

## **CULTURA E DIRITTI**

**2**

**2012**



# **CULTURA E DIRITTI** **PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA**

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

**rivista trimestrale • anno I • numero 2 • aprile-giugno 2012**

Cultura e diritti : per una formazione giuridica / Scuola superiore dell'avvocatura, Fondazione del Consiglio nazionale forense, - Anno 1, n. 2 (aprile-giugno 2012)-. - Pisa : Pisa university press, 2012-. - Trimestrale

340.05 (22.)

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

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

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

Fondazione del Consiglio Nazionale Forense

Piazza dell'Orologio, 7 - 00186 Roma

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

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

**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

Numero chiuso in redazione il 12/9/2012

Hanno collaborato a questo numero: Francesco Agostinelli, Valentina Bazzocchi, Alessandra Bozza, Luciana Breggia, David Cerri, Paolo Doria, Rossana Ducato, Arianna Enrichens, Aurelio Gentili, Luca Licitra, Cesarina Manassero, Maurizio Manzin, Alarico Mariani Marini, Roberto Negro, Giulio Ramaccioni, Federica Resta, Umberto Vincenti

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

ISSN 2280-6334

ISBN 978-88-6741-024-8

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

# Indice

## **Formazione giuridica, formazione forense**

- 9 La formazione dell'avvocato civilista  
*Aurelio Gentili*
- 15 Conoscere il diritto europeo per investire nelle conoscenze  
*Alarico Mariani Marini*

## **Argomentazione e linguaggio**

- 21 La “svolta argomentativa” in Italia e il contributo della metodologia alla formazione del giurista pratico - Parte seconda  
*Maurizio Manzin*
- 29 La semplificazione del linguaggio giuridico negli atti processuali  
*Luciana Breggia*

## **Diritti umani e fondamentali**

- 39 Diritti, famiglie, processi (i diritti contro sé stessi)  
*Umberto Vincenti*
- 47 Convenzione Europea sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale  
*Valentina Bazzocchi*
- 55 Discriminazione per disabilità e diritti umani: un rapporto tormentato nell'uso del linguaggio giuridico e nel comportamento professionale  
*Cesarina Manassero, Arianna Enrichens*

## **Etica professionale e deontologia**

- 67 Insegnare l'etica delle professioni forensi attraverso le trame narrative: suggestioni dalla satira di Baltasar Gracián  
*Rossana Ducato*
- 77 Norme deontologiche e fondamenti della responsabilità  
*Luca Licitra*

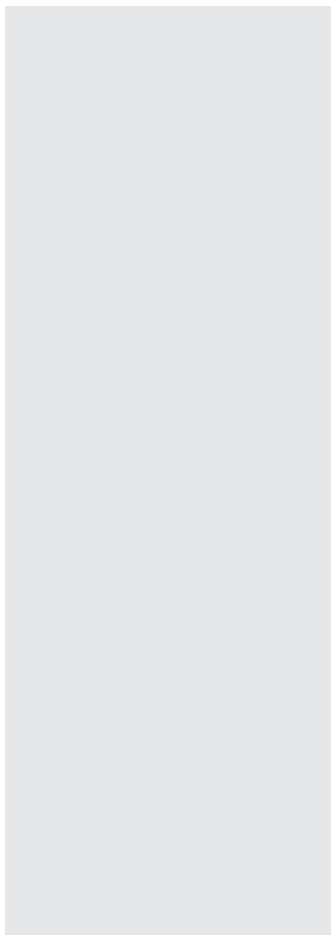
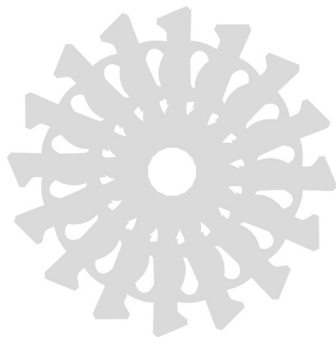
## **Approfondimenti**

- 85 L'avvocato e la famiglia: osservazioni metodologiche e casistiche sulla separazione personale e sulla crisi coniugale - Parte prima  
*Paolo Doria*
- 101 L'attuale regolamentazione dell'acquisizione sanante: l'art. 42-bis del d.p.r n. 327/2001. Una prima analisi della normativa vigente e degli orientamenti giurisprudenziali più recenti  
*Giulio Ramaccioni*
- 109 Preclusioni istruttorie e diritto a prova e controprova nei tre gradi del giudizio penale: spunti di riflessione per la difesa  
*Francesco Agostinelli*
- 119 I delitti, le pene e i diritti. Brevi note sul decreto-legge sul sovraffollamento nelle carceri  
*Federica Resta*

## **Cultura e professione**

- 131 Diritto e Letteratura  
*David Cerri*
- 139 L'ordinamento dell'isola che non c'è. Intersezioni e presagi tra diritto e letteratura: angoscia del futuro e futuro del diritto. Lineamenti di "diritto costituzionale" della distopia  
*Roberto Negro*
- 149 Recensione a *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello stato policentrico* di Domenico Notaro  
*Alessandra Bozza*
- 153 **Notizie sugli autori**

**FORMAZIONE GIURIDICA,  
FORMAZIONE FORENSE**







# La formazione dell'avvocato civilista

Aurelio Gentili

---

## Cultura civilistica e cultura giuridica

Si può racchiudere in una formula la ricetta per una buona formazione dell'avvocato civilista? Forse no. Ma se prescindiamo dai dubbi, azzarderei questa: sapienza non è informazione, potenza non è sapienza. Mi spiego.

Sapienza non è informazione. Certo, l'informazione serve, anzi è imprescindibile: nessuno può affrontare adeguatamente un caso se non conosce le normative, la giurisprudenza, la dottrina che lo concernono. Le normative soprattutto. Come teorizzava già Celso «incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, judicare vel respondere». E dunque l'avvocato deve possedere ogni volta l'informazione su tutta la normativa rilevante. Il che oggi non è problema da poco come ai tempi di Celso: il diritto dei romani del secondo secolo non aveva cinque codici di materia, una decina di codici di settore, parecchie centinaia di regolamenti e direttive, e centocinquantamila leggi in vigore. Diviso tra *jus publicum* e *jus privatorum*, ignorava il diritto internazionale, costituzionale, comunitario, antitrust, parlamentare, regionale, delle telecomunicazioni, dei consumatori, dell'informatica, delle Autorità indipendenti, dei marchi e brevetti, dell'intermediazione finanziaria, fallimentare, ecclesiastico, del terzo settore, penitenziario, della bioetica; e cinque o sei decine di riti civili, penali, amministrativi, del lavoro, agrari, monitori, speciali, camerali, abbreviati, comunitari, CEDU, internazionali, arbitrari, e quant'altro. Per non parlare delle innumerevoli giurisdizioni, nazionali, comunitarie, internazionali.

La sapienza era un tempo assicurata dal possesso del sistema: da diciotto secoli si ripete che il diritto è sistema. Grazie al sistema all'avvocato consultato su un problema era possibile, riservato più approfondito studio, dire che in base alle linee del sistema la soluzione del caso (salvi i particolari) non poteva che essere di un certo tipo. Ma in realtà il diritto – o meglio: le leggi – non è sistema (se lo è mai stato): dovrebbe esserlo. E infatti anche quando non constatano l'*ordo ordinatus* che sarebbe desiderabile, i giuristi, e quindi gli avvocati, cercano quell'*ordo ordinans* senza il quale, ritengono, non sarebbe possibile alcuna risposta corretta nei casi difficili, in cui il problema per natura fuoriesce dalla mera applicazione di un isolato articolo di legge.

Ora, in un "sistema" non-sistema, così ampio e frammentato, l'intera informazione è tanto funzionalmente necessaria quanto materialmente impossibile. Per poter dire di avere considerato tutto il materiale normativo rilevante per il caso l'avvocato dovrebbe conoscerne l'esistenza, e allora essere totalmente informato; ma per essere totalmente informato su un ordinamento così espansivo

e articolato dovrebbe consacrare ogni minuto della sua vita all'informazione, rinunciando anche alla professione.

### Cultura e informazione

Tutti già sappiamo quale spada tronca il nodo: la vera sapienza giuridica non sta nell'informazione integrale sulle norme, ma nel possesso di una distinzione. Altro è la cultura, altro l'informazione. Alla cultura del giurista non serve conoscere attualmente tutti i frammenti dell'insieme. Fedele al motto che la cultura è quello che resta quando tutto è dimenticato, egli sa che gli basterà procurarsi le informazioni nel momento in cui si riveleranno rilevanti. Ed è la cultura che gli consente di acquisire e selezionare le informazioni rilevanti per il caso. Il possesso di una cultura giuridica consentiva al civilista di non dipendere dall'attuale possesso di una totale informazione, e di procurarsela selettivamente caso per caso.

Effettivamente, fino alla metà del Novecento era così. Ma perché fino ad allora la cultura del civilista era la cultura basilare del diritto. Partendo da essa le altre branche sistemavano le loro categorie concettuali. Il diritto dei privati era al contempo due cose: era anche una parte dell'ordinamento, recante la disciplina specifica di certi rapporti, ma era comunque l'intelaiatura concettuale su cui si modellavano, certo con varianti e adattamenti, le altre discipline giuridiche. La storia degli ultimi due secoli – che vide nascere il diritto moderno con codici civili – aveva in ciò consolidato un'abitudine culturale formatasi con l'uso come *jus commune* del diritto civile. E la loro ideologia – che volendo l'autoreferenzialità del diritto lo vincolava alle sue categorie, nate come detto nell'alveo civilistico – ostacolava che altre se ne adottassero. Il giuspositivismo ha in tal modo fatto sì che per lungo tempo così fosse e così dovesse essere.

Ma la realtà è mutata.

È mutata nel particolare. In un cinquantennio la materia civilistica si è frantumata in molti pezzi, ciascuno dei quali ormai mescola competenze del tradizionale diritto dei privati a norme, principi, istituti, di diversa provenienza. Né il diritto privato offre più le basi concettuali della cultura comune: farebbe sorridere voler continuare a sistemare il provvedimento amministrativo come negozio giuridico pubblico, o classificare i gruppi e reti di imprese come persone giuridiche, o tentare di esaurire i problemi dei trattati internazionali nelle disposizioni di parte generale sui contratti. Per converso, nemmeno tutti i civilisti credono più al negozio, parlano di autorità private, foggiano la categoria dell'attività in luogo dell'atto, recepiscono gli interessi diffusi, completano i loro sistemi con il *soft Law*. Le tradizionali categorie civilistiche sono insomma divenute come le strade del quartiere in cui viviamo: sono note e rassicuranti, ma non portano lontano.

È mutata in generale. Il giuspositivismo è in declino. Il diritto vivente mangia spazio al diritto vigente. Strano ma vero, l'ordinamento non ha mai conosciuto tanto bisogno di integrazione come nel tempo dell'alluvione legislativa.

Continuamente nuovi fenomeni premono, e se ad essi sembrano sempre impari le categorie giuridiche generali, ancor più sembrano inadeguate le tradizionali categorie civilistiche. Il diritto, e il diritto civile, non hanno risposte pronte per i fallimenti del mercato, i problemi della bioetica, il terrorismo, l'organizzazione istituzionale di comunità transnazionali

Chiamati alla duplice impossibilità di estendere smisuratamente la loro informazione e di modificare la loro cultura, i civilisti – siano giudici, avvocati o studiosi – si dividono.

Alcuni si arroccano nella consolante certezza che la proprietà è un diritto, il contratto è un atto di volontà, e i fatti giuridici producono effetti giuridici. E se la realtà non è d'accordo vuol dire che sbaglia perché lo ha detto il legislatore.

I più invece fanno tesoro di un pragmatismo smalzato. Perché – diciamo – in definitiva per risolvere (per esempio) i problemi della transazione sull'obbligazione solidale non è indispensabile essersi chiariti se (per esempio) la delega gestoria ad un amministratore escluda la responsabilità penale degli altri per violazione delle leggi sulla sicurezza del lavoro.

Questo pragmatismo non è una fuga nell'empiria. Lo sostiene teoricamente la progrediente coscienza che la validità della soluzione giuridica è sì nella coerenza sistematica, ma non delle leggi, che coerenti e sistematiche non sono mai state, bensì del ragionamento su di esse, o meglio su tutte e sole quelle che l'interprete può giustificatamente dimostrare essere rilevanti per il caso.

### **Maggiore cultura giuridica, o altra cultura giuridica?**

Sotto questa coscienza – su cui è probabile che i più realisticamente consentano – c'è però un assunto su cui è probabile che i più dissentano. Perché se è così, e par difficile negarlo, allora il diritto non sta tanto nel dettato legale, quanto nella sua interpretazione. E la concreta conoscenza delle disposizioni fa certamente parte insopprimibile della necessaria informazione del giurista, ma non basta alla sua cultura. Non essendo – o solo in parte – nella legge, l'ordine concettuale con cui la si interpreta ed applica correttamente deve essere ricavato, almeno per il residuo, da un ulteriore apporto. Che – per esempio – concorra nel guidare il civilista che si occupa della disciplina del mercato, o della regolazione della bioetica, o dell'uso giuridico delle nuove tecnologie.

Sicché, alla cultura del giurista, e del civilista in particolare, è certamente utile e spesso necessario essere informato non solo sulle diverse parti della sua materia bensì anche sulle altre materie, ma è altrettanto e talora ancor più necessario possedere qualcos'altro, che gli permetterà di condurre un ragionamento incontestabile su quella parte del dettato legale che la sua cultura gli indicherà essere rilevante per il caso.

Insomma: a nuova realtà, nuova cultura. Conoscenza del diritto non è solo conoscenza delle leggi. È anche conoscenza della materia su cui le leggi si proiettano, che non le riceve in modo inerte.

Così, per un civilista adeguare la propria cultura al tempo presente non significa solo estendere la propria tradizionale cultura giuridica (il che come detto ha, di fronte all'esplosione del sistema, dell'impossibile), ma anche cambiarla.

Cambiare cultura però, quantomeno non è facile. Non si tratta tanto – per usare una metafora – di aggiungere un ricco nuovo lessico al proprio linguaggio, quanto di imparare altre lingue. Ma parlare correntemente altre lingue richiede di adottarne la mentalità. E questo può risultare molto difficile. Obbliga ad uscire dalla autoreferenzialità che per il giuspositivismo classico costituiva un valore ed anche un rifugio, e ad accogliere altre idee, altre mentalità, ripensando criticamente i dogmi secondo i quali per secoli ha operato.

È importante sottolineare a questo punto che la necessità di un'altra cultura – che qui si patrocina – non è un effetto di un ideologico nuovismo di chi scrive, è anzi nemmeno è nuova. Essa è sempre stata presente nella struttura del diritto, solo proprio l'ideologica autoreferenzialità del credo giuspositivista l'ha per lungo tempo oscurata. In un volume sull'interpretazione della legge scritto proprio mentre la necessità di un mutamento di cultura si rivelava, Giovanni Tarello ricordava che «è stata nel secolo scorso, è tuttora è, ideologia peculiare del ceto dei giuristi quella del c.d. positivismo giuridico, secondo cui tutto il diritto scaturisce solo da tutte le leggi; ma tale ideologia ha funzionato [...] senza però occultare il fatto che non tutta la disciplina del vivere sociale può reperirsi nell'insieme delle leggi» (G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano 1980, pp. 25 ss.). E ciò per quattro ragioni.

Alcune qui già dette. La seconda è la perenne incompletezza del dettato legale. La terza la sua incoerenza. La quarta che nel risolvere un caso non si può utilizzare l'intero discorso legale ed occorre ritagliarne un segmento appropriato, con una inevitabile opera di scomposizione e ricomposizione di cui dà giustificazione non la legge, che ne è oggetto, ma l'argomentazione.

Ma qui conta soprattutto la prima. E la prima è che non tutti i vocaboli – ma sarebbe giusto aggiungere non tutti i concetti – sono, né possono essere definiti nelle leggi. Perciò il loro senso deve essere ricavato *aliunde*. E quindi dalle culture politiche, filosofiche, economiche, scientifiche, che li forgianno, e che lo stesso legislatore servendosi del linguaggio che esse concorrono a plasmare, necessariamente implica.

Insomma: conserveremo il dovuto rispetto alla volontà del legislatore. Ma coscienti che non deve essere tuttora mitizzato un legislatore che disciplina l'“affitto dell'impresa”, o denomina “contraente” del contratto di assicurazione il solo assicurato; che la sua capacità di governare il mercato fa i conti con ciò che ci insegna l'economia, di regolare la vita con la bioetica, di assicurare l'ordine interno con la globalizzazione. Certo, il legislatore può comandare quel che vuole. Ma due più due non farà tre neppure se prescritto da norma imperativa, e non basterà legiferare sulla concorrenza per impedire che di fatto chi detiene posizioni dominanti vessi le controparti, né consentire la creazione di reti di imprese per rendere magicamente grandi i piccoli (tanto per fare degli esempi). Potenza non è sapienza.

Evidente il senso pratico di quanto appena detto. Per renderlo ancora una volta con un esempio, al civilista che si occupi del mercato darà meno ausilio l'informazione sul diritto processuale – sebbene conti – e più sulla teoria economica: più Akerloff che Allorio. Gli converrà guardare meno al prisma giuridico dell'ordinamento e più al sisma economico del momento. E altrettanto è a dirsi ovviamente degli innumerevoli altri esempi che si possono fare.

Ma questo – riconosciamolo – significa appunto rinunciare finalmente a quella autoreferenzialità della cultura giuridica che ha contrassegnato due secoli di giuspositivismo. Significa aprirsi con la stessa buona disposizione tanto agli apporti del diritto commerciale, pubblico, penale, costituzionale, comunitario, che a quelli dell'economia, della filosofia, della sociologia, delle scienze.

Tutti i giuristi sarebbero d'accordo che la parola del legislatore debba essere calata nella realtà e compresa ed applicata tenendone conto. Ebbene, non è dalla brutta realtà che otterremo le linee guida di una corretta interpretazione ed applicazione, ma dalla sua consolidata elaborazione sotto specie economica, sociologica, filosofica, epistemologica, scientifica. Alle volte, un libro di economia o filosofia o (perché no?) letteratura, ci servirà quanto l'ultima sentenza sulla materia del caso.

Intuisco l'obiezione: non si deve fare del civilista un tuttologo. Può darsi. Ma non è proprio il diritto che reca da millenni la pretesa di ordinare il mondo?



