è quello di riportare definitivamente in vita la sorella dimenticata di William Shakespeare, quella cui non sono state offerte eguali opportunità, quella che non ha avuto gli strumenti per uscire dall'ombra di un uomo ingombrante che l'ha condannata, seppur involontariamente, all'oblio, quella che meriterebbe ancora oggi di sentirsi cullata da quello che, già in tempi tutt'altro che sospetti, era il pensiero di Voltaire: «Le streghe hanno smesso di esistere quando noi abbiamo smesso di bruciarle»⁷.

Forse, parafrasando Voltaire, potremmo dire che le sorelle dimenticate sono uscite dall'oblio quando noi abbiamo smesso di nasconderle.

⁷ Mi sia permesso un riferimento alla fonte dello spunto, E. RANDAZZO, *Discriminazioni e processi alle streghe. Difesa delle donne dai loro difensori*, in S. ANDÒ - G. ALPA - B. GRIMALDI (a cura di), *I diritti delle donne nell'area del Mediterraneo. Civiltà a confronto, pari opportunità, identità e tutela delle differenze*, Atti del convegno internazionale, ESI, Napoli 2010, pp. 103 ss.

Anche il contumace nel “processo lumaca” ha diritto ad ottenere l’equo indennizzo per la violazione del termine ragionevole

Antonio Romano

Il secondo comma dell’articolo 2 della legge n. 89 del 2001 (c.d. legge Pinto)¹, prima della modifica avvenuta con il decreto legge del 22 giugno 2012 n. 83 (c.d. decreto sviluppo) convertito con modificazioni dalla legge n. 134 del 2012², indicava i criteri che il giudice dell’equa riparazione doveva applicare per accertare il mancato rispetto del termine ragionevole per la celebrazione del processo e, conseguentemente, la violazione dell’art. 6 della CEDU.

Tra questi rientravano, e in realtà rientrano anche dopo la riforma, la valutazione del comportamento tenuto dal giudice e dalle parti durante il giudizio

In verità, il previgente art. 2 della legge Pinto si applica *ratione temporis* a tutti i processi per l’equa riparazione che erano già pendenti al momento dell’entrata in vigore della nuova disciplina, avvenuta nel settembre 2012. Infatti, per espressa indicazione legislativa (art. 55, comma 2, d.l. n. 83), la normativa riformata trova applicazione esclusivamente con riferimento ai ricorsi depositati a decorrere dall’11 settembre 2012 (trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge n. 134/2012).

Partendo proprio dall’interpretazione della locuzione “comportamento delle parti” di cui all’art. 2, comma 2, della legge Pinto (*ante e post* riforma), in giurisprudenza si dibatte ampiamente circa la possibilità di riconoscere anche

¹ L’art. 2 della legge 24 marzo 2001 n. 89 (pubblicata in Gazz. Uff., 3 aprile 2001, n. 79) nella sua formulazione originaria recitava testualmente: «1. Chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all’articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione. 2. Nell’accertare la violazione il giudice considera la complessità del caso e, in relazione alla stessa, il comportamento delle parti e del giudice del procedimento, nonché quello di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o a comunque contribuire alla sua definizione. 3. Il giudice determina la riparazione a norma dell’articolo 2056 del codice civile, osservando le disposizioni seguenti: a) rileva solamente il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole di cui al comma 1; b) il danno non patrimoniale è riparato, oltre che con il pagamento di una somma di denaro, anche attraverso adeguate forme di pubblicità della dichiarazione dell’avvenuta violazione».

² Per un commento puntuale e completo della modifica legislativa si veda R. MARTINO - A. PANZAROLA (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 503 ss.

alla parte rimasta contumace nel processo durato irragionevolmente il diritto ad ottenere l'equo indennizzo. Il contrasto giurisprudenziale è stato aspro a tal punto che sulla questione sono intervenute, nel gennaio di quest'anno, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Con un primo orientamento giurisprudenziale era stata riconosciuta, già dal 2007, la sussistenza del diritto all'equa riparazione ai sensi della legge Pinto anche per il periodo in cui il ricorrente fosse rimasto contumace. La Corte concludeva in tal senso facendo leva sulla qualità di parte processuale che, anche secondo la migliore dottrina, deve essere pacificamente riconosciuta al contumace³.

In una successiva decisione del 2010, i giudici di legittimità avevano sostenuto che il debitore esecutato, il quale decida di non proporre opposizione all'esecuzione, è sicuramente parte interessata al giudizio e quindi legittimato ad ottenere l'equo indennizzo nascente dalla violazione del termine ragionevole. Interessante è il passaggio della motivazione con cui la sentenza equipara la posizione del debitore esecutato non opponente a quella della parte contumace nel giudizio di cognizione rafforzando, in tal modo, il principio giurisprudenziale per cui anche al contumace vada riconosciuto il diritto all'equa riparazione⁴.