# Conoscere il diritto europeo per investire nelle conoscenze

Alarico Mariani Marini

---

È trascorso oltre un decennio da quando a Lisbona il Consiglio europeo fissò come obiettivo strategico per il decennio il passaggio ad una economia basata sulla conoscenza, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile, la piena occupazione ed una maggiore coesione sociale.

I sistemi di istruzione, di formazione e di informazione ai quali veniva riconosciuto un ruolo centrale nel progetto, si sarebbero dovuti adeguare alle esigenze della società dei saperi per offrire possibilità di apprendimento nelle diverse fasi della vita, e per impartire le nuove competenze rese indispensabili dalle rapide trasformazioni in atto.

Il traguardo allora fissato al 2011 è ancora lontano per l'Europa, e in particolare per l'Italia che nel primo decennio del nuovo millennio ha subito un concentrarsi di fattori negativi nella politica, nella economia ed anche nell'etica pubblica.

Di recente, tuttavia, nell'affannosa ricerca di una via di uscita dalle strette della crisi, si è riaperta una discussione sulla esigenza di investire nelle conoscenze, con una attenzione mirata alla cultura come fattore di sviluppo dell'economia e della società nel suo complesso.

Giustizia e diritto vi sono necessariamente e direttamente coinvolti, perché la rapidità dei mutamenti in corso in Europa ha investito, e in questo caso positivamente, il mondo del diritto aprendo una nuova stagione che, pur con innegabili difficoltà e resistenze, ha indicato nuove frontiere per un'Europa dei diritti non più soltanto spazio di mercato dominato da una economia senza regole.

I giuristi, e in particolare gli avvocati, sono perciò chiamati a nuove responsabilità in questa fase di trasformazione del diritto, con i riflessi che essa determina sulla domanda di giustizia e sulla effettiva tutela dei nuovi diritti della persona, e quindi anche ad una riconsiderazione dei caratteri culturali ed etici del proprio ruolo.

\* \* \* \* \*

Con il trattato di Lisbona che ha attribuito alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei trattati ed ha previsto l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si è definita una nuova dimensione culturale e giuridica nei rapporti tra gli stati europei, e si è compiuto un passo decisivo nella tutela dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

La nuova dimensione è culturale perché la cultura non è un sapere autonomo ma si fonde con l'economia, il diritto, la politica, cioè con saperi e prassi che oggi sono cambiati, e sono anch'essi travolti dalla crisi che ha colpito le società europee.

È infatti cambiato il diritto in Europa non soltanto per gli effetti della globalizzazione, ma soprattutto per il nuovo sistema delle fonti, per la crisi dello Stato legislatore, e per il riconoscimento dei diritti umani e fondamentali quali valori posti a fondamento dello stato di diritto e della democrazia.

L'avvocato è dunque chiamato ad agire in uno scenario dominato dall'impatto del diritto europeo sugli ordinamenti statali, nel quale la conoscenza del nuovo diritto e la consapevolezza della responsabilità che esso comporta per la professione forense sono condizioni per poter esercitare efficacemente un ruolo di garanzia per i diritti dei cittadini nel processo e nella società.

È stato infatti scritto che la effettività di questa tutela è oggi affidata in primo luogo ai giuristi e tra questi agli avvocati che si trovano nelle prime linee, ed ai magistrati ai quali spetta interpretare e applicare la legge alla luce dei nuovi principi.

È un ruolo non facile perché in esso si proiettano, da un lato, le inadeguatezze degli studi universitari, l'insufficienza della formazione professionale e una legislazione forense superata, e, dall'altro, i condizionamenti sulla indipendenza della professione che oggi i poteri dell'economia e della politica esercitano in forma più marcata e scoperta, con le resistenze che una società di mercato oppone ad una tutela effettiva dei diritti umani e fondamentali di ogni persona.

Il tema della conoscenza richiama inoltre necessariamente le attività di formazione dei giovani che aspirano alla professione legale e degli avvocati che già si trovano a ridosso di questa nuova frontiera.

Una formazione che deve porre al centro della riflessione non soltanto il nuovo diritto europeo e i suoi riflessi nella legge e nel processo, ma anche i doveri e le responsabilità dell'avvocato nel suo rapporto con la comunità.

\* \* \* \* \*

Occorre pertanto acquisire la consapevolezza di questa nuova dimensione del diritto, che ha avuto il suo sigillo normativo dal dicembre 2009 con il trattato di Lisbona, poiché con esso è sorto un nuovo sistema giuridico formato da norme e principi sovraordinati al diritto interno e che investono i principali settori della vita associata.

È un sistema regolato da un complesso di fonti normative e giurisprudenziali sul cui rapporto con il diritto dello Stato e con le corti nazionali è aperto un dibattito nella dottrina per stabilirne i limiti di efficacia nell'ordinamento interno. Ma, come spesso accade, e mi riferisco all'orientamento che si sta consolidando nella nostra giurisprudenza, è la concreta domanda di giustizia che



sta incalzando i giudici nell'adeguamento del diritto interno alle fonti europee, scavalcando i dibattiti dottrinali con la forza dei fatti.

Emerge pertanto in tale scenario come gli avvocati si trovino già immersi in un impegno che è culturale, tecnico ed etico allo stesso tempo.

Il dovere culturale della conoscenza si riflette infatti anche sulla qualità tecnica dell'attività professionale nel processo, ove l'interpretazione della legge conforme al diritto europeo e alla giurisprudenza delle corti di Strasburgo e di Lussemburgo costituisce ormai un passaggio obbligato per l'avvocato e per il giudice. Ciò significa che d'ora in poi, ma il tempo è già iniziato, la interpretazione della legge e la ricerca della regola applicabile al caso concreto e le stesse strategie processuali dovranno essere definite in questo quadro e tener conto del sistema del diritto disegnato dalle fonti e dalle corti europee.

Si delinea inoltre una più ampia nozione dell'etica professionale, che non è più soltanto riducibile alla minimalistica nozione di deontologia forense, tradizionalmente ristretta ai doveri inerenti al mandato professionale e alla condotta dell'avvocato nel processo, ma che è comprensiva delle responsabilità verso gli altri, anche estranei al processo, verso la comunità umana e le future generazioni, come ammonisce il preambolo della Carta di Nizza.

Si tratta oggi per l'avvocato di coniugare nelle scelte difensive i doveri inerenti al mandato con i doveri nascenti dalla responsabilità sociale della professione, doveri verso gli altri e verso la società, perché, come ha scritto il Nobel dell'Economia Amartya Sen, agire nell'interesse proprio o di un altro non è eguale ad agire nell'interesse di tutti gli altri.

Sono doveri che già erano individuati nel Codice deontologico degli avvocati europei del 1988 nel quale tra i doveri dell'avvocato era indicato il dovere verso la società per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato e degli altri poteri. Questi stessi doveri sono stati ribaditi dal CCBE nelle Linee guida del 2003, che esortavano gli avvocati consulenti di imprese ad orientarne le scelte affinché fossero rispettose dei diritti umani, e inseriti nel Codice deontologico forense nel 2006.

\* \* \* \* \*

Da queste sollecitazioni ad una nuova visione della funzione dell'avvocato emerge con ineludibile impatto sulla concretezza dell'agire come sia destinato a cambiare il rapporto dell'avvocatura con la società.

È un rapporto in crisi, perché è in crisi la funzione indipendente di garanzia dell'avvocatura anche per i condizionamenti dell'economia che si riflettono chiaramente nelle recenti riforme, e ciò ha offuscato i rilevanti tratti pubblicitici che caratterizzano la professione forense.

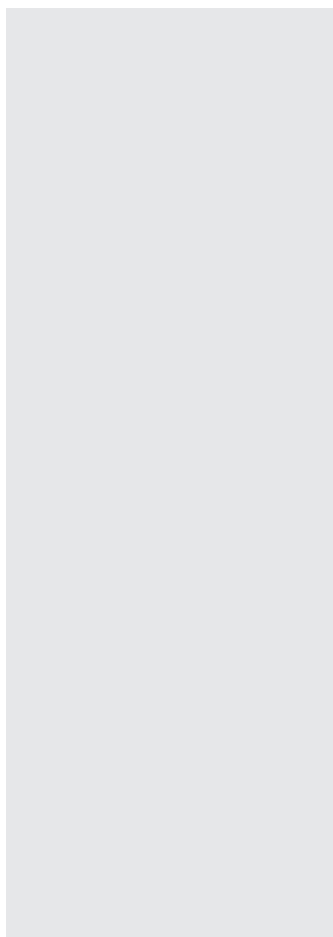
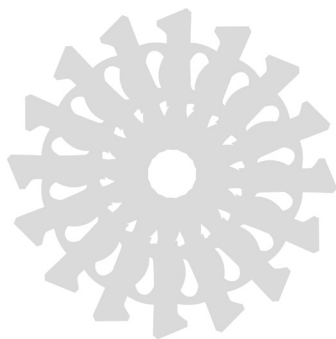
Mi riferisco, ad es., alla introduzione del socio privato non professionista nelle società professionali, al patto di quota lite, alla riduzione del periodo di tirocinio difficilmente ricollegabile all'esigenza di migliorare la qualità della professione.

E con riguardo al tirocinio si deve ancora una volta constatare l'indifferenza della classe di governo per la formazione degli avvocati, diversamente da quanto accade in altri Paesi europei e del mondo anglosassone, e il mancato riconoscimento dell'impegno che le istituzioni dell'avvocatura hanno dimostrato con concreti risultati in questi anni per la formazione dei giovani che aspirano alla professione e per l'aggiornamento degli avvocati.

L'avvocato, anche per i non esaltanti esempi enfatizzati dai media, è considerato dall'opinione pubblica come mero strumento di difesa di interessi particolari, e l'avvocatura, di riflesso, come un corpo autoreferenziale ripiegato nella difesa degli interessi di categoria, che ha abdicato al ruolo sociale di garante dei valori costituzionali e dei diritti umani.

Così non è, pur senza tacere le zone d'ombra che pure esistono, ma il dovere della conoscenza del diritto europeo, per i suoi riflessi nel processo e nel rapporto con la società, rappresenta anche un richiamo ad interpretare e difendere con coraggio i valori morali e i principi dello Stato di diritto enunciati nella Costituzione e nelle Carte dei diritti umani e fondamentali dell'uomo.

# ARGOMENTAZIONE E LINGUAGGIO





# La “svolta argomentativa” in Italia e il contributo della metodologia alla formazione del giurista pratico

Maurizio Manzin

---

## *Seconda Parte*

### La “svolta argomentativa” in una prospettiva di rigore metodologico

L'apertura, ad oggi soltanto parziale, del positivismo giuridico all'*argumentative turn* presenta un risvolto molto interessante dal mio punto di vista: essa, infatti, tende a spostare l'attenzione del filosofo-giurista dal campo del diritto codificato alle attività del giudice. Si potrebbe dire che gli 'eroi' del diritto non sono più ormai soltanto il legislatore, lo stato, il *law in the books*. In misura maggiore o minore, ora assume importanza anche il momento e il luogo in cui noi effettivamente conosciamo le norme: quello della loro applicazione – cioè il processo, che è il maggior contesto semantico del linguaggio giuridico.

In Italia i giuristi che più fortemente hanno indicato nel processo (e “non” nelle norme) il fulcro dell'esperienza giuridica sono stati soprattutto Giuseppe Capograssi, Salvatore Satta ed Enrico Opocher<sup>1</sup>. Si tratta, occorre dirlo, di autori che hanno combattuto tenacemente il positivismo giuridico formalista, anche se da prospettive diverse. Capograssi ed Opocher in particolare, entrambi filosofi del diritto *ex professo*, hanno utilizzato una prospettiva influenzata dalla filosofia esistenzialistica, caratterizzata dall'individuazione, nel diritto, di un valore essenziale della convivenza umana. Il diritto, insomma, non è un elemento neutro, ma ha una valenza assiologica positiva. (Per la verità anche uno studioso italiano molto autorevole come Sergio Cotta ha dedicato i suoi studi al valore esistenziale del diritto<sup>2</sup>, ma non si può affermare che la sua sia

---

\* La prima parte dell'articolo è stata pubblicata nel precedente n. 1/2012 di questa Rivista, pp. 63-67.

<sup>1</sup> Di questi autori segnalo corsivamente: G. CAPOGRASSI, *Opere*, Giuffrè, Milano 1959-1990; S. SATTA, *Il giorno del giudizio*, CEDAM, Padova 1978; E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Cedam, Padova 1983 e ID., *Lezioni metafisiche sul diritto*, CEDAM, Padova 2005. Sul processualismo opocheriano v. in particolare F. CAVALLA, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, CEDAM, Padova 1991 e M. MANZIN, *Per un'interpretazione retorica della verità processuale di Enrico Opocher (1914-2004)*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1/2006, pp. 41-53.

<sup>2</sup> In proposito v. principalmente S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza: linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano 1991.

una filosofia del diritto “espressamente” processualista). Forse, però, proprio l’accento esistenzialista di codeste filosofie è stato la ragione che ha impedito un contatto più diretto e fecondo con i sostenitori del positivismo giuridico, maggiormente inclini a confrontarsi con teorie antiformalistiche come la *nouvelle rhétorique* o l’ermeneutica giuridica, in quanto meno “compromesse” con la metafisica.

È in questo contesto che si trova ad operare, dalla metà degli anni Settanta, Francesco Cavalla, allievo di Enrico Opocher (e, sotto molti aspetti, di Sergio Cotta) nell’Università di Padova. Apertamente contrario alle *natural law theories*, da lui qualificate come razionaliste e dogmatiche, Cavalla sviluppa un pensiero originale che pone il suo *focus* sulla logica della decisione nel processo<sup>3</sup>. Egli, infatti, contesta agli autori della *argumentative turn*, e a Perelman in particolare, la mancanza di una teoria rigorosa sulla razionalità dell’argomentazione. La persuasione, secondo Cavalla, non è una questione fattuale (psicologica, emotiva), ma “metodologica”. È necessario individuare una logica della persuasione che possa produrre ragionamenti razionalmente controllabili, così come sono razionalmente controllabili i risultati delle dimostrazioni. Questa logica viene individuata da Cavalla nel pensiero classico: in autori come Platone, Aristotele, Sant’Agostino e, in seguito, Cicerone e Quintiliano. Tra la metà degli anni Settanta e gli anni Novanta, Cavalla approfondisce i suoi studi sulla dialettica, sulla topica e sulla retorica, producendo diverse pubblicazioni al riguardo; nella fase avanzata di questo processo di elaborazione teorica, sulla scorta dell’interesse mostrato dalla classe forense, due fra i suoi allievi decideranno d’indirizzare le loro ricerche in questa direzione, iniziando una stagione tuttora fiorente di collaborazioni con i giuristi pratici nel campo della formazione. Nel 2004 è fondato nell’Università di Trento il CERMEG (*Centro di ricerche sulla metodologia giuridica*), che si dedica espressamente allo studio della logica giuridica e della retorica forense in ambito italiano e internazionale<sup>4</sup>.

Le attività di questo Centro producono una novità nel campo dei *legal studies*, introducendo nell’analisi del ragionamento giuridico non “solo” le attività

<sup>3</sup> Per una bibliografia a dir poco minima v. specialmente F. CAVALLA, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, CEDAM, Padova 1996; ID. (a cura di), *Retorica processo verità*, Franco Angeli, Milano 2007; ID., *Al tramonto della legge. Alle origini del diritto*, Iovene, Napoli 2011.

<sup>4</sup> Una breve caratterizzazione della filosofia del diritto secondo il pensiero di Francesco Cavalla e i successivi sviluppi del CERMEG si trova in M. MANZIN, *Del contraddittorio come “principio” e come “metodo”*, in ID. - F. PUPPO (a cura di), *Audiat et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 4-21 (10 ss.), nonché ID., *Per un approccio multidisciplinare allo studio del principio di non contraddizione*, in F. PUPPO (a cura di), *La contraddizione che noi consente. Forme del sapere e valore del principio di non contraddizione*, Franco Angeli, Milano 2010, pp. 9-20 (15 ss.). Più estesamente, sulla natura retorico-dialettica del processo, v. P. MORO, *La via della giustizia. Il fondamento dialettico del processo*, Libreria al Segno, Pordenone 2004.

razionali proprie del giudice nel momento finale della decisione, ma anche quelle degli "altri" soggetti del processo, a cominciare dagli avvocati. Poiché, infatti, il modello logico è quello della dialettica, in cui la formazione del ragionamento inizia e si sviluppa dai discorsi delle parti che sostengono opinioni contrastanti, non sembra corretto limitare il controllo di razionalità alla sola decisione. Per questo motivo il CERMEG inizia una serie di collaborazioni e sperimentazioni con le associazioni professionali degli avvocati come non era mai accaduto in passato<sup>5</sup>.

Le condizioni pragmatiche che contraddistinguono il processo di formazione della verità retorica sono, naturalmente, dissimili da quelle proprie dei procedimenti formali ed empirici<sup>6</sup>. Nelle scienze teoriche e sperimentali il contesto del ragionamento è "monologico" (durante le dimostrazioni e gli esperimenti non è ammessa la discussione sugli assiomi e i protocolli adottati); le premesse hanno un carattere "stipulativo"; il linguaggio è rigidamente "formalizzato" nel suo contenuto semantico. Al contrario, il contesto retorico è strutturalmente "dialogico"; le premesse sono "opinative"; il linguaggio è quello "naturale", cioè semanticamente "vago".

In sostanza, il linguaggio della scienza è un linguaggio i cui termini hanno significati stabiliti mediante definizioni nominali (per esempio "punto" o "numero"); questo significato non viene mai messo in discussione durante lo svolgersi della dimostrazione; infine, questo significato ha natura convenzionale ed è finalizzato all'ottenimento di determinati risultati pratici. Per esempio, lo scienziato può assumere la definizione di "luce" come onda elettromagnetica oppure come corpuscolo (opposte fra loro), a seconda del tipo di destinazione delle sue operazioni. Tuttavia, una volta assunta una definizione, non può interrompere le sue operazioni introducendo la definizione contraria.