Più di recente, nel 2012, la sez. VI della Corte di Cassazione, confermando l'insegnamento secondo cui la legittimazione attiva *ex art. 2 legge 89/2001* spetta a coloro che abbiano assunto la qualità di parte, ha riconosciuto anche al contumace il diritto all'equo indennizzo dal momento che «non può dubitarsi che il contumace sia parte del giudizio nel quale sia stato convenuto»⁵.

Infine con sentenza depositata il 21 febbraio 2013, n. 4387, la Suprema Corte (sez. VI), pur rigettando il ricorso, ha ribadito chiaramente il principio secondo cui il contumace, assumendo la qualità di parte processuale, ha sicuramente interesse alla definizione del processo in tempi ragionevoli ed è, conseguentemente, legittimato ad ottenere un equo indennizzo per la violazione dell'art. 6 CEDU⁶.

Diversamente, con sentenza depositata lo stesso giorno (21 febbraio 2013), la sez. II della Corte di Cassazione nella decisione n. 4474 aveva escluso, con altrettanta chiarezza e categoricità, la sussistenza del diritto del contumace ad ottenere l'equo indennizzo. Nella parte motivazionale del provvedimento si è ritenuto che il contumace non possa assumere la veste di parte danneggiata in quanto lo stesso, pur essendo parte processuale, non ha partecipato attivamente al processo durato irragionevolmente «dimostrandosi, in linea potenziale, incurante degli effetti di una possibile decisione negativa nei suoi confronti»⁷.

³ Cass. civ., sez. I, 12 ottobre 2007, n. 21508.

⁴ Cass. civ., sez. I, 2 aprile 2010, n. 8130.

⁵ Così Cass. civ., sez. VI, 14 dicembre 2012, n. 23153.

⁶ Cass. civ., sez. VI, 21 febbraio 2013, n. 4387.

⁷ Così Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 2013, n. 4474.

Nella medesima pronuncia, valorizzando il riferimento letterale al comportamento delle parti di cui all'art. 2 comma 2 legge Pinto (ante riforma), si è affermata la necessità di una preventiva costituzione in giudizio della parte danneggiata ribadendo come la Costituzione garantisca (soltanto) un comportamento attivo e partecipe del soggetto processuale.

Invero, simile orientamento di chiusura nei confronti del contumace si ritrova anche in altre pronunce nelle quali, con riferimento al particolare meccanismo processuale della successione a titolo universale *ex art. 110 c.p.c.*, i giudici non hanno riconosciuto in capo all'erede, che dopo la morte del *de cuius* non si sia costituito nel processo durato irragionevolmente, il diritto ad ottenere l'equa riparazione⁸.

Ancora, in un'altra pronuncia, richiamando ambigualmente una decisione a Sezioni Unite del 2004 (n. 1338/2004) la costituzione in giudizio viene addirittura qualificata come «premessa indiscutibile per una ragionevole operatività dell'intero sistema di cui alla legge n. 89 del 2001 non potendo operare, in difetto di tale costituzione, lo scrutinio sul comportamento delineato dall'art. 2 comma 2»⁹.

Sul punto, per risolvere la questione, sono ora intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la decisione n. 585 del 14 gennaio 2014.

Prendendo atto dell'esistenza dei due orientamenti esaminati e dell'incertezza giuridica creatasi nell'ordinamento, tale da compromettere il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale – come ricordato addirittura lo stesso giorno (21 febbraio 2013) erano state depositate due sentenze di legittimità a contenuto diametralmente opposto – il Supremo Collegio ha ritenuto di aderire al primo orientamento e, quindi, di riconoscere anche al contumace il diritto ad ottenere l'equo indennizzo.

Particolarmente interessante è il ragionamento logico-giuridico espresso nella pronuncia in commento.

Infatti per i giudici di legittimità non vi è alcun elemento letterale, tanto nell'art. 6 CEDU quanto nell'art. 2 legge Pinto (ante riforma), per escludere o limitare la tutela giurisdizionale a quella parte che nel processo durato irragionevolmente sia rimasta contumace. L'eventuale ed arbitraria esclusione del contumace – la cui scelta nell'ordinamento processualciviltistico italiano rappresenta una condotta legittima ed assolutamente non preclusiva dell'acquisto della qualità di parte – comporterebbe un'evidente lesione del principio della ragionevole durata del processo e, quindi, del più ampio principio del giusto processo tutelato e garantito tanto a livello costituzionale quanto a livello comunitario.