Diversamente, il retore utilizza per le sue operazioni logiche termini i cui significati non sono il frutto di definizioni nominali, ma sono "trovati" già associati a certi significati che sono riconosciuti in un contesto spazio-temporale

---

<sup>5</sup> Sotto la direzione scientifica del CERMEG, ogni anno si svolgono a Trento nel mese di giugno le *Giornate Tridentine di Retorica*, giunte nel 2011 alla loro undicesima edizione. Nell'occasione, esperti di metodologia giuridica, magistrati, avvocati e professori delle discipline giuridiche discutono su temi di attualità in ambito logico-giuridico e processuale. Gli studi principali del Centro sono raccolti nella collana *Acta Methodologica* (Giuffrè, Milano). Per informazioni aggiornate sulle attività del Centro e sulle pubblicazioni si consulti il sito internet: [www.cermeg.it](http://www.cermeg.it).

<sup>6</sup> Diffusamente su ciò F. PUPPO, *Vagueness of language and judicial rhetoric*, in F.H. VAN EEMEREN ET AL., *Proceedings of the 7th Conference on argumentation of the International society for the study of argumentation, Amsterdam, June 29-July 2, 2010*, Rozenberg/Sic Sat, Amsterdam 2011, pp. 1583-1595. L'abstract della relazione è (ad oggi) consultabile alla url: [http://cf.hum.uva.nl/issa/conference\\_2010\\_abstracts\\_P.html/](http://cf.hum.uva.nl/issa/conference_2010_abstracts_P.html/). Cfr. anche M. MANZIN - P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense: il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Giuffrè, Milano 2006.

più o meno ampio (per esempio “abito appropriato” nel contesto di una conferenza può includere o meno la cravatta, ma non una cravatta allacciata sul collo senza la camicia, benché nessuna definizione sia stata formalmente stipulata in proposito). Questi termini, poi, possono essere costantemente rimessi in discussione nel corso dell’operazione logica (p. es. si potrebbe obiettare che una cravatta regolarmente allacciata al colletto di una camicia, ma ornata con disegni frivoli e molto vistosi, non sia ammissibile come “abito appropriato” per una conferenza). Dunque, la fluttuazione semantica deve essere governata dal retore, che in ogni punto dell’operazione logica deve giustificare le sue scelte. La questione è: “come” può farlo? Qual è il “metodo” più indicato?

Tutti sappiamo che la risposta delle teorie argomentative è: mediante le “forme argomentative” (*forms of argumentation*: v. per esempio PATTERSON)<sup>7</sup>. Ora, l’uso delle “forme” produce, se efficace, la “persuasione”; questo però non significa che esso produca anche “verità”. Il problema diventa chiarissimo quando si creano conflitti tra le “forme”: quale criterio, in questo caso, obbliga a scegliere una forma piuttosto di un’altra, che non sia quello della semplice efficacia? (Nell’esempio precedente, quello della cravatta: perché attenersi a criteri di “appropriatezza” basati sull’abbigliamento standard? Si potrebbe, infatti, opporre alla “forma” della consuetudine quella dell’eccezione documentata, come avviene, tipicamente, nell’*overruling*. E allora anche una cravatta molto sgargiante, usata in qualche analoga occasione precedente – magari da un matematico un po’ originale – potrebbe essere rivendicata come affatto “appropriata” ad una conferenza). Se la scelta del criterio argomentativo dipendesse semplicemente dall’effetto pratico desiderato, allora l’operazione retorica rischierebbe di ridursi – come ho detto in precedenza – ad una specie di empirismo utilitaristico, rinunciando a qualsiasi autentica valenza cognitiva.

Se, invece, vogliamo davvero gettare un ponte fra le “due culture” (quella “retorica” e quella “logica”, separate dai tempi di Cartesio), dobbiamo trovare un criterio di verità da associare all’uso delle “forme argomentative”<sup>8</sup>. Cavalla, sulla scorta di Aristotele, ritiene che questo sia possibile qualora si intenda come “vero” ogni ragionamento le cui conclusioni non trovino opposizioni logicamente consistenti nel contesto spazio-temporale in cui si svolge<sup>9</sup>. Tale consistenza logica, esattamente come nei ragionamenti deduttivi o empirici, è governata dal principio di non contraddizione: se ho assunto la o le premesse “p”, non posso rifiutare la conclusione “q”, indipendentemente dal fatto che la premessa sia assiomatica o non assiomatica. L’unica differenza consiste nel

<sup>7</sup> D. PATTERSON, *Law and Truth*, Oxford University Press, New York 1996. Ho curato l’edizione italiana dell’opera (*Diritto e verità*, Giuffrè, Milano 2010) corredandone la traduzione con un ampio saggio introduttivo su «La verità retorica del diritto».

<sup>8</sup> Ne discuto in M. MANZIN, *La verità retorica del diritto*, cit., pp. IX-LI.

<sup>9</sup> F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in Id. (a cura di), *Retorica Processo Verità*, cit., pp. 17-84.



fatto che le conclusioni ottenute da premesse assiomatiche, essendo “astratte”, durano sinché è accettata (e non discussa) la definizione nominale, mentre le conclusioni retoriche devono essere difese ogni volta che siano messi in dubbio i significati dei termini (per esempio se “p” = cravatta in una conferenza, allora “q” = appropriata; ma ora “p” = cravatta allacciata sul collo, oppure ornata con figure frivole e vistose: dunque occorre riformulare il significato di “appropriatezza” per mantenere la coerenza fra premesse e conclusione).

Il variare delle premesse possibili non rende il ragionamento retorico “meno logico” (e controllabile) di un ragionamento formale: in entrambi i casi la verità è fondata sulla “non contraddizione”.

### La “sfida educativa” della formazione forense

In occasione della presentazione delle attività del CERMEG all'estero (*International Society for the Study of Argumentation*, 7th Conference, Amsterdam 2010)<sup>10</sup>, ho provato a sintetizzare i tratti peculiari della teoria argomentativa retorica nella forma di un “ettalogo”, in modo tale che risultasse evidente, ancorché *per puncta* molto generali, quali fossero le novità e le potenziali implicazioni che la contraddistinguono rispetto ad altre teorie. Lo ripropongo ora in questa sede:

- 1) Il rigore delle conclusioni retoriche, poiché è garantito dal principio logico di non contraddizione, ha la stessa natura di quello delle dimostrazioni: esso consiste nell’“innegabilità delle conclusioni rispetto alle premesse”.
- 2) La verità retorica “non si basa su un ‘fatto’ psicologico”: la persuasione è il prodotto di un’operazione “logica” (come riteneva lo stesso Aristotele); diversamente, si dovrebbe parlare non più di “retorica” ma di “sofistica” (cioè persuasione senza verità: penso p. es. a certi sviluppi della psicologia forense).
- 3) Non è vero, come afferma Perelman, che un ragionamento il quale utilizza premesse probabili determina esclusivamente conclusioni probabili: se vi è coerenza fra conclusioni e premesse, allora il risultato non è “probabile” ma è “certo”, sia pure entro un contesto determinato.
- 4) Se è così, non vi è motivo di mantenere una separazione assoluta fra le “two cultures” (scientifica e retorica): anche la retorica utilizza operazioni razionali, anche la scienza utilizza forme argomentative (p. es. quando discute la scelta delle premesse, attribuisce maggior o minor autorevolezza a una rivista scientifica o a un team di ricercatori, indica la preferibilità di certi risultati ecc.).

---

<sup>10</sup> Cfr. M. MANZIN, *Rhetorical vs. syllogistic models of legal reasoning: the Italian experience*, in *Proceedings of the 7th Conference of the International Society for the Study of Argumentation*, cit., pp. 1165-1174. L’abstract della relazione è (ad oggi) consultabile all’url: [http://cf.hum.uva.nl/issa/conference\\_2010\\_abstracts\\_M.html](http://cf.hum.uva.nl/issa/conference_2010_abstracts_M.html).

- 5) Poiché le premesse della retorica sono individuate entro concreti contesti discorsivi, le sue operazioni logiche sono maggiormente aderenti ai reali *states of affairs*, e quindi si prestano ad essere applicate e sperimentate; per questo motivo la razionalità retorica trova l'ambiente ad essa più favorevole in tutti i campi non formalizzati dei *public discourses* (politica, economia, diritto ecc.).
- 6) L'uso dell'argomentazione retorica è funzionale alla "formazione culturale" del giurista europeo e alla sua *identità*, poiché affonda le sue radici nella tradizione greco-romana e medievale: che è poi quella della razionalità del diritto, dominante in Europa sino alla moderna affermazione del volontarismo giuridico legalista e formalista.
- 7) Per tutte queste ragioni, l'argomentazione retorica è particolarmente adatta agli scenari del terzo millennio, dal momento che essa respinge tanto il "dogmatismo" (che impone le premesse senza ammetterne la discussione), quanto il "relativismo assoluto" (che ritiene qualsiasi premessa potenzialmente uguale a tutte le altre): questi due *approaches* consegnano di fatto le decisioni alla "forza" di chi può imporre la propria opinione, mentre la retorica mantiene aperto il rapporto intersoggettivo (etico, politico, economico, giuridico ecc.) alla discussione razionale.

I punti di questo "ettalogo" possono essere visti anche come il compendio di diversi indirizzi di lavoro, da condurre nei diversi settori della metafisica, della logica, della storia della filosofia, dell'epistemologia, della teoria del diritto e della dottrina giuridica in tutti i suoi rami, per nominare solo i settori principali. Si tratta di discipline in cui le specifiche competenze potrebbero convergere nell'indagine di ogni singola proposta dell'"ettalogo".

I vantaggi di un approccio retorico alla teoria argomentativa in ambito giuridico riguarderebbero in particolare due aspetti: la "critica al formalismo" (caratteristico di tutti i modelli analitico-deduttivi del ragionamento giuridico, i quali si sono rivelati poco o per nulla applicabili alle concrete situazioni processuali) e l'"alternativa all'indeterminatezza" (caratteristica di tutte le teorie pan-interpretative, le quali sovraccaricano la funzione giudiziale, enfatizzando esclusivamente o quasi il ruolo del giudice decisore). Inoltre la metodologia retorica avrebbe il merito di riportare gli "altri" attori del processo – e l'avvocato in particolare – nell'orbita della formazione del giudizio, attribuendo al difensore una funzione concorrente di essenziale valenza cognitiva, nello spirito peraltro delle Carte europee e della stessa Costituzione italiana, le quali gli riconoscono un ruolo di rappresentanza sociale e di baluardo nei confronti dei poteri costituiti.

In Italia una via in questa direzione è stata aperta dal CERMEG, che ha colto la "svolta argomentativa" declinandola in ambito "metodologico" prima, e "didattico" successivamente, trovando un interlocutore massimamente autorevole nella Scuola Superiore dell'Avvocatura del CNF. Nello sforzo di colmare il divario fra la preparazione universitaria e la pratica professionale, ci siamo chiesti se l'insegnamento della metodologia forense non potesse costituire un

valore aggiunto, poiché il metodo retorico è connaturato a un contesto eminentemente pratico (la controversia) e si alimenta di discorsi condivisi, ma allo stesso tempo esige capacità teoriche di organizzazione degli argomenti e di connessione logica in vista di conclusioni che resistano alle obiezioni (servano, cioè, a “difendere”)<sup>11</sup>.

Articolandosi in questo passaggio teoria/prassi, la metodologia tende a diventare non soltanto il “risultato” di un processo formativo – una materia fra altre (come il diritto civile, penale ecc.) che viene impartita modularmente nelle scuole forensi o in quelle di specializzazione – ma lo “strumento” per mezzo del quale il processo formativo, finalizzato alla prassi forense, viene realizzato. Come abbiamo compreso dopo i primi anni di esperienze con le scuole degli Ordini, l’impatto dell’insegnamento della retorica forense tende per sua natura a ‘vascolarizzarsi’ nei vari strati della didattica forense, al punto che in qualche caso sono stati gli stessi studenti delle Scuole a manifestare l’esigenza ulteriore di una “didattica retoricamente orientata” per le singole discipline legali. In sostanza, ci si è resi conto che la formazione retorica non è tanto una formazione “alla” retorica, quanto soprattutto una formazione “mediante” la retorica. Il che poneva immediatamente un problema meta-didattico, cioè di “formazione dei formatori”: è chiaro, infatti, che la possibilità d’impartire l’insegnamento delle discipline specialistiche secondo modalità didattico-argomentative di tipo retorico implica il padroneggiamento di una metodologia che, normalmente, non è a disposizione del singolo docente (avvocato o professore che sia).

Personalmente ritengo che siamo ancora in una fase preliminare, nella quale occorrerebbe, appunto, “formare i formatori” – ossia i docenti delle scuole forensi e di specializzazione, dei corsi di aggiornamento ecc. – ad una “macrometodologia” retorica, consistente nei fondamentali della disciplina. In uno stadio successivo si porrebbe l’esigenza di generare “micrometodologie” mirate (per il diritto civile, penale, amministrativo, del lavoro ecc.), basandosi sul *feedback* degli specialisti già avviati all’uso “generalista” della retorica forense. Un lavoro che sarebbe possibile soltanto nella costante interazione fra i teorici professionisti (normalmente gli accademici) e i giuristi pratici: da qui l’opportunità di creare ambienti favorevoli a questa osmosi fra metodologi e operatori forensi.

Si tratta di una “sfida educativa” piuttosto interessante, la quale tuttavia è condizionata dall’elementare principio alchimistico secondo cui “per fare l’oro

---

<sup>11</sup> Con riferimento alla metodologia forense e alla didattica v. spialmente M. MANZIN - P. MORO (a cura di), *Retorica e deontologia forense*, Giuffrè, Milano 2010; P. MORO, *Didattica forense. La formazione retorica dell’avvocato*, Libreria al Segno, Pordenone 2009; ID. (a cura di), *Scrittura forense. Manuale di redazione del parere motivato e dell’atto giudiziale*, UTET, Torino 2008; ID., *Educazione forense, Sul metodo della didattica giuridica*, EUT, Trieste 2011; M. MANZIN, *Il cinismo giudiziario e le virtù del metodo*, in P. MORO, *Scrittura forense*, cit., pp. 1-3; ID., *La formazione dei formatori: come si insegna nel “ginnasio forense”*, in P. MORO, *Educazione forense*, cit., pp. 23-34.

ci vuole dell'oro". Mi spiego meglio. Tutta l'articolazione del processo formativo qui delineato – apprestamento di ambienti osmotici, macro-metadidattica, micro-metadidattica, didattica forense di base – può avviarsi se “già” sussiste una ricettività sufficiente: un codice condiviso, senza il quale il messaggio “necessità della retorica forense” non può passare. E questo codice condiviso consiste in un atteggiamento “culturale” che non può essere dato per scontato, soprattutto dopo secoli di dominio legalista e formalista in ambito accademico e giuridico. Il primo assillo di un didatta forense dovrebbe dunque essere quello della diffusione di una “cultura dell'avvocatura” basata sull'identità del giurista europeo (la quale ha radici indiscutibilmente classiche), mentre il trend prevalente sembra oggi piuttosto quello della crescente tecnicizzazione e specializzazione. Questa situazione è dovuta a cause di natura profonda: essenzialmente, si tratta del radicamento di un “pensiero tecnico” connotativo della modernità, denunciato fra gli altri da Martin Heidegger, che non è possibile discutere in questa sede<sup>12</sup>. Ciò che rileva ai nostri fini è che nessun duraturo processo formativo di alto livello potrà essere realizzato, se non con un'adeguata preparazione del terreno basata sulla diffusione di elementi culturali concorrenti alla definizione identitaria dell'avvocatura.

Ben venga, dunque, l'iniziativa della Scuola Superiore dell'Avvocatura del CNF volta a integrare la preparazione accademica e professionale con iniziative espressamente finalizzate a costruire la fisionomia dell'“avvocato europeo”, fra memoria della classicità e tutela dei diritti. Per parte nostra – cioè degli studiosi che si raccolgono sotto l'egida del CERMEG – forniremo volentieri il nostro appoggio per ciò che riguarda i profili metadidattici e metodologici della formazione, nella ferma convinzione che e gli uni e gli altri (gli elementi “culturali” e gli elementi “metodologici”) costituiscono l'orizzonte unico della “retorica forense” e la base indispensabile per ogni ulteriore considerazione di carattere deontologico.

---

<sup>12</sup> Ne ho trattato estesamente in: ORDO IURIS. *La nascita del pensiero sistematico*, Franco Angeli, Milano 2008.

# La semplificazione del linguaggio giuridico negli atti processuali

Luciana Breggia

---

## La ricchezza babelica

Vorrei partire da un'icona, che conoscete tutti: la Torre di Babele<sup>1</sup>. In particolare penso alla splendida immagine di Bruegel il Vecchio che si trova nel Museo di Vienna<sup>2</sup>.

È un'icona che può richiamare vari significati. In senso figurato e nell'accezione comune rappresenta la confusione: Dio infatti avrebbe distrutto la torre per punire gli uomini che osavano cercare di raggiungerlo, separandoli con una lingua improvvisamente non più comune che non consente loro più di capirsi. A me però piace richiamare una corrente esegetica che dà una lettura un po' diversa da quella dominante: la distruzione avviene proprio perché gli uomini, affaticati intorno all'opera, parlavano "una sola lingua"; sarebbe dunque un "comandamento della diversità": non dovremmo parlare di confusione babelica, ma di ricchezza babelica; la pluralità delle idee, delle lingue e dei valori è una ricchezza.

Questa è l'idea di cui si nutre l'esperienza degli Osservatori sulla giustizia civile che nasce dalla collaborazione e lo scambio di soggetti che parlano "diverse lingue": magistrati, avvocati, funzionari di cancelleria e professori universitari<sup>3</sup>.

È naturale quindi che il tema di questo articolo sia da tempo caro agli Osservatori che si sono dedicati in modo particolare al processo, cioè al luogo dove si parlano queste diverse lingue: il processo, è stato detto e ripetuto, è essenzialmente *parola*, ha natura linguistica: non a caso *ius* vuol dire inizialmente "formula consacrata" e *iudex*, da *ius* e *dico*, è colui che può "dire" il diritto. Certo, la comunicazione che si attua nel processo è legata anche ai linguaggi non verbali, ma è impossibile negare il ruolo particolare della parola, parlata e scritta. Questo spiega perché, nell'ambito dell'elaborazione e sperimentazione delle prassi migliori processuali, non poteva mancare l'attenzione alle "buone prassi linguistiche".

---

<sup>1</sup> Il riferimento biblico è a Genesi XI, 1-9.

<sup>2</sup> Torre di Babele, Bruegel il Vecchio, 1563 (Kunsthistorisches Museum di Vienna).