Confutando le argomentazioni di quell'orientamento secondo cui la contumacia impedirebbe al giudice di valutare il comportamento delle parti ai sensi

⁸ Cass. civ., sez. I, 10 luglio 2009, n. 16284; Cass. civ., sez. I, 4 novembre 2009.

⁹ Così Cass. civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13803.

dell'art. 2, comma 2, legge 89/2001, le Sezioni Unite affermano che in realtà anche la contumacia può influire, sia positivamente che negativamente, sui tempi di celebrazione del processo escludendo o implicando la necessità di alcune attività processuali, tanto da essere considerata “comportamento processuale” pienamente valutabile da parte del giudice dell'equa riparazione.

Inoltre, le Sezioni Unite precisano che la contumacia non può assolutamente essere aprioristicamente valutata come mancato interesse all'esito della controversia e alla sua durata, dal momento che le ragioni giustificatrici della mancata costituzione della parte possono essere di diversa natura.

Pertanto, la Corte conclude che la contumacia potrà sicuramente incidere sull'*an* e sul *quantum*, ma non costituire l'unico motivo sulla base del quale escludere il diritto all'equa riparazione.

L'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite rimane un sicuro indirizzo, per la sua logica e razionalità giuridica, alla luce della nuova disciplina della legge Pinto che rafforza l'interpretazione accolta.

Infatti, il legislatore del 2012, modificando sensibilmente l'impianto normativo, ha tassativamente previsto, nell'art. 2, comma 1-*quinquies* della l. 89/2001, le fattispecie nelle quali è escluso l'equo indennizzo. Tra queste non è indicata la contumacia della parte nel “processo lumaca” ed è da escludere che la mancata costituzione possa rappresentare *sic et simpliciter* un «abuso dei poteri processuali che abbia determinato un'ingiustificata dilazione dei tempi del procedimento»¹⁰.

¹⁰ Il comma 2-*quinquies* dell'art. 2 della legge Pinto, aggiunto dall'articolo 55, comma 1, lettera a), numero 2), del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, statuisce testualmente: «Non è riconosciuto alcun indennizzo: a) in favore della parte soccombente condannata a norma dell'articolo 96 del codice di procedura civile; b) nel caso di cui all'articolo 91, primo comma, secondo periodo, del codice di procedura civile; c) nel caso di cui all'articolo 13, primo comma, primo periodo, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28; d) nel caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione connessa a condotte dilatorie della parte; e) quando l'imputato non ha depositato istanza di accelerazione del processo penale nei trenta giorni successivi al superamento dei termini cui all'articolo 2-*bis*; f) in ogni altro caso di abuso dei poteri processuali che abbia determinato una ingiustificata dilazione dei tempi del procedimento».

Notizie sugli autori

Elena Borsacchi

Praticante avvocato del foro di Pisa.

David Cerri

Avvocato in Pisa. Consigliere della Scuola Superiore dell'Avvocatura e professore a contratto presso l'Università degli Studi di Pisa.

Mariangela Cianci

Avvocato in Nola.

Paolo Doria

Docente a contratto in Diritto civile presso la SSPL dell'Università degli Studi Padova.

Angelo Gasparro

Dottore in giurisprudenza, specializzato presso la Scuola di Specializzazione per le professioni legali dell'Università degli Studi di Bari.

Maria Carla Giorgietti

Avvocato in Milano e ordinario di Diritto processuale civile, di Diritto dell'arbitrato e di Diritto fallimentare presso l'Università degli Studi di Bergamo.

Nuria Rodríguez Gonzalo

Magistrato in Costa Rica.

Henrik Ligori

Procuratore aggiunto presso la Procura di Reati Gravi di Tirana.

Maria Beatrice Magro

Avvocato in Roma e professore di Diritto penale presso l'Università degli Studi Guglielmo Marconi di Roma e l'Università degli Studi di Cassino.

Alarico Mariani Marini

Avvocato in Perugia e componente del Consiglio Nazionale Forense e Vice Presidente della Scuola Superiore dell'Avvocatura.

Giovanni Pagano

Praticante avvocato del foro di Pisa.

Federico Puppo

Avvocato in Trento. Professore aggregato di Filosofia del diritto presso l'Università di Trento e segretario del CERMEG, Centro di ricerca sulla metodologia giuridica.

Daniela Quinto

Avvocato in Pisa.

Antonio Romano

Specializzato in professioni legali. Cultore della materia e dottorando di ricerca in teoria generale del processo presso la Libera Università Mediterranea di Casamassima (Ba).

Finito di stampare nel mese di settembre 2014
da Tipografia Monteserra S.n.c. - Vicopisano
per conto di Pisa University Press