<sup>3</sup> Per chi volesse saperne di più rimando al volume collettivo *Gli Osservatori sulla la giustizia civile e i protocolli d'udienza*, con prefazione di G.M. FLICK, curato dall'avv. G. BERTI ARNOALDI VELI, segretario del Consiglio dell'ordine degli Avvocati di Bologna e direttore della Fondazione C.M. Verardi, recentemente pubblicato dalla casa editrice il Mulino.

## Le buone prassi linguistiche

La tendenza al continuo mutamento del rito degli ultimi tempi ci ha indotto in modo particolare a concentrare lo sforzo su quel sostrato culturale che, con questa o quella norma, sarà sempre necessario se si persegue l'obiettivo di un buon funzionamento del processo.

Il tema della motivazione è emblematico: infatti già il codice del 1940 conteneva disposizioni in tema di motivazione di provvedimenti e sentenze che per lo più costituivano un invito alla concisione (art. 132 c.p.c.; art. 118 disp. att. c.p.c.). Se abbiamo scritto le “sentenze trattatello” per tanti anni è stato dovuto a spinte essenzialmente culturali. Ed è un movimento essenzialmente culturale quello che, da qualche anno, cerca di ripensare alla motivazione in chiave moderna e diversa, nella prospettiva della corresponsabilità di magistrati e avvocati rispetto alla realizzazione del giusto processo di durata ragionevole.

D'altronde l'elaborazione culturale, secondo il punto di vista degli Osservatori, è una delle leve più potenti per modellare i saperi e le azioni. Non a caso l'icona dell'Osservatorio fiorentino è la rosa di Calamandrei che pesa, sulla bilancia, più dei grossi tomi *in folio*: gli uomini più che le leggi.

Oggi si invoca sempre il cambiamento, ma per il cambiamento non basta l'innovazione tecnologica, di per sé rapida, né il mutamento delle procedure. Determinante è il mutamento di costume: da qui nascono le prassi condivise tra gli operatori del diritto, che rappresentano l'unico controllo sui poteri ordinatori del giudice, poteri che, pur avendo un'incidenza notevolissima sull'efficienza del processo (sono determinanti per la *governance* della giustizia, come Giorgio Costantino continua a ricordarci da tempo<sup>4</sup>), sfuggono ad impugnative e controlli.

Queste riflessioni hanno un valore generale, ma si attagliano in modo particolare al nostro tema: è infatti un lavoro essenzialmente culturale quello volto a recuperare e valorizzare il confronto e il colloquio tra il giudice e le parti nella fase della definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum* che gli Osservatori hanno avviato da alcuni anni.

Mi piace ricordare che proprio a Firenze, il 21 maggio 2005, si è svolto l'incontro dell'Osservatorio fiorentino che aveva come tema: «Un anno di lavoro. Dal protocollo per le udienze al protocollo per il giudizio»: questo titolo ha un senso importante, che poi vedremo, perché lega il “processo”, il modo di conduzione del processo, al “giudizio”. È significativo, del resto, che il termine “giudizio” indichi sia la “decisione”, sia il “processo”, ossia il complesso di forze necessarie per pronunziarla; in quell'incontro, la motivazione era vista come frutto della collaborazione tra giudice e avvocato; si iniziò a parlare di raccordo tra atti difensivi e provvedimenti; verbali d'udienza e moduli di ge-

<sup>4</sup> G. COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici. Una questione di metodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pp. 77 ss.

stione del processo; il tema fu ripreso dall'Osservatorio di Verona, di Milano e se ne discusse all'Assemblea Nazionale degli Osservatori sulla giustizia civile di Salerno nel giugno 2008; da ultimo, l'Osservatorio di Torino lo ha portato ad ulteriore sviluppo elaborando un protocollo per la redazione degli atti processuali nonché modelli di atti e provvedimenti per specifiche tipologie di cause, lavori che ha presentato all'Assemblea nazionale, svoltasi proprio a Torino nel maggio scorso; oggi prosegue con un progetto per la semplificazione del linguaggio giuridico: ma su questo gli amici di Torino parleranno in modo specifico; ricordo solo che da ultimo, anche l'Osservatorio di Reggio Emilia ha approvato il 13 ottobre 2011 un protocollo sugli atti processuali.

Mi limito a indicare alcune domande essenziali che si pone il giurista su questi temi.

### **Perché la semplificazione del linguaggio giuridico?**

La risposta a questo interrogativo non può prescindere dalla risposta ad un'altra domanda: chi sono i destinatari della parola, parlata o scritta? verso chi si assume il debito di chiarezza: i difensori? le parti? Il giudice dell'impugnazione? I cittadini?

I destinatari sono in realtà plurimi.

Sicuramente i destinatari sono innanzitutto "interni" al processo, gli avvocati e il giudice; semplificare il linguaggio giuridico non serve solo a rendere leggibili e comprensibili gli enunciati e dunque a rendere più celere la lettura e la produzione di atti e provvedimenti; nella prospettiva degli Osservatori, che mi premeva di mettere a fuoco, è funzionale a favorire "la qualità della cognizione", attraverso la trattazione orale e la creazione di raccordi tra atti difensivi e provvedimenti del giudice, individuando delle partizioni logiche omogenee che permettano di semplificare e schematizzare il dialogo processuale che si snoda negli scritti corrispondenti – atti e provvedimenti – specie in alcuni settori. Come per i protocolli in generale, anche quello sugli atti e provvedimenti, e i progetti linguistici vanno inseriti in prospettive più ampie della semplice razionalizzazione del processo.

Il tema assume una particolare valenza se lo si connette ad un particolare modo di concepire il processo: "scrivere oscuro" potrebbe anche essere funzionale ad un processo concepito come un gioco arbitrato dal giudice, dove si registrano rapporti tra poteri; è invece disfunzionale se il processo è un luogo in cui si ricerca la soluzione attraverso la collaborazione tra le parti e il giudice: un giudice che dirige effettivamente l'udienza, cura la verbalizzazione, si sottopone anch'egli alla regola del dialogo, anziché diventare onnipotente nella solitudine della fase decisoria.

Il perno di questa impostazione, che comincia a farsi strada proprio nell'ambito degli Osservatori, è il ripensamento del vecchio mito della c.d. "anticipazione del giudizio". La prospettazione del giudizio "allo stato degli atti", da parte di

un giudice autorevole e pronto a modificare il proprio punto di vista, dovrebbe costituire il fulcro della comunicazione processuale e della partecipazione costruttiva della decisione (o, prima ancora, della conciliazione giudiziale). Il criterio di trasparenza interessa non solo l'organizzazione – in termini di numeri e “flussi”, per intenderci – ma la stessa conduzione del processo. Prospettare e argomentare progressivamente la propria valutazione sul materiale processuale, in modo costante sino alla fase finale della decisione, da un lato consente un reale scambio con i difensori (non si tratta di riconoscere semplicemente il diritto di esporre il proprio punto di vista, ma di creare, attraverso l'interazione dei pensieri, una “verità”, sul piano processuale, complessa); dall'altro, non può che accrescere positivamente i fattori di scelta delle parti in ordine alla soluzione auspicabile del conflitto, che non deve essere necessariamente la sentenza.

La semplificazione è dunque legata in modo particolare al dialogo processuale: dialogo: *dia*, fra, e *logos*, discorso: discorsi alternati, comunicazione, comprensione, attraverso la giusta miscela di oralità e scrittura. Esiste un nesso fondamentale tra semplificazione della materia processuale, tramite l'oralità e il raccordo tra atti e provvedimenti, e la semplificazione della decisione finale: secondo l'Osservatorio di Milano «Solo gli atti difensivi dotati dei requisiti di chiarezza, univocità e sintesi consentono motivazioni concentrate nel ragionamento decisorio (e quindi concise secondo la prescrizione del codice) e, in una prospettiva acceleratoria, redatte ‘per punti’ o ‘*per relationem*’: solo tal genere di atti difensivi corrisponde quindi al canone costituzionale del ‘processo di ragionevole durata’, al quale devono mirare – oltre che l'organizzazione giudiziaria e i singoli giudicanti – anche i difensori delle parti»<sup>5</sup>. Anche l'Osservatorio di Reggio Emilia è mosso dall'esigenza di individuare alcune indicazioni utili, dirette ad affermare i principi di oralità, concentrazione ed immediatezza nella pratica quotidiana di giudici ed avvocati. Si individua nell'eccessiva quantità e prolissità degli atti del processo, oltre che nell'eccesso di udienze una ragione – non secondaria – delle odierne difficoltà.

### Contenuto e contenitore

Vi è un punto delicato da affrontare perché su questo si incentrano le maggiori resistenze: perché possiamo distinguere la libertà del contenuto rispetto alle regole da osservare nell'uso del linguaggio e alla scelta della forma esterna (il contenitore)?

Perché il modo di lavorare negli uffici non è disponibile dal singolo: questo vale per la magistratura, perché è erroneo confondere autonomia e indipendenza con l'anarchia organizzativa; con la pretesa all'auto-organizzazione che non si cura del complessivo assetto dell'ufficio. Ricerchiamo un modello partecipato proprio perché il singolo deve contribuire ad un modo di lavorare che

<sup>5</sup> Così si legge nella relazione redatta dal laboratorio dell'Osservatorio di Milano sul tema.



è funzionale al miglior rendimento del servizio ed ha natura collettiva. Anche l'avvocatura è chiamata a fare delle scelte, se non si adagia sull'autorità conferita dalla natura tecnica del suo sapere, ma accetta la sfida dell'esercizio condiviso – contitolarità – dell'attività volta allo *ius dicere*, della corresponsabilità di rendere un servizio nell'interesse generale.

Occorre un'etica del buon governo comune del processo fondata sulla partecipazione consapevole di tutti i soggetti coinvolti per il raggiungimento di un obiettivo comune, cioè il raggiungimento progressivo di una soluzione condivisa oppure di una verità accettabile perché perseguita attraverso un metodo partecipato, efficace e giustificato di esercizio del diritto di difesa.

Il termine *etica* può far temere concetti fumosi e approssimativi, ma il riferimento è puntuale, nello stesso senso in cui è stato utilizzato in esperimenti importanti di riforma nell'ambito di pubbliche amministrazioni basate appunto sull'etica (*Nouvelle gestion publique* avviata da trent'anni in Canada, poi anche in Francia e in Belgio)<sup>6</sup>.

Anche le buone prassi linguistiche partecipano infatti delle caratteristiche delle buone prassi in generale e il primo aspetto è proprio il richiamo all'etica: si tratta di deliberare e agire sulla base di regole di autonomia: la fonte della regola è interna e non è posta dall'esterno. In questo senso va segnata la differenza con il tema della deontologia: qui siamo sul piano della regolamentazione esterna, la violazione della regola è fonte di sanzione. L'etica, a differenza del diritto, della deontologia, dei costumi sociali, è una forma di autoregolamentazione delle condotte umane.

Gli Osservatori si pongono il compito di lavorare sul piano culturale, creare l'*humus* che consenta di dar vita a progetti e regole che hanno una fonte interna radicata nella adesione convinta di chi osserva la regola: questa adesione è più forte di ogni sanzione. Compito primario degli Osservatori è dunque trasformare il *nòmos* in *autòs nòmos*.

Se questo è vero, si spiega perché per gli Osservatori le buone prassi non possano esistere se non sono condivise tra tutti gli operatori: l'impegno che nasce dall'adesione culturale a certi valori e quindi a certi concreti comportamenti non è per sua natura delegabile; la buona prassi, frutto di uno scambio di opinioni che consente di vedere le varie facce del prisma, richiede la convergenza delle condotte del giudice, degli avvocati e del cancelliere rispetto alla regola condivisa (il processo è *actus trium personarum*, come sottolineava Bulgaro). Basta che uno dei giocatori si sottragga alle regole e il gioco è impos-

---

<sup>6</sup> L'etica organizzativa è oggetto di un manuale, la *Guide d'éthique organisationnelle* elaborata dal Laboratorio di Etica Pubblica dell'École National de l'Administration Publique di Montreal e dal *Centre d'expertise en gestion des ressources humaines du Secrétariat du Conseil du trésor* e da questi finanziata (dunque non è una riforma 'a costo zero'). Si tratta di un testo che offre strumenti concreti per avviare un processo di reale sviluppo dell'etica come metodo di regolazione dell'organizzazione degli organismi pubblici.

sibile. È evidente come questo aspetto riguardi le prassi linguistiche: i criteri di leggibilità e comprensibilità hanno ben poco senso se non riguardano *tutti* i protagonisti del dialogo.

Sotto questo profilo, ed è il secondo punto che volevo mettere in rilievo, dobbiamo dunque ribadire con forza il metodo della collaborazione tra giudici e foro: le buone prassi per gli Osservatori sono oggetto di scelte condivise con gli avvocati, con il personale amministrativo e discusse con i docenti universitari. Ben vengano progetti e protocolli stilati dai capi degli uffici, da Presidenti degli Ordini, rappresentanti di associazioni ed enti. Però non perdiamo il plus valore che può aggiungersi con l'impegno che nasce dalla base – dal basso, come si dice oggi – grazie all'adesione autonoma di singoli appartenenti alle varie categorie professionali interessate.

### I destinatari

Come abbiamo anticipato, i destinatari della parola delle professioni forensi sono plurimi: si dice che la motivazione dei provvedimenti del giudice ha una funzione extraprocessuale, di controllo politico-sociale secondo una concezione democratica dell'esercizio del potere (art. 111 Cost.). Penso che un valore democratico debba riconoscersi in generale al “parlar chiaro”, senza pseudo-tecnicismi<sup>7</sup>, o quelli che i linguisti chiamano “fossili linguistici”<sup>8</sup>, quanto più possibile comprensibile anche al cittadino qualunque: in questo è prezioso il contributo di chi è esperto in saperi diversi – linguistica appunto – e offre competenze che ben hanno a che fare con l'attuazione della giurisdizione: si inizia ad erodere la tradizionale separatezza dei saperi specialistici attuata soprattutto mediante il linguaggio, che cessa di essere strumento per segnare una separazione di casta per divenire mezzo di comunicazione verso il cittadino, e in genere verso chi è titolare di diritti.

Primo Levi, in un articolo intitolato *Dello scrivere oscuro* (si trova nel volume dal titolo *L'altrui mestiere*, che raccoglie alcuni suoi articoli di giornale) sosteneva che «non si dovrebbe scrivere in modo oscuro, perché uno scritto ha tanto più valore, e tanta più speranza di diffusione e di perennità, quanto meglio viene compreso e quanto meno si presta ad interpretazioni equivoche...».

Del resto, parlare al prossimo in una lingua che egli non può capire può essere malvezza di alcuni rivoluzionari, ma non è affatto uno strumento rivoluzionario: è invece un antico artificio repressivo, noto a tutte le chiese, vizio tipico della nostra classe politica, fondamento di tutti gli imperi coloniali. È un modo sottile di imporre il proprio rango: quando padre Cristoforo dice «Omnia

<sup>7</sup> Ossia espressioni stereotipiche non necessarie, dall'aspetto specialistico ma usate solo per dare al testo una patina di formalità: P. BELLUCCI, *A onor del vero*, UTET, Torino 1975.

<sup>8</sup> Formule stereotipate, antiche e proprie del linguaggio giuridico: B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia*, Einaudi, Milano 2001.

munda mundis» in latino a fra Fazio che il latino non lo sa, a quest'ultimo, «al sentir quelle parole gravide d'un senso misterioso, e proferite così risolutamente... parve che in quelle dovesse contenersi la soluzione di tutti i suoi dubbi. S'acquietò, e disse: «basta! lei ne sa più di me».

Ecco, proprio per evitare che il diritto diventi “diseguale” anche per via linguistica, nascono regole proposte da diversi protocolli che mirano a rendere intellegibile il senso di talune espressioni criptiche dettate dal codice a proposito degli atti: un esempio, fra molti, è il contenuto della citazione, a proposito dell'avvertimento circa le decadenze ex art. 163, comma 3, n. 7, c.p.c.<sup>9</sup>.

Beninteso, riprendendo sempre Levi, «perché il messaggio sia valido, essere chiari è condizione necessaria ma non sufficiente: si può essere chiari e noiosi, chiari e inutili, chiari e bugiardi, chiari e volgari, ma questi sono altri discorsi. Se non si è chiari non c'è messaggio affatto».

### **La semplificazione del linguaggio giuridico come fattore di efficienza**

La semplificazione e la chiarezza del linguaggio sono dunque la condizione necessaria per costruire un certo modello di processo.

Questa è anche una maniera di coltivare l'efficienza, per gli Osservatori, anzi un'“efficienza a cascata”, perché la redazione “virtuosa” del primo atto si ripercuote sugli altri atti e sullo svolgimento del processo. Ci saranno resistenze e difficoltà perché si tratta di andare consapevolmente contro corrente rispetto alla “società dell'istantaneità”<sup>10</sup>: la conoscenza oggi è sollecitata a riconoscere nel criterio dell'utilità immediata la sua principale ragion d'essere e viene svalutata qualunque produzione intellettuale non immediatamente convertibile in termini di efficienza performativa.

Occorre andare in “direzione ostinata e contraria”: che sia un'opera a lungo termine non scoraggia chi è convinto che non sia la fretta a vincere, ma la tenacia, l'ostinazione lunga, come la goccia che scava la pietra, come appunto la cultura che «cresce a poco a poco, come il corallo si forma lentamente ed è durissimo» (il paragone, che trovo bellissimo, è di Richard Gregg).

Le possibilità di cambiamento sembrano risiedere più su percorsi di formazione comune tra avvocati e magistrati che su prescrizioni normative di conci-

<sup>9</sup> Vedi ad es. nel protocollo di Firenze la regola 2bis: 1. I difensori dell'attore inseriscono nell'atto di citazione una chiarificazione in chiave garantistica del contenuto dell'invito rivolto al convenuto, ex art. 163, terzo comma, n. 7, c.p.c., finalizzata ad evidenziare al convenuto medesimo, a fronte della modifica introdotta all'articolo 167 c.p.c. la necessità di rivolgersi sollecitamente ad un avvocato per la predisposizione della difesa, mediante la seguente o analoga formula: «si invita il convenuto a rivolgersi tempestivamente ad un difensore per consentirgli di costituirsi in giudizio mediante il deposito di atto scritto entro il termine di venti giorni prima dell'udienza suindicata, con l'avvertimento che il mancato rispetto di quel termine comporta gravi limitazioni al diritto di difesa e le decadenze di cui all'art. 167, comma 2 e 3, c.p.c.».

<sup>10</sup> Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari 2011, p. 143.

sione. Si tratta di una formidabile chiave per aprire la porta di una formazione comune, di respiro europeo<sup>11</sup>.

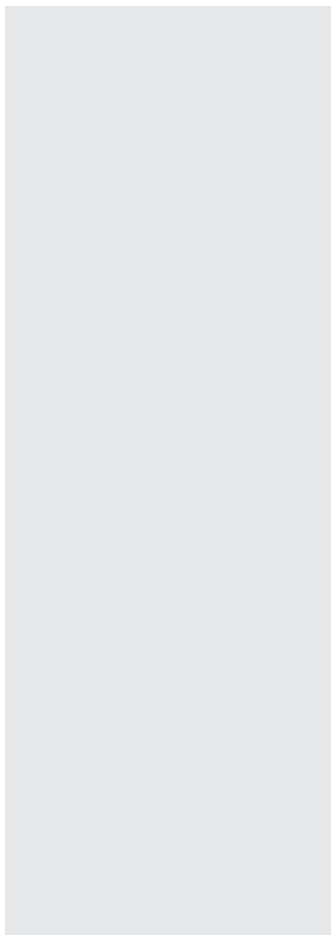
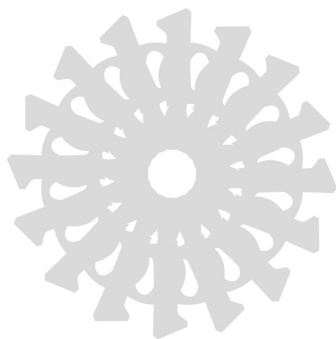
Speriamo che su questo tema si avvii una vera e propria “campagna” affidata anche alla formazione decentrata del CSM, alla formazione forense, alle scuole di specializzazione. In questa prospettiva si colloca la collaborazione tra la Scuola Superiore dell’Avvocatura e gli Osservatori sulla giustizia civile, oggi formalizzata, che permetterà di non relegare questo tema ad incontri o convegni periodici, ma di ancorarlo ad una formazione permanente e capillare.

Per concludere, visto che abbiamo scomodato “paroloni”, vorrei chiarire che l’etica non è riservata a virtuosi, anzi impone di essere modesti, perché costringe a rivedere continuamente gli automatismi abituali: come dice Boisvert, direttore del Laboratorio di etica pubblica dell’ENAP di Montreal «costituisce semplicemente ‘un metodo di ragionamento per gli esseri di buona volontà’».

---

<sup>11</sup> Si veda il compendio delle *Best practices* della Cepej *for time management* al punto 2.8; sarà inoltre un lavoro indispensabile per gli atti relativi alle liti transfrontaliere.

# DIRITTI UMANI E FONDAMENTALI





# Diritti, famiglie, processi (i diritti contro sé stessi)

Umberto Vincenti

---

Tutto al plurale: perché vi sono “più” (molti) diritti all’interno della famiglia, perché, anzi, vi sono “più” tipi o modelli di famiglia e, perciò, “più” famiglie, perché, infine, vi sono “più” riti processuali in cui si decide sui diritti all’interno delle famiglie e, pertanto, “più” processi. Qui si dovrà necessariamente ragionare in via esemplificativa, a campione, e tuttavia non si articolerà una (semplice) rassegna, ma ci si porrà in funzione critica: perché vi è il (forte) sospetto che, in quest’ambito, i diritti siano proclamati e facilmente elusi e – fatto singolare – diritti egualmente primari ricevano, nel dettaglio legislativo, nella dialettica processuale, nelle decisioni giudiziarie, considerazione diversa, diciamo dignità non equivalente. Per rendere evidente quanto ora affermato (o denunciato?) esamineremo, prima, ipotesi di diritti (effettivamente) attuati, poi casi di conflitti tra diritti, infine ipotesi di diritti inattuati: vediamo.

## Diritti attuati

Sono tanti: una lista teoricamente sempre aperta e che si è arricchita in conseguenza della Costituzione del 1948, della riforma del diritto di famiglia del 1975, delle dichiarazioni e delle carte internazionali dei diritti ratificate dall’Italia. È soprattutto l’incidenza sul nostro diritto delle fonti nominate per ultime ad avere suscitato interesse da quando è entrato in vigore, nei ventisette paesi UE, il Trattato di Lisbona e, con esso, la Carta di Nizza. Comunque è grazie alla normativa internazionale sui diritti che i principi del giusto processo sono venuti a far parte del nostro ordinamento positivo prima della riforma dell’art. 111 Cost. che data 1999. Così anche nei processi nei quali fosse coinvolta una famiglia o un rapporto familiare è insorta la necessità di verificare la conformità del rito ai principi del contraddittorio, del diritto di difesa, della terzietà del giudice.

Primo esempio: com’è stato scritto, «*the long, long way*» del processo minore verso il giusto processo: il riferimento è principalmente ai procedimenti ablativi e limitativi della potestà (artt. 330, 333 e 336 c.p.c.) di competenza del Tribunale dei minori. La meta non è stata ancora raggiunta, ma un bel po’ di strada è stata percorsa. Vi sono alcune regole e alcune decisioni che allora meritano di essere ricordate.

Convenzione sui diritti dell’infanzia del 20 novembre 1989, art. 12, secondo comma: è previsto il diritto del fanciullo «capace di discernimento» di essere ascoltato nelle procedure giudiziarie che lo riguardano.

Convenzione europea sull’esercizio dei diritti del bambino, art. 3: è previsto il diritto del minore – dotato di «capacità di discernimento» – di ricevere informazioni e di essere consultato nei procedimenti giudiziari che lo riguardano.

Analizziamo ora l'atteggiarsi della giurisprudenza a fronte del diritto, o dei diritti, introdotti dalle disposizioni sopra citate: è evidente l'evoluzione verso la maggior tutela dei diritti processuali del minore.

Prendiamo le mosse da una sentenza – ormai lontana – della Corte Costituzionale, la n. 185 del 1986. È una decisione lontana non solo temporalmente, ma soprattutto per la visione che offre circa la relazione tra un minore e un processo in cui siano coinvolti i suoi interessi. Certe espressioni sembrano davvero appartenere a un altro secolo come quando si conferma (ma ve n'era bisogno?) che il minore è «sicuramente 'persona' alla pari di ogni altro individuo». Comunque qui interessa sottolineare come, ad avviso della Corte (nel 1986), gli interessi personali e patrimoniali di cui sono portatori i minori nei procedimenti di separazione e divorzio debbano ritenersi adeguatamente tutelati attraverso l'intervento obbligatorio del PM, gli ampi poteri istruttori del giudice, il potere del collegio di decidere *ultra petitum* nell'adozione dei provvedimenti riguardanti i figli.

Una valutazione alquanto diversa consta da un'altra sentenza della Corte Costituzionale, la n. 1 del 2002: proprio dall'art. 12, secondo comma, della Convenzione di New York la Corte ha indotto la valenza quale principio generale del diritto del minore all'ascolto o all'audizione in ogni procedura giudiziaria che lo riguarda, in particolare – come indica l'art. 1, terzo comma, della Convenzione di Strasburgo – nei «procedimenti in materia di famiglia». Ma la sentenza n. 1 è andata oltre e ha aperto un varco (confermando metodologicamente che questi atti sovranazionali in tema di diritti consentono di modificare, in via interpretativa, sensibilmente il diritto interno): perché ha riconosciuto la legittimità dell'integrazione della disciplina codicistica, nel caso in tema di procedimenti sulla potestà dei genitori (art. 336 c.c.) con la conseguenza che, in grazia della Convenzione di Strasburgo, al minore compete non solo il diritto di essere ascoltato, ma la qualità di parte nel relativo procedimento a cui accede la possibilità della nomina di un curatore speciale ex art. 78 c.p.c. Il che conduceva, poi, la stessa Corte ad invocare, a sostegno, l'*argumentum legis*, ma, a ben vedere, a fornire una ben orientata interpretazione del disposto dell'art. 37, terzo comma, della legge 28 marzo 2001, n. 149, che, per vero, prevede solo che il minore debba essere assistito da un avvocato, da cui il vigente art. 336, quarto comma c.c.: «per i provvedimenti di cui ai commi precedenti, i genitori e il minore sono assistiti da un difensore» (“difensore” è il *verbum legis*: e a rigore il difensore privo di procura – tale sarebbe se il difeso non fosse considerato parte – dovrebbe al massimo consigliare, presenziare, riferire).

Perveniamo infine alla nota sentenza a sezioni unite della Cassazione del 21 ottobre 2009 n. 22238. La decisione recepisce e ratifica solennemente l'evoluzione: 1) il modello del giusto processo e, in particolare, il principio del contraddittorio impongono l'ascolto del minore nei procedimenti familiari; 2) laddove l'audizione del minore venga omessa, salvo che l'omissione sia dipesa dalla necessità di evitare un danno al suo equilibrio psico-fisico, il giudizio è



viziato da nullità; 3) se si ritenga di non sentire il minore per le ragioni ora indicate, occorre che il giudice ne dia motivazione specifica e non generica.

Secondo esempio: occasioni di tutela straordinaria dei minori. Cioè tutela *extra ordinem*, il cui gancio legale sia esterno all'ordine del diritto interno perché assunto e immesso da una fonte internazionale. L'esempio specifico è questo: Tizio, a cui la moglie ha notificato un ricorso per separazione, affida ad un'agenzia immobiliare l'incarico di vendere la casa coniugale all'evidente fine di evitare l'assegnazione dell'immobile alla moglie (presumibile) affidataria dei figli. Ma è controversa l'ammissibilità di un provvedimento d'urgenza che assegni la casa familiare "prima" dell'udienza presidenziale. Il Tribunale (di Padova, ordinanza 20 luglio 2009) ritiene che la questione sia divenuta inconferente alla luce del disposto dell'art. 7 della Convenzione di Strasburgo che ha legittimato il giudice ad assumere, nei procedimenti minorili, e qualora lo ritenga necessario nell'interesse del minore, qualunque decisione immediatamente esecutiva anche se non 'nominata': «in caso di urgenza, l'autorità giudiziaria ha, se necessario, il potere di prendere decisioni immediatamente esecutive». Ergo, sulla base di questo fondamento normativo, il tribunale dispone l'assegnazione della casa: perché l'art. 7 cit. ha introdotto un principio generale dell'ordinamento a tutela dei minori.

### Conflitto di diritti

Qui si tocca il tema culturalmente più interessante, dei diritti contro sé stessi, nella specie i diritti di un familiare *versus* i diritti di altro familiare (della stessa famiglia o di altra famiglia, diciamo collegata, quella costituitasi a seguito di nuova convivenza o di nuove nozze di uno o di entrambi i separati o divorziati). Ma le specie possono essere ulteriori: un diritto familiare (perché sorto in seno a una famiglia) che si erge contro il diritto – magari assoluto – di una persona giuridicamente estranea a quella famiglia. A ben vedere, è una situazione normale nei procedimenti di separazione e divorzio e pure in tema di potestà parentale. Perché i genitori hanno i loro diritti in conflitto, ma anche i figli hanno i loro diritti (almeno) potenzialmente in conflitto con i diritti di uno o di entrambi i genitori: diritti di natura sia personale che patrimoniale. La Corte Costituzionale aveva sostenuto l'orientamento negante la qualità di parte del minore in questi procedimenti. Così nella sentenza – qui già citata – n. 185 del 1986 la Corte lodava il legislatore della riforma del 1975 perché «non ha ravvisato [...] l'opportunità di istituzionalizzare un conflitto tra genitori e figli». Ma nell'ordinanza di rimessione (del Tribunale di Genova) si era offerta una prospettiva diversa – più realistica – su cui occorre riflettere alla luce dell'esperienza: «i genitori» – leggiamo in quell'ordinanza – «[...] difendono i propri interessi personali (tanto che sovente la prole è usata come mezzo di pressione o di scambio ovvero i suoi interessi sono comunque subordinati all'esigenza dei coniugi ad una sollecita pronuncia)». Comunque, nella sentenza 185, la Corte

Costituzionale finiva con il dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, primo comma, della legge sul divorzio che non prevede la nomina di un curatore speciale dei minori nei procedimenti divorzili. E tuttavia il conflitto – teorico e, talora, reale – tra diritti dei genitori e diritti dei figli nei procedimenti familiari c'è. Lo riconosce anche la Convenzione di New York: perché, da un lato, si proclama solennemente che ogni fanciullo può armoniosamente svilupparsi (sottinteso: solo) in una famiglia felice (così nel preambolo) e, dall'altro, si considera una serie di casi nei quali il fanciullo sia costretto a vivere separato da uno o entrambi i genitori e si evidenzia il caso in cui la separazione sia resa necessaria dall'esigenza di tutelare il preminente interesse del minore. Ecco dunque che i diritti di uno o entrambi i genitori possono confliggere con i diritti del figlio minore: un'eventualità tutt'altro che rara nei procedimenti di separazione e divorzio dove la tutela dei diritti del minore resta affidata più che altro all'ideologismo dei giudici, con ciò compromettendo il principio dell'indifferenza o imparzialità del decisore. Da questo punto di vista, il modello del giusto processo soffre quanto alla realizzazione della premessa della terzietà del giudice e della pienezza del contraddittorio: il che si propone anche nel processo minorile (cfr. art. 317 bis, secondo comma, c.c.: «il giudice, nell'esclusivo interesse del figlio, può disporre diversamente; può anche escludere dall'esercizio della potestà entrambi i genitori, provvedendo alla nomina di un tutore»).

Si è accennato come il conflitto tra diritti possa vedere contrapposti, da un lato, un diritto titolato in un rapporto familiare e, dall'altro, un diritto altrettanto fondamentale di un terzo estraneo: ove il diritto di matrice familiare ha un peso specifico superiore per una ragione fondamentale ideologica la cui prevalenza sul diritto dell'*extraneus* è tale che può fargli patire un sacrificio oggettivamente ingiustificato.

Primo esempio: art. 155, ultimo comma, c.c. («ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi»; cfr. art. 5, comma ottavo della legge sul divorzio: «in caso di contestazioni il Tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria»). Ai fini della determinazione dell'assegno di mantenimento per i figli il giudice può incaricare la polizia tributaria di accertare la proprietà dei «beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi». È una disposizione che suscita più di qualche perplessità e che taluno ha cercato di raddrizzare – edulcorandola – in via interpretativa, per esempio esigendo che l'indagine non possa essere avviata se non dopo che vi sia stata la dimostrazione della simulazione relativa o dell'interposizione fittizia di persona. Comunque, la regola codicistica non dice nulla di tutto ciò e autorizza il giudice a disporre accertamenti sulle proprietà di estranei a cui non è offerta alcuna possibilità di far valere le proprie ragio-

ni e che, dunque, verosimilmente subiranno inconsapevolmente un'iniziativa che pur li riguarda concernendo un loro diritto di proprietà, la cui dignità, nel novero dei diritti soggettivi, è, nei procedimenti familiari, alquanto affievolita, come diremo tra breve.

Secondo esempio: assegnazione della casa familiare precedentemente concessa in comodato al coniuge non assegnatario. Il caso ha dato origine a un contenzioso diffuso e a soluzioni antitetiche anche nella giurisprudenza di Cassazione: al comodante è o non è opponibile il vincolo derivante dall'assegnazione? Se si ritiene di sì, e l'orientamento maggioritario pare in questa direzione, ne consegue che il terzo proprietario-comodante subirà le conseguenze di un provvedimento emesso a seguito di un procedimento nel quale egli non aveva alcuna legittimazione ad intervenire: anche in questo caso il *best interest of the child* finisce con il travolgere moduli e regole giuridiche assolutamente consolidate.

### Diritti inattuati

Per la verità, qualche esempio in punto è già introdotto. Ora se ne aggiungerà qualcun altro, con l'avvertenza che l'elenco è più lungo di quel che si potrebbe pensare.

- A) I dati Istat ci informano che, nel 2009, le separazioni consensuali sono state pari all'85,6% del totale e i divorzi congiunti il 72,1 %. Ma laddove si accende il contenzioso giudiziario esso ha spesso durata sproporzionata ed eccessiva e la violazione del diritto alla ragionevole durata del processo non è infrequente.
- B) Nemmeno rara può dirsi la violazione del diritto «ad un'eguale tutela da parte della legge» (art. 7 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo): la quantificazione dei vari assegni di mantenimento è rimessa alla discrezionalità dei giudici, con la conseguenza che da esposizioni reddituali e patrimoniali eguali possono sortire assegni di diversa entità, talora significativa.
- C) La previsione codicistica dell'addebito (art. 151, secondo comma, c.c.), responsabile di lungaggini procedurali e di aggravio della litigiosità tra i coniugi, apre ad attività istruttorie e ad argomentazioni defensionali che facilmente travalicano le esigenze della ricerca processuale e si traducono in violazioni della dignità morale delle persone coinvolte e del diritto «al rispetto della propria vita privata e familiare» (art. 7 della Carta di Nizza) e, più in generale, del diritto di ogni persona a non essere sottoposta «ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, né a lesioni del suo onore e della sua reputazione» (art. 11, secondo comma, della Dichiarazione universale). Il che è grave, ma è gravissimo se nell'argomentazione defensionale e, quindi, nella dialettica processuale, si evoca, per dimostrare la «colpa» del coniuge, la condotta partecipativa di terzi estranei (tipico nel caso del supposto adulterio) e, magari, totalmente

estranei ai fatti senza che, per giunta, a questi terzi sia data alcuna facoltà di intervento.

- D) Sempre ai fini della quantificazione degli assegni nei procedimenti di separazione e divorzio, vi è che i giudici troppo agevolmente possono prescindere dall'accertamento in senso tecnico per decidere in forza di presunzioni semplici dietro le quali non è difficile intravedere, almeno certe volte, un certo ideologismo che non è conforme ai principi dell'equità processuale (cfr. art. 6 della CEDU): è stato deciso – è solo un caso di cui mi sono già occupato – che l'ex coniuge obbligato (e ultrasessantenne), il quale aveva optato per il tempo pieno nella sua qualità di docente universitario così cessando l'attività libero-professionale, dovesse continuare, secondo il Tribunale (di Padova, sentenza n. 1968/07), a corrispondere all'ex moglie sempre la medesima somma nonostante la significativa diminuzione dei suoi redditi, con la conseguente compromissione della libertà di lavoro dell'obbligato. Così, per la consolidata giurisprudenza di Cassazione, la dichiarazione dei redditi e gli atti ad essa connessi «se prodotti in giudizio, hanno [...] carattere di semplici elementi indiziari lasciati alla discrezionale valutazione del giudice del merito che può legittimamente disattendereli fondando il proprio convincimento su altre risultanze probatorie, comprese le nozioni di comune esperienza e le presunzioni semplici».
- E) Ancora in tema di assegnazione della casa v'è da dire che essa può durare indefinitivamente secondo la stessa previsione codicistica (mentre in altri ordinamenti europei è previsto un termine finale): ciò pone la questione della compatibilità di un provvedimento del genere con la stessa Carta di Nizza che censisce la proprietà tra i fondamentali diritti di libertà (art. 17) e non è escluso che da questa distonia possano geminare ricorsi alla Corte di Strasburgo la cui decisione potrebbe anche sorprendere i difensori ad oltranza del “*best interest of the child*” (quest'ultimo, magari, ultratrentenne).
- F) Non mancano poi le sentenze che, laddove al coniuge o ex coniuge obbligato fossero sopravvenuti uno o più figli, hanno affermato, seguendo una linea interpretativa analoga a quella prima criticata, che quest'evenienza non giustifica la diminuzione dell'assegno corrisposto per il minore o i minori nati dall'unione matrimoniale dissolta o in via di dissolvimento: il che realizza una disegualianza illogica e umanamente inaccettabile.
- G) Può apparire ancora contrario al diritto all'equo trattamento da parte della legge l'art. 6, undecimo comma che impone al Tribunale di assicurare l'adeguamento automatico ISTAT degli assegni di mantenimento in favore dei figli: perché ciò si può tradurre in un decremento ingiustificato laddove l'obbligato non goda di un altrettanto automatico meccanismo di adeguamento automatico del suo reddito.

Si potrebbe continuare; ma il materiale è sufficiente per una conclusione di fondo. Nei procedimenti familiari troppo spesso non vi è il pieno rispetto dei diritti né vi è sempre un processo equo. La causa è da individuarsi nella forza

con cui sono imposti – a livello legislativo e particolarmente giurisprudenziale – taluni *status* di protezione: il riferimento è specialmente al già evocato “*best interest of the child*” e, di conseguenza, oltre che al minore, alla madre separata o divorziata. Un clima che è ben stato rappresentato, su di un quotidiano nazionale (*Libero* del 14 agosto 2007), da un noto avvocato matrimonialista, Anna Bernardini De Pace: «Separarsi significa rivoluzionare la vita e ricominciare daccapo. Soprattutto per una donna [...] Se sei uomo, farti nuovi amici (e amiche voraci), se sei donna sovente ti trovi emarginata, perché considerata pericolosa dalle amiche in coppia. Dunque, non c'è più la protezione del tuo uomo, del tessuto amicale, della sfera sociale cui appartieni [...] Dunque lo scegliere tra il separarsi e il non farlo, quando è necessario, è un gesto di grande e seria cultura sociale».

Nei fatti, in questi ultimi trent'anni, ha prevalso, nei procedimenti familiari, la tutela della cosiddetta “diade madre-figlio”, nella quale un certo femminismo ha creduto di individuare la cellula essenziale della famiglia o, anche, la famiglia *tout court*. Ora se si assumono premesse del genere, per quanto rivisitate o attenuate, il rischio è quello di compromettere il principio di imparzialità e di imporre un modello unilaterale di giustizia. Ma è un errore non tanto logico, quanto politico o, meglio, di politica della famiglia, almeno se si ritenga che un obiettivo debba essere quello di favorire, in ogni situazione, l'instaurarsi come il mantenersi relazioni equilibrate e pacifiche. Ma l'anima dei diritti è rivendicativa e bellicosa; e se non si rispettano equamente i diritti di tutti i soggetti coinvolti l'ingiustizia, e le conseguenti tensioni talora gravissime, appaiono inevitabili. Chiudo con le parole proprio di un magistrato (Angelo Costanzo): «un siffatto modello è carente perché accantona il principio di imparzialità, dal momento che, letto in negativo, prescrive di trascurare – di fronte alle esigenze del minorenni – gli interessi, pur esistenti, e le esigenze degli adulti (i quali dopotutto non sono che minorenni che hanno superato la soglia della maggiore età)».



# Convenzione Europea sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale

Valentina Bazzocchi

---

La capacità dei computer di identificare, selezionare, confrontare, aggregare e trasformare le informazioni ha facilitato l'istituzione di banche dati e creato «un nuovo potere di dominio sociale sull'individuo: il potere informatico»<sup>1</sup>. Si è quindi reso necessario un adeguamento veloce del diritto<sup>2</sup>, che si è manifestato in una più marcata esigenza di proteggere la privacy e, più in particolare, il trattamento dei dati personali.

Il concetto di privacy trova la sua origine oltre oceano nella società americana della metà del XIX secolo come *right to be let alone*<sup>3</sup>, cioè come diritto a non subire alcuna ingerenza esterna nella propria sfera privata<sup>4</sup>. Tale concetto sembra però sfuggire ad un'unica definizione<sup>5</sup>, dovendo adattarsi ai rapidi mutamenti della società e della tecnologia. Se alle origini esso era strettamente

---

<sup>1</sup> V. FROSINI, *Banche dati e tutela della persona*, in R. PAGANO (a cura di), *Banche dati e tutela della persona*, Quaderni di documentazione, Camera dei Deputati, Roma 1983, p. 3; M. MISSORICI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1996, p. 54; E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, CEDAM, Padova 1994, p. 27; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, il Mulino, Bologna 1995, pp. 33 ss.

<sup>2</sup> R. PAGANO, *Tutela dei dati personali: evoluzione della legislazione europea e stato del dibattito*, in *Informatica e diritto*, 1986, p. 70.

<sup>3</sup> S.D. WARREN - L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, p. 193. Tale soluzione fu fatta propria dalla Corte Suprema solo nel 1965, nel caso *Griswald v. Connecticut*, cfr. A.F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York 1967, p. 335. Sulla nascita della privacy come diritto tipico della classe borghese cfr. S. RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 21 ss. e L. MUMFORD (trad. it. di E. e M. LABÒ), *La cultura della città*, Edizioni di Comunità, Milano 1953.

<sup>4</sup> Sulle difficoltà di tradurre tale termine con l'espressione "vita privata", cfr. F. RIGAUX, *L'elaboration d'un right of privacy per la jurisprudence américaine*, in *Revue internationale de droit comparé*, XXIII/1980, p. 728. In ambito internazionale l'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948 sancisce che «nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa e nella sua corrispondenza, né a lesioni del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro interferenze o lesioni». Il riferimento alla vita privata, alla famiglia e alla corrispondenza trovano espressione a livello europeo nell'art. 8 della CEDU, cfr. *infra*.

<sup>5</sup> Cfr. G. MARTINOTTI, *Controllo delle informazioni personali e sistema politico*, in F. ROSATI (a cura di), *Razionalità sociale e tecnologie dell'informazione*, Edizioni di Comunità, Milano 1973, p. 342.

legato alla difesa della sfera privata, successivamente, in una società dell'informazione dominata dagli scambi commerciali e da interventi assistenziali e previdenziali dei pubblici poteri, esso ha dovuto fare i conti con altri interessi altrettanto meritevoli di tutela, tra i quali l'ordine pubblico, la sicurezza interna, il diritto alla salute, il diritto d'informazione. L'accento pertanto si è spostato dalla segretezza al controllo operato dall'individuo sulla raccolta e sul trattamento dei propri dati personali. Da una definizione di privacy come *right to be let alone* si passa quindi al principio del *control of information about oneself*<sup>6</sup> e al diritto all'autodeterminazione informativa<sup>7</sup>. Il controllo del singolo sull'esattezza e sull'uso corretto delle informazioni che lo riguardano diventa quindi uno strumento di equilibrio nella nuova distribuzione del potere.

Per lungo tempo è mancato in ambito europeo un istituto giuridico analogo a quello elaborato dalla dottrina statunitense. A colmare tale lacuna è intervenuta negli anni '50 la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), la quale ha sancito nell'art. 8 il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza<sup>8</sup>. Solo vent'anni più tardi ci si è resi conto della necessità di una disciplina specifica relativa alla protezione dei dati personali, non risultando più sufficienti le previsioni contenute nell'art. 8 CEDU. Con due risoluzioni, l'una

<sup>6</sup> R. PAGANO, sostiene che la normativa adottata in ambito nazionale a partire dalla metà degli anni '70 venga impropriamente qualificata come legislazione sulla privacy; si tratterebbe piuttosto di *data protection act*, in *op. cit.*, p. 73. Secondo E. GIANNANTONIO - M.G. LOSANO - V.Z. ZENCOVICH, i dati personali vengono tutelati in quanto tali, indipendentemente dalla loro comunicazione e diffusione. L'obiettivo infatti è quello di garantire la libertà della persona rispetto al potere informatico, *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996*, CEDAM, Padova 1997, p. 5.

<sup>7</sup> Cfr. P. PALLARO, *Libertà della persona e trattamento dei dati personali nell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2002, p. 47; cfr. S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 45; cfr. M. PAGANELLI, *Diritti della personalità. L'individuo e il gruppo*, in N. LIPARI, *Diritto privato europeo*, CEDAM, Padova 1997, p. 148; cfr. G. SANTANIELLO, *Il sistema delle garanzie della privacy (profili introduttivi)*, in A. LOIODICE - G. SANTANIELLO, *La tutela della riservatezza*, CEDAM, Padova 2000, p. 11; T. ZERDICK, richiamando la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 15 dicembre 1983, *Volkszahlungsurteil* (in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, pp. 419 ss.), parla di diritto alla privacy come «*right to determine when, where and to whom his personal data are being made available*», *European aspects of data protection: what rights for the citizen?*, in *Legal Issues of European Integration*, 1995, p. 59.

<sup>8</sup> La norma però non chiarisce che cosa debba intendersi con queste espressioni e risulta pertanto significativa l'interpretazione dinamica ed evolutiva elaborata dalla Corte di Strasburgo. Il diritto sancito dall'art. 8 CEDU può essere soggetto a limiti, solo se previsti dalla legge e per esigenze particolarmente gravi in una società democratica, quali la sicurezza pubblica, il benessere economico nazionale, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale o la protezione dei diritti e delle libertà altrui. La giurisprudenza della Corte europea ha considerato tali ipotesi come tassative e non ne ha ammesso l'estensione per analogia.



sulle banche dati private<sup>9</sup>, l'altra riferita al settore pubblico<sup>10</sup>, si è tentato per la prima volta a livello internazionale di individuare standard minimi di protezione cui gli Stati dovevano ispirarsi al fine di attenuare le divergenze esistenti tra i rispettivi ordinamenti<sup>11</sup>. Ben presto però si è sentita l'esigenza di regolare la materia attraverso uno strumento giuridico vincolante<sup>12</sup>. Si è giunti quindi all'adozione della Convenzione n. 108 del 1981 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale<sup>13</sup>. Lo scopo perseguito dal trattato era quello di garantire il rispetto della vita privata delle persone<sup>14</sup> in relazione alla elaborazione automatica dei dati personali nei settori pubblico e privato, conciliandolo con la libera circolazione delle informazioni.

Non ci si deve tuttavia attendere che la Convenzione dia una definizione di vita privata, dei diritti e dei relativi limiti attribuiti alle persone fisiche interessate dalla registrazione e dall'elaborazione automatica dei loro dati. A giustificazione di tale scelta normativa si sono addotte la varietà delle accezioni di *vie privée* e la difficoltà di trovare una definizione esaustiva del contenuto di tali diritti. La dottrina prevalente ha tuttavia fortemente criticato la metodologia adottata, sottolineando che alla base vi fosse una scelta politica più incentrata sulla libera circolazione dei dati che sulla protezione dei diritti delle persone<sup>15</sup>.

La Convenzione n. 108 individua però i principi fondamentali cui le Parti aderenti devono adeguarsi mediante l'adozione di misure interne<sup>16</sup>. Tali prin-

<sup>9</sup> Risoluzione 73 (22) del 26 settembre 1973.

<sup>10</sup> Risoluzione 74 (29) del 20 settembre 1974.

<sup>11</sup> Negli anni '70 Austria, Danimarca, Francia, Germania, Lussemburgo, Islanda, Norvegia, Svezia e Regno Unito sentirono l'esigenza di adottare legislazioni di regolamentazione su tale aspetto, mentre Spagna e Portogallo introdussero modifiche nelle rispettive Costituzioni nazionali.

<sup>12</sup> Raccomandazione 866 (1979) del 28 giugno 1979. Con la Raccomandazione 890 (1980) del 1° febbraio 1980 si promosse poi uno studio sull'inserimento nella CEDU di una specifica disposizione dedicata alla protezione dei dati personali che però non ha avuto seguito. Diversamente, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sancisce in due articoli differenti il diritto alla riservatezza (art. 7) e il diritto alla protezione dei dati personali (art. 8), cfr. *infra*.

<sup>13</sup> La Convenzione n. 108 si caratterizza per il fatto di essere aperta alla firma anche degli Stati che non sono membri del Consiglio d'Europa, per rispondere all'esigenza di coprire un ambito geografico più ampio. La Convenzione n. 108 è in vigore in Italia dal 1997 a seguito della ratifica autorizzata con l. 98 del 1989.

<sup>14</sup> Il riferimento è alle persone fisiche, anche se l'art. 3 par. 2 lett. b) prevede la possibilità per gli Stati di estendere l'ambito di applicazione alle persone giuridiche.

<sup>15</sup> Cfr. G. ALPA, *Raccolta di informazioni e protezione dei dati e controllo degli elaboratori elettronici (in margine ad un progetto di convenzione del Consiglio d'Europa)*, in *Foro italiano*, 1981, parte V, c. 27-29; cfr. G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Giuffrè, Milano 1997, p. 10; cfr. J.P. JACQUÉ, *La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement informatisé des données à caractère personnel*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1980, p. 779.

<sup>16</sup> Si concorda con la dottrina prevalente, la quale ritiene che le norme contenute nella Convenzione n. 108, a differenza dell'art. 8 CEDU, non siano direttamente applicabili, ma

cipi rappresentano il «denominatore comune minimo di garanzia»<sup>17</sup> che è alla base delle legislazioni nazionali e, come vedremo, anche della normativa comunitaria.

L'art. 5 della Convenzione dispone che le informazioni devono essere adeguate, pertinenti, aggiornate, esatte, non eccessive rispetto ai fini legittimi e determinati per i quali sono raccolte, e che la conservazione dei dati non deve avere una durata superiore a quella necessaria al raggiungimento dello scopo per il quale sono stati registrati. Dalla lettura di tale norma si evincono alcuni principi: il principio della qualità dei dati, il principio di correttezza nella raccolta e nel trattamento delle informazioni, il principio di esattezza dei dati raccolti, a cui si accompagna l'obbligo del loro aggiornamento, il principio della "finalità limitata", secondo il quale ogni elaborazione deve avvenire per il perseguimento di uno scopo predeterminato, il principio di legalità, in base al quale il trattamento dei dati deve essere legittimo e deve avvenire secondo prescrizioni di legge, e, infine, il principio del diritto all'oblio, che si sostanzia nell'eliminazione o nella trasformazione in dati anonimi delle informazioni che non sono più necessarie.

Una particolare tutela viene riconosciuta ai dati sensibili, cioè a quelle informazioni che rivelano l'origine razziale, le opinioni politiche e religiose, lo stato di salute, le abitudini sessuali e le condanne penali<sup>18</sup>. La pericolosità di tali informazioni non è riconducibile tanto al loro contenuto, ma all'uso discriminatorio che può esserne fatto. Si è giustamente parlato dunque di «difesa del principio di eguaglianza», più che di protezione della privacy, in quanto non è tanto «in questione la sfera privata, ma la posizione dell'individuo nella organizzazione sociale, politica, economica»<sup>19</sup>. L'art. 6 della Convenzione n. 108 sancisce il divieto di elaborazione automatica dei dati sensibili, salvo che la legislazione interna non introduca "garanzie appropriate", ovvero forme di protezione supplementare rispetto a quelle comunemente assicurate ai dati non sensibili.

Meritano inoltre di essere ricordati il principio della pubblicità delle banche dati, volto alla conoscenza dell'esistenza di una collezione automatizzata di dati personali, dei suoi fini e dell'identità del responsabile<sup>20</sup>, il principio dell'accesso individuale della persona interessata alle informazioni raccolte, all'ottenimento di una copia, alla correzione o cancellazione, e il principio della sicurezza fisica e logica della raccolta, finalizzato ad impedire la perdita accidentale e la distruzione, l'accesso, la modifica o la diffusione non autorizzati. Fatta eccezione

---

necessitano di misure nazionali d'applicazione. Sul punto cfr. G. BUTTARELLI, *op. cit.*, pp. 15 ss.; cfr. P. PALLARO, *op. cit.*, p. 53; M. MISSORICI, *op. cit.*, p. 56; cfr. T. ZERDICK, *op. cit.*, p. 63.

<sup>17</sup> G. BUTTARELLI, *op. cit.*, p. 9.

<sup>18</sup> L'elenco non è esaustivo. L'art. 11 della Convenzione n. 108 riconosce infatti la possibilità per gli Stati di accordare alle persone interessate una protezione più estesa.

<sup>19</sup> S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 85.

<sup>20</sup> Non si fa tuttavia riferimento al diritto dell'interessato di conoscere la provenienza dei dati.

per quest'ultimo principio, la Convenzione ammette delle deroghe, che devono essere previste dalla legge e risultare necessarie in una società democratica per la protezione della sicurezza dello Stato ed i suoi interessi monetari, la sicurezza pubblica e la repressione dei reati, la protezione della persona interessata e quella dei diritti e delle libertà altrui. Si tratta di un elenco tassativo volto ad evitare che gli Stati membri possano avere un margine di manovra troppo ampio. Occorre tuttavia evidenziare che l'interpretazione di tali deroghe viene lasciata alla discrezionalità delle Parti contraenti, con conseguenze rilevanti in merito al livello di protezione effettivamente garantito in ogni Stato membro.

Ciascuna Parte contraente è tenuta a predisporre sanzioni e ricorsi in caso di violazione dei principi sopra richiamati, ma è libera di individuare gli istituti di diritto civile, penale o amministrativo che ritiene più adeguati. Una parte della dottrina ha giustamente rilevato che sarebbe stato auspicabile l'inserimento di un'espressa previsione del diritto ad ottenere il risarcimento dei danni per violazione del diritto alla privacy e al corretto utilizzo dei dati personali<sup>21</sup>.

La Convenzione infine enuncia il principio della libera circolazione dei dati personali tra le Parti, basandosi sul presupposto che tutti gli Stati contraenti garantiscano un livello di protezione equivalente. Ammette tuttavia tre eccezioni: la prima riguarda il caso in cui una legislazione nazionale preveda una disciplina specifica per alcune categorie di dati, salvo che l'altra Parte non fornisca la garanzie di una protezione equivalente; la seconda si riferisce alle ipotesi in cui il trasferimento dei dati è diretto solo apparentemente ad uno Stato contraente, mentre in realtà è rivolto ad un Paese terzo; infine la terza attiene al trattamento di dati personali per fini statistici e di ricerca scientifica, se non vi è il rischio di pregiudizio alla vita privata delle persone interessate.

La genericità di alcune disposizioni, l'ampia discrezionalità lasciata agli Stati membri, la possibilità che i dati contenuti in raccolte manuali restino sforniti di tutela perché non rientranti nel campo di applicazione di tale accordo, l'assenza di una previsione che individua organi indipendenti di controllo competenti per la risoluzione di controversie e la promozione dei diritti degli interessati<sup>22</sup>, e, infine, il mancato riconoscimento del diritto al consenso informato sul trattamento dei dati rappresentano i punti di debolezza della Convenzione n. 108<sup>23</sup>. Nonostante tali elementi di criticità, la Convenzione e i principi in essa contenuti rappresentano "la pietra miliare" non solo per i successivi trattati e

---

<sup>21</sup> P. PALLARO, *op. cit.*, p. 58.

<sup>22</sup> Il Protocollo addizionale dell'8 novembre 2001 colma tale lacuna prevedendo all'art. 1 l'obbligo per le Parti contraenti di istituire Autorità di controllo indipendenti.

<sup>23</sup> Il Consiglio d'Europa ha lanciato il 18 febbraio 2011 una consultazione pubblica sul processo di revisione della Convenzione n. 108, al fine di verificare se i principi in essa contenuti siano ancora in grado di fornire un'adeguata tutela alla luce delle sfide che le nuove tecnologie hanno lanciato.

raccomandazioni adottati nell'ambito del Consiglio d'Europa<sup>24</sup>, ma anche per la normativa comunitaria, rappresentata in primo luogo dalla Direttiva 95/46/CE sulla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali<sup>25</sup>. Tale Direttiva ha esteso l'ambito di applicazione, includendo il trattamento non automatizzato di dati personali<sup>26</sup>, e ha riconosciuto al soggetto interessato diritti quali il diritto al consenso, il diritto di ottenere determinate informazioni ad intervalli ragionevoli, senza ritardo o spese eccessive, il diritto di accesso, rettifica, cancellazione, congelamento dei dati, il diritto di opporsi al loro trattamento per motivi legittimi e preminenti, il diritto di non essere sottoposto ad una decisione che produca effetti giuridici o abbia effetti significativi nei suoi confronti fondata esclusivamente su un trattamento automatizzato di dati destinati a valutare il rendimento professionale, il credito, l'affidabilità, il comportamento, il diritto ad un ricorso giurisdizionale, ed infine il diritto di ottenere il risarcimento del danno cagionato da un trattamento illecito o da qualsiasi altro atto incompatibile con le disposizioni nazionali di attuazione<sup>27</sup>.

La Direttiva 95/46/CE ha dato l'avvio all'elaborazione di norme di settore, come quella sulle telecomunicazioni, che permettono una maggiore armonizzazione della protezione dei dati personali nell'ambito dell'Unione Europea<sup>28</sup>. È

<sup>24</sup> Cfr. Convenzione di Oviedo del 1997 sui diritti dell'uomo e la biomedicina; cfr. Raccomandazione (80) 13 sullo scambio di informazioni giuridiche in materia di protezione dei dati; cfr. Raccomandazione (81) 1 sulla regolamentazione delle banche dati sanitarie automatizzate; cfr. Raccomandazione (81) 19 sull'accesso alle informazioni in possesso di autorità pubbliche; cfr. Raccomandazione (83) 3 sulla protezione degli utenti dei servizi legali computerizzati; cfr. Raccomandazione (87) 15 sull'uso dei dati personali da parte degli organi di polizia; cfr. Raccomandazione (95) 4 sulla protezione dei dati personali nel settore delle telecomunicazioni; cfr. Raccomandazione (95) 13 sui problemi della cooperazione penale legati all'informazione tecnologica; cfr. Raccomandazione (97) 5 sulla protezione dei dati sanitari.

<sup>25</sup> La Direttiva 95/46/CE è stata recepita in Italia con l. 675/1996, oggi d.lgs. 196 del 2003 "Codice in materia di protezione dei dati personali".

<sup>26</sup> Sono escluse dall'ambito di applicazione le attività legate alla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale e i trattamenti aventi ad oggetto la pubblica sicurezza, la difesa, la sicurezza dello Stato, per i quali, in assenza di una disciplina specifica propria dell'Unione europea, intervenuta solo tredici anni più tardi con la Decisione quadro 2008/977/GAI, la Convenzione n. 108 ha rappresentato la normativa di riferimento.

<sup>27</sup> Spetta agli Stati membri qualificare tale responsabilità come oggettiva o per colpa, individuare la prova esimente e qualificare il danno come patrimoniale o non patrimoniale. In merito a quest'ultimo aspetto, si è propensi a ritenere che il risarcimento debba comprendere anche il danno morale, in base a quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 7 novembre 1985, *Stanley Adams*, C-145/83, in *Racc.*, 1985, pp. 3539 ss., e dal Tribunale di Primo Grado nella sentenza dell'11 ottobre 1995, *Baltsavias*, cause T-39/93 e T-553/93, in *Racc.*, 1995, pp. II-695 ss. Il godimento di tali diritti è soggetto a deroghe ed eccezioni, ampie e tassative, che gli Stati membri possono addurre a giustificazione di eventuali restrizioni.

<sup>28</sup> Direttiva 2002/58/CE sul trattamento dei dati personali e la tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche; cfr. Direttiva 2006/24/CE sulla conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica ac-

opportuno sottolineare che ogni atto che sarà adottato dalle istituzioni dell'UE o dagli Stati membri in attuazione del diritto dell'UE dovrà rispettare quando sancito dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali<sup>29</sup>, divenuta giuridicamente vincolante dal 1° dicembre 2009 grazie all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>30</sup>.

---

cessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione, che modifica la direttiva 2002/58/CE; cfr. Direttiva 2009/136/CE recante modifica della direttiva 2002/22/CE sul servizio universale e i diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, e della direttiva 2002/58/CE; cfr. anche Regolamento 45/2001 sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, che istituisce come autorità di controllo indipendente, il Garante europeo per la protezione dei dati.

<sup>29</sup> La norma, recependo, anche se in parte, i principi contenuti nella Convenzione n. 108 e i diritti riconosciuti dalla Direttiva 95/46/CE, sancisce il diritto alla protezione dei dati personali, il diritto di accesso ai propri dati, l'obbligo di trattare le informazioni secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e previo consenso della persona interessata. Viene espressamente prevista l'istituzione di un'autorità indipendente incaricata di controllare il rispetto delle regole sulla protezione dei dati personali. Per i limiti al diritto in esame occorre fare riferimento a quanto indicato nell'art. 52 par. 3 della Carta. Il mancato riferimento ai principi di accuratezza delle informazioni raccolte, di proporzionalità e di sicurezza può essere, invece, colmato leggendo l'art. 8 in combinato disposto con l'art. 53, che vieta di interpretare le disposizioni della Carta come limitative o lesive dei diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale e dalle convenzioni internazionali cui l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti. Si tratta di un richiamo indiretto alle previsioni della Direttiva 95/46/CE e della Convenzione europea n. 108.

<sup>30</sup> Tra gli elementi di novità del Trattato di Lisbona occorre segnalare anche l'introduzione, a livello di diritto primario, di una norma di carattere generale sulla protezione dei dati personali (l'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), applicabile a tutti i settori del diritto dell'UE.



# Discriminazione per disabilità e diritti umani: un rapporto tormentato nell'uso del linguaggio giuridico e nel comportamento professionale

Cesarina Manassero, Arianna Enrichens

---

## La disabilità

Martha Nussbaum, in un libro recente<sup>1</sup>, scrive che tra i problemi relativi alla giustizia sociale, alcuni di essi non vengono per nulla esplorati. Tra questi, *in primis*, spicca quello della disabilità, accanto a quello relativo alla condizione giuridica dello straniero ed al trattamento riservato dagli uomini agli animali.

L'autrice fa osservare che l'idea grazie alla quale è ancora comunemente accettato che i disabili godano in modo parziale dei diritti e delle libertà riconosciuti a tutti i cittadini e usufruiscano in misura largamente diseguale di beni primari, quali il lavoro o l'istruzione, è la proiezione popolare di un assunto tipico della teorie contrattuali classiche, secondo cui la società è una forma di mutuo vantaggio.

Ricostruendo l'evoluzione dei sistemi giuridici nazionali rispetto al tema della disabilità, si osserva, in linea generale, la tendenza a passare da una prima fase in cui è stata riconosciuta una tutela "paternalistica" della disabilità ad una seconda fase, in cui la visione prospettica della Nussbaum è stata fatta propria anche dal Legislatore, ed in particolare, da quello comunitario.

La maggioranza degli ordinamenti europei, in un primo tempo, ha riservato ai disabili forme specifiche di protezione sociale: quote nelle assunzioni, trasferimenti monetari, servizi di assistenza e di cura, sempre all'insegna di una visione che presupponeva il considerare il disabile come un diverso, una persona da tenere separata dagli altri.

La rottura con questa tradizione costituisce una delle principali novità del diritto antidiscriminatorio e, una recente sentenza del Tribunale di Milano, resa il 4 gennaio 2011, rappresenta un caso su cui riflettere.

Il caso esaminato dal giudice milanese riguarda l'azione intentata dai genitori di alcuni studenti disabili e dall'Associazione Ledha avverso una serie di amministrazioni scolastiche, ai sensi dell'art. 3 l. n. 67 del 2006, volta ad accertare la natura discriminatoria della riduzione, giustificata da mere ragioni di bilancio, delle ore di sostegno scolastico ed al fine di ottenere il ripristino del medesimo

---

<sup>1</sup> Cfr. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, Cambridge-London 2006.

numero di ore dell'anno precedente. Il Tribunale ha accolto il ricorso ed ha statuito che il comportamento censurato costituisce un'illecita discriminazione ai danni degli studenti ed ha condannato le amministrazioni convenute al ripristino delle ore di sostegno in misura pari all'anno precedente, nonché al pagamento delle spese di lite. Il Tribunale ha statuito che la scelta delle amministrazioni scolastiche di ridurre le ore di sostegno agli studenti disabili è discriminatoria e viola le disposizioni della l. n. 67 del 2006, legge in materia di «Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni».

### **Discriminazione diretta o indiretta**

La discriminazione perpetrata deve qualificarsi come diretta o indiretta?

A tale riguardo, si osserva che per discriminazione diretta si intende un comportamento che, per motivi connessi alla disabilità, comporta un trattamento meno favorevole, rispetto ad una persona non disabile in situazione analoga.

Mentre la discriminazione è indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento, pur essendo apparentemente neutri, mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone.

Il Tribunale di Milano ha ritenuto che la condotta delle amministrazioni integrasse una discriminazione indiretta ai danni degli alunni disabili.

Alla luce delle definizioni normative sopra riportate, il comportamento censurato poteva – ed anzi – doveva essere qualificato come discriminazione diretta, in ragione del fatto che la riduzione delle ore degli insegnanti di sostegno integra una condotta in forza della quale la persona disabile, proprio in ragione della sua disabilità, viene fatta oggetto di un trattamento sfavorevole e di una condizione di svantaggio, rispetto alle persone normodotate.

Ed invero, la comparazione degli effetti del provvedimento censurato sull'insieme degli studenti, in assenza di una corrispondente contrazione della didattica anche per gli studenti normodotati, rende evidente che il comportamento delle amministrazioni resistenti ha inciso direttamente ed esclusivamente sul diritto all'istruzione degli studenti portatori di handicap e che, pertanto, esso possa qualificarsi come discriminazione in forma diretta ai danni di questi ultimi.

A fronte di ciò, le amministrazioni convenute hanno tentato di giustificare il proprio operato attraverso argomentazioni volte a sostenere l'esistenza di oggettivi tagli alle voci di bilancio.

Tuttavia, mere ragioni di bilancio non possono certamente considerarsi prevalenti rispetto al fondamentale diritto allo studio e all'istruzione.

Ed invero, se esiste – come esiste alla luce dell'art. 3 della Carta costituzionale – un obbligo di adottare tutte le misure necessarie a garantire l'uguaglianza sostanziale tra tutti i cittadini (obbligo che si traduce, nel caso di specie, nella predisposizione di insegnanti di sostegno per le persone disabili e nella garanzia della loro presenza negli istituti scolastici, anche attraverso lo stanziamento



di adeguate voci di spesa pubblica), deve, *a fortiori*, ritenersi sussistente il divieto di sopprimere senza giustificato motivo le azioni positive già adottate e considerate acquisite dai consociati.

Tale pronuncia, dunque, pare particolarmente importante posto che sottolinea come l'obbligo di adottare misure che garantiscano l'uguaglianza sostanziale tra i cittadini – ed il corrispondente divieto di sopprimere ingiustificatamente le azioni positive già realizzate – deve intendersi come un fondamentale onere in capo sia ai privati, sia, a maggior ragione, in capo allo Stato ed alle amministrazioni pubbliche, a cui – per primi – la Costituzione affida il compito di garantire l'attuazione dei fondamentali diritti della persona.

Nella motivazione della pronuncia il giudice parrebbe aver tralasciato un accenno alle fonti comunitarie sulla materia. Ad un esame attento, sono le fonti comunitarie ad aver contribuito notevolmente a far progredire il riconoscimento dei diritti del disabile come persona. A motivo di ciò, non possiamo non tracciarne un quadro sintetico.

### L'Unione europea e la disabilità

Cronologicamente, le tappe che hanno condotto all'emanazione di una direttiva quadro in materia di disabilità soltanto nel 2000, sono state articolate sin dal 1993 con l'emanazione del Libro Verde sulla politica sociale europea, seguito nel 1996 dalla Comunicazione della Commissione europea sulla parità di opportunità per i disabili e nel 1999 dalla Risoluzione del Consiglio sulla parità di opportunità in materia di occupazione per i disabili. Si è sempre trattato, però di atti, che hanno avuto scarsa efficacia a livello di normativa interna degli Stati membri<sup>2</sup>.

L'approccio di diritto diseguale, infatti, viene soltanto rovesciato dalla direttiva n. 2000/78/Ce che individua l'obiettivo primario nella «lotta alle discriminazioni fondate (fra gli altri motivi) sulla disabilità, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento»

Per la prima volta, inoltre, viene espressamente previsto l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli che adattino l'ambiente e le condizioni di lavoro alle persone disabili.

Si nota, dunque, un intervento normativo, che pone al centro la tutela dell'eguale dignità di tutti gli essere umani<sup>3</sup>.

Tale strategia antidiscriminatoria si è particolarmente rafforzata ed è, si auspica, destinata a rafforzarsi con l'inserimento esplicito delle discriminazioni basate sulla disabilità fra le discriminazioni vietate dal Trattato di Amsterdam,

---

<sup>2</sup> Per un quadro più ampio, v. G. QUINN (a cura di), *Disability Discrimination Law in the EU Member States, Reporto on the E.U. Network of Experts on Disability Discrimination*, reperibile sul sito web <http://europa.eu.int/comm/employment-social/fundamental-rights/index.en.htm>.

<sup>3</sup> Sull'approccio promozionale dell'inserimento dei disabili nel mondo del lavoro e della formazione, v. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 116 ss.

che nel 1998 inserisce nel Trattato Ce l'art. 13, e dalla Carta di Nizza agli articoli 21 e 24.

Tale quadro normativo deve essere completato con la Convenzione sui diritti dei disabili approvata dall'ONU il 13 dicembre 2006. Questa fonte, che è stata definita dal Segretario Generale delle Nazioni Unite, come il primo trattato sui diritti umani del XXI secolo, ha un ambito di applicazione molto ampio, comprendo aree quali quelle della mobilità, della salute, dell'istruzione, del lavoro, della partecipazione alla vita politica.

Essa in combinato disposto con la normativa comunitaria sopra citata sono dunque uno specchio dell'alba di una nuova era per 650 milioni di persone in tutto il mondo<sup>4</sup>.

Né il diritto comunitario né il diritto internazionale stabiliscono nuovi diritti in capo alle persone disabili. La vera innovazione consiste nel guardare alla disabilità non come questione di tipo assistenziale, ma come una questione di diritti umani, di partecipazione alla vita della comunità ed, in sintesi, per usare le parole della Nussbaum, come una questione di giustizia sociale.

Anche a livello linguistico, si tratta di rovesciare l'ottica prospettica sul baricentro della tutela antidiscriminatoria dei disabili, modificando il concetto legale di discriminazione<sup>5</sup>.

Questo rovesciamento, ci pare, sia stato compiuto grazie al contributo della giurisprudenza comunitaria sul punto, che ha messo a fuoco in modo più efficace il concetto di disabile.

La condizione di disabilità, infatti, è un concetto in via di evoluzione. Essa, infatti, non è solo una condizione soggettiva di menomazione, ma è il risultato dell'interazione fra quella menomazione e gli ostacoli che si frappongono alla piena partecipazione dei disabili alla vita sociale.

Non si tratta di una mera elucubrazione linguistica, perché il riduttivo modello medico della disabilità viene perpetuato se la definizione di disabilità copre solamente un certo gruppo di persone realmente disabili, ovvero se non tutte le persone interessate dalla discriminazione per disabilità ricevono adeguata protezione.

A giudizio degli esperti della Rete europea sulla disabilità, la definizione più corretta di disabilità dovrebbe essere connessa non soltanto ad una menomazione, ma anche ad una malattia cronica o ad una disfunzione; non dovrebbe essere basata su una determinazione troppo rigida del grado di disabilità; dovrebbe riferirsi a menomazioni passate, presenti, future e riconosciute o a malattie croniche e ad esse connesse.

<sup>4</sup> Di questo avviso, M. BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano 2007, p. 81.

<sup>5</sup> Il riferimento linguistico al concetto di disabilità usato dal diritto comunitario è quello di *impairment*.

Gli ostacoli che sono alla base della discriminazione per disabilità possono essere di varia natura: barriere fisiche, ma soprattutto attitudini mentali.

Un importante contributo alla discussione su una nozione di disabilità, che si potrebbe definire magmatica, è stato fornito anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Due sono le pronunce più importanti sul tema e riguardano specificamente il tema del rapporto tra disabilità ed inserimento lavorativo.

La prima pronuncia è quella relativa al caso *Chacon Navas c. Euresst Collectividades SA*<sup>6</sup>, deciso nel luglio del 2006.

Si trattava di una lavoratrice in congedo per malattia da otto mesi ed in attesa di un'operazione. La malattia comportava l'assenza totale dal lavoro e dunque il mancato svolgimento della prestazione lavorativa; dalle informazioni assunte dal giudice in servizio presso il Servizio Sanitario Pubblico era risultato che non ci si poteva attendere che la signora Chacon Navas potesse tornare al lavoro in breve tempo; il licenziamento era già stato dichiarato dal giudice nazionale privo di giustificato motivo, perché imputabile unicamente all'assenza per malattia. La qualificazione del licenziamento come discriminatorio rilevava solo ai fini delle conseguenze: nell'ordinamento spagnolo, mentre nel caso di licenziamento ingiustificato il datore di lavoro può scegliere fra riassunzione e risarcimento, nel caso di licenziamento discriminatorio la sanzione è sempre quella della reintegrazione.

Il giudice spagnolo remittente si domanda, in particolare, se una malattia in quanto causa di un eventuale futuro handicap, in linea di principio, possa essere assimilata all'handicap in quanto tale.

In sintesi la malattia potrebbe risolversi in disabilità ampiamente intesa e dunque in via subordinata il giudice richiede di estendere per analogia dalla disabilità alla malattia il divieto di discriminazione.

L'Avvocato generale, Geelhoed, nelle sue argomentazioni, evidenzia l'importanza di giungere ad una interpretazione comunitaria conforme della nozione di disabilità, «non foss'altro che per assicurare al divieto di discriminazione un minimo di necessaria unità nell'ambito dell'applicazione *ratione personae* e *ratione materiae*».

La disabilità è una nozione più ampia, mutevole e sensibile al contesto sociale, e non una nozione puramente medica.

I giudici, non sottraendosi al richiamo alla prudenza formulato dall'Avvocato generale, giungono pertanto alla conclusione che una persona licenziata esclusivamente per causa di malattia non rientra nell'ambito di operatività del divieto di discriminazione contro i disabili.

In un conciso, ma significativo passaggio, i giudici precisano che «è ben vero che nel novero dei diritti fondamentali che costituiscono parte integrante

---

<sup>6</sup> C. Giust. CE 11 luglio 2006, *Chacon Navas c. Euresst Collectividades SA*, causa C-13/05, reperibile sul sito web <http://www.europa.eu.lex/curia>

dei principi generali del diritto comunitario compare segnatamente il divieto generale di discriminazione [...] Da ciò non consegue tuttavia che l'ambito di applicazione della direttiva 2000/78 debba essere esteso per analogia al di là delle discriminazioni fondate sui motivi enunciati».

La seconda importante pronuncia è rappresentata dalla sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2008, noto come il caso *Coleman*<sup>7</sup>. La decisione della Corte muove dalla vicenda della signora Coleman, segretaria presso uno studio legale che, al rientro dal congedo di maternità, assumeva di aver subito discriminazioni e molestie sul lavoro fondate sull'handicap del proprio figlio, discriminazioni di una gravità tale da costringerla a dimettersi. In particolare, diversamente da altri lavoratori i cui figli non erano affetti da disabilità, la lavoratrice era stata assegnata a mansioni diverse rispetto alle precedenti, si era vista rifiutare il regime di orario flessibile, regime che ad altri era stato accordato, così come i permessi necessari per la cura del minore. A questi comportamenti si erano aggiunti commenti ingiuriosi nei suoi confronti e del figlio.

La questione decisa dalla Corte di Giustizia, tuttavia, non riguarda il merito della valutazione di tali comportamenti, quanto piuttosto l'estensione delle tutele di cui alla direttiva n. 2000/78. In questo caso, infatti, il comportamento discriminatorio non aveva colpito direttamente il portatore di handicap, bensì la lavoratrice madre di un bambino con disabilità. Sul punto, la Corte ha stabilito che la direttiva n. 2000/78 trova applicazione anche a beneficio del genitore della persona affetta da handicap il quale subisce direttamente discriminazioni o molestie fondate sull'handicap del figlio a cui egli presta «la parte essenziale delle cure di cui questi ha bisogno». Questa interpretazione estensiva delle tutele antidiscriminatorie, sottolinea la Corte, non rappresenta un ampliamento del concetto di handicap, oggetto di tutela normativa, ma piuttosto il riconoscimento della necessità di dare effettiva attuazione ai principi della direttiva stessa, indipendente dalla situazione soggettiva di chi subisce la discriminazione. La madre, in qualità di *care giver*, è tutelata anche se il soggetto affetto da handicap è il figlio perché le condotte discriminatorie hanno avuto lei come destinataria. La tutela del figlio, infatti, diviene effettiva solo attraverso la tutela diretta del genitore e della sfera giuridica di relazione di questi con il figlio.

Nella sentenza da cui traggono origine queste brevi considerazioni “sparse”, il giudice italiano, aderendo alla visione più ampia proposta dal diritto comunitario, dà prova di aver fatto propria questa impostazione.

La nozione posta alla base della discriminazione per disabilità è quella di chi considera il disabile come portatore di pari diritti rispetto alle persone normodotate, di chi esce dalla mera ottica della menomazione, e di chi garantisce che al disabile sia garantito l'inserimento nella vita della comunità.

<sup>7</sup> V. C. Giust. CE 17 luglio 2008, C-333/06 *Coleman*, in *Bollettino Adapt*, 27/2008, in [www.fmb.unimore.it](http://www.fmb.unimore.it).

## Considerazioni finali

Allorquando si analizza la normativa antidiscriminatoria, ed in particolare quella relativa alle misure favorevoli/ragionevoli per il disabile, si può andare incontro ad una prima obiezione di chi, ponendosi in un'ottica liberale più "tradizionalista" afferma che tali disposizioni si traducono in un trattamento preferenziale a favore dei disabili, e che, come tali, possono configurare una deviazione dal principio di eguaglianza.

Un altro aspetto è che nelle nuove norme si manifesti un contrasto tra la dimensione individuale e la dimensione collettiva della discriminazione.

Il modo migliore per superare queste tesi non è quello di negare che una contraddizione possa esistere. Non vi è dubbio che queste misure di favore costituiscano una deroga al principio di eguaglianza. Si tratta però di considerare, in particolare alla luce delle direttive comunitarie e della giurisprudenza della Corte di giustizia, che qualsiasi legislazione antidiscriminatoria ha come obiettivo quello di combattere ogni forma di discriminazione che traduca la differenza in esclusione sociale.

Non discriminare, in questo senso, significa garantire un trattamento differenziato, preferenziale, attento alla dimensione sociale della condizione del disabile.

Anche la Corte Suprema degli Stati Uniti ha precisato più volte che, nella valutazione dei casi di discriminazione dovuta a disabilità alla stregua dell'*Americans with Disabilities Act* 1990 (ADA, «la legge prevede trattamenti preferenziali sotto forma di soluzioni ragionevoli necessarie affinché gli individui con disabilità possano godere delle stesse opportunità di cui le persone senza disabilità beneficiano automaticamente; altrimenti 'regole neutre non consentirebbero ai disabili il pieno godimento di un *basic floor of opportunities* a livello di diritti fondamentali»).

Si tratta, pertanto, di sposare una concezione asimmetrica di uguaglianza, in virtù della quale non ogni differenza di trattamento costituisce discriminazione, ma soltanto quella che si traduce in uno svantaggio per il gruppo protetto.

Il ruolo dell'avvocato diventa, in questo quadro, sempre più promozionale, rispetto all'effettività dei diritti umani<sup>8</sup>.

Il principio di dignità della persona umana, ribadito dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, evidenzia che «le Parti proteggono l'essere umano nella sua dignità e nella sua identità e garantiscono ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti di libertà fondamentali».

---

<sup>8</sup> In questo senso, per un approfondimento, G. ALPA - A. MARIANI MARINI (a cura di), *I diritti umani e fondamentali nella formazione dell'avvocato europeo. Atti del convegno, promosso dal CNF e dalla Scuola Superiore dell'Avvocatura*, Plus, Pisa University Press, Pisa 2010, pp. 25 ss. Dello stesso avviso, M. NASCIBENE, *La professione forense nell'Unione europea*, IPSOA, Milano 2010, con un'ampia raccolta giurisprudenziale.

La legalità dell'ordinamento interno si misura sulla nozione di dignità. Non spiace dunque l'enfasi di una studiosa dell'Università di Montreal<sup>9</sup> che parla di dignità come di un concetto trinitario, in quanto riferito alla persona e perciò alla sua dimensione organica, fisica e simbolica.

La dignità che apre la Carta europea dei diritti fondamentali ha un forte significato simbolico e identitario, perché ci ammonisce che l'Unione europea non aspira solo ad un'integrazione economica, ma delinea un modello di sviluppo che pone al centro la persona ed in ciò fa consistere la sua ragione d'essere.

In questo momento storico, ci pare vi sia, per dirla con Rodotà, una «milizia civile» formata da giuristi ed avvocati/e, i quali facendo perno su nozioni di diritto comunitario, ed in particolare sulla Carta, strumento di civiltà, prima che strumento giuridico, tentano di fare breccia nel sistema giuridico nazionale per rendere più effettivi i diritti umani.

In questo «mondo che cambia» per dirla con Anthony Giddens, l'avvocato con la sua identità liquida<sup>10</sup> è costretto, al pari di tutti, a sottoporsi ad un incessante cambiamento, ad una continua scelta sul proprio modo di essere in rapporto al modo di essere fluttuante che ci circonda.

Il sistema di mercato e della concorrenza si fonda, legittimamente, sulla logica del profitto, che tuttavia, se deregolamentata, è destinata a prevalere sui diritti dei cittadini senza potere, che sono i più, con livelli di iniquità sociale e spregiudicatezza morale inaccettabili. L'avvocatura, che per sua natura non può essere ridotta a mercato, può esserne travolta e sfigurata<sup>11</sup>.

Il problema, suggerisce Bauman, non è quello di combattere la globalizzazione ed il mercato, perché questo si concretizzerebbe in un'opposizione senza speranza, perché «è come essere contro le eclissi di sole», ma piuttosto di come controllare certi processi e trasformarli in opportunità. Questo richiede lungimiranza e coraggio, al fine di interpretare le regole esistenti, per tutelare efficacemente diritti e libertà, arginando lo straripamento e l'abuso di poteri dominanti, siano essi politici, economici o finanziari.

Nel caso di specie, gli avvocati promotori di questo *leading-case* hanno saputo, unitamente al Giudice, promuovere la cultura dei diritti fondamentali<sup>12</sup>,

<sup>9</sup> V. B.M. KNOPPERS, *Human Dignity and Genetic Heritage*, in *Study Paper Law, Law Reform Commission of Canada*, 1991, p. 23.

<sup>10</sup> V. A. GIDDENS, *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, il Mulino, Bologna 2000.

<sup>11</sup> Per un ampio quadro, v. A. MARIANI MARINI, *Agli antipodi dell'Azzecagarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, Jovene, Napoli 2009, pp. 168 ss.

<sup>12</sup> Già Ipazia di Alessandria, nel IV secolo d.C., evidenziava l'importanza del metodo del saper interpretare. Ella scriveva: «Lo schema concettuale del ricercatore è adeguato se egli sa cambiare orientamento e sviluppare nuove interpretazioni [...] perché con l'intelletto interrogo il mondo. Il desiderio è quello di investigare la realtà per cambiare la propria vita e il mondo che ti circonda». Ci pare che queste parole debbano essere rivalutate sia dagli

contribuendo a colmare la distanza tra chi ha il potere di difendere i propri diritti e chi di fatto non ha la possibilità di esercitarlo, tutelando i diritti della collettività rispetto all'individualismo travolgente dell'*homo aeconomicus*.

Questo comportamento diventa cruciale per l'avvocato, soprattutto alla luce delle recentissima pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Graziani-Weiss* contro Austria, deciso il 18 ottobre 2011, la quale ha confermato il proprio orientamento giurisprudenziale, nel distinguere la professione forense dalle altre attività di prestazione di servizi. I giudici sottolineano il valore sociale della professione forense, che impone all'avvocato di assumere funzioni pubbliche quelle di tutela e curatela di soggetti incapaci, proprio in ragione della particolare qualificazione professionale acquisita e dei doveri deontologici che gravano sul legale. I giudici, in particolare, accostando gli avvocati ai notai ed ai magistrati, evidenziano che questi gruppi di persone devono essere distinti da altri gruppi di persone, che, pur avendo studiato legge e pur avendo ricevuto una qualche forma di "*legal training*", non presentano quel complesso universo deontico di diritti e di doveri, che connotano, invece, "*lawyers, public notaries and judges*".

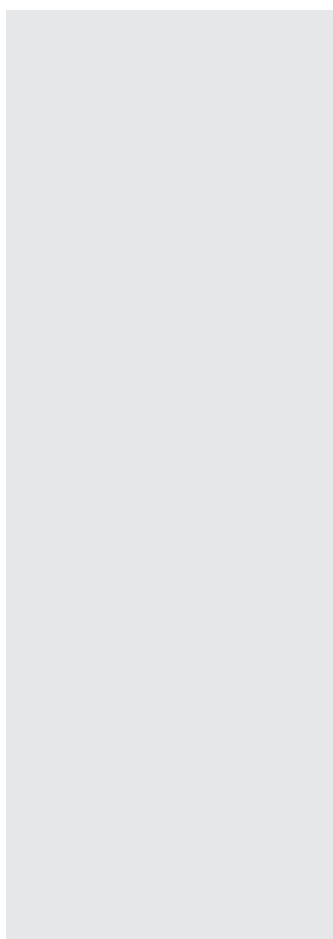
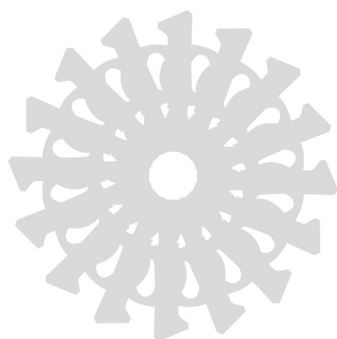
---

Avvocati che dai Magistrati, soli interpreti della scienza giuridica. V. IPAZIA, *Vita e sogni di una scienziata del IV secolo*, a cura di A. PETTA - A. COLAVITO, La Lepre, Roma 2010, p. 311.





# ETICA PROFESSIONALE E DEONTOLOGIA





# Insegnare l'etica delle professioni forensi attraverso le trame narrative: suggestioni dalla satira di Baltasar Gracián

Rossana Ducato

---

## Introduzione<sup>1</sup>

La letteratura, il teatro e, da ultimo, il cinema offrono al giurista la possibilità di guardare da un'altra prospettiva la realtà cui appartiene. Attraverso la rappresentazione del momento processuale o la narrazione di vicende dalla rilevanza giuridica, le trame narrative mettono in luce le incongruenze del sistema-giustizia, portando l'operatore del diritto ad interrogarsi su dilemmi etico-deontologici e sul suo stesso ruolo all'interno della società civile. Un operatore che raramente è considerato nella vicenda narrativa come un protagonista o un personaggio positivo: è semmai l'antitesi del *kalos kai agathos*. La letteratura ci restituisce, infatti, una rappresentazione del diritto e dei suoi professionisti tutt'altro che lusinghiera e la satira è stata uno dei generi maggiormente utilizzati in tal senso.

Nel XVII secolo, la critica del giurista era ormai cristallizzata nella tradizione popolare. Sono prova di ciò alcuni motti di spirito dell'epoca che rimandavano alla venalità e all'ignoranza di giudici e avvocati<sup>2</sup>: «*Abogado sin zienza – o sin konzienza – mereze gran sentenza i penitencia*» (l'avvocato senza scienza – o senza coscienza – merita una gran sentenza e penitenza); «*Librete Dios, ermano, de 'parrafo' de lexista, de 'infra' de kanonista, i de 'ezétera' de eskrivano*» (Liberati o Signore del "paragrafo" del leguleio, dell'"infra" del canonista e degli "etcetera" dell'amanuense)<sup>3</sup>.

La figura dell'avvocato è onnipresente nella satira seicentesca, così come lo sono quelle del medico o del mercante. Questa triade incarna tutte le possibili manifestazioni degli status, degli uffici e delle professioni dedite alla ricerca del

---

<sup>1</sup> Questo papier si inserisce nel solco tracciato dal prof. PASCUZZI con il suo articolo *Diventare avvocati e riuscire ad esserlo: insegnare l'etica delle professioni legali attraverso le trame narrative*, nel numero precedente di questa rivista. Il presente articolo ne vuole costituire un approfondimento tramite l'analisi della prosa satirica di Baltasar Gracián, pensatore politico e teologo morale del periodo barocco.

<sup>2</sup> Come notato da L. SCHWARTZ LERNER, *El letrado en la sátira de Quevedo*, in *Hispanic Review*, LIV/1986, p. 27.

<sup>3</sup> G. CORREAS, *Vocabulario de refranes y frases proverbiales (1627)*, ed. L. Combet, Bordeaux 1967.

guadagno; nei confronti di quanti si dedicavano a queste attività si è rivolta, con diversità di toni e di spirito, l'invettiva di commediografi, poeti, politici o teologi del seicento<sup>4</sup>.

È in questo clima che si inserisce e prende forma il pensiero politico e morale di Baltasar Gracián, autore aragonese del periodo barocco che, come si avrà modo di approfondire, muove la sua critica nei confronti delle professioni legali del suo tempo in maniera paradigmatica, distaccandosi per ingegno, giudizio e vis creativa da quella di altri suoi contemporanei. Con la sua satira si scaglia contro la corruzione di giudici e avvocati al fine di costruire un modello ideale di giurista. La sua produzione letteraria rappresenta, dunque, un valido *exemplum* per affrontare la delicata questione del "saper essere".

### Gracián, chi era costui

La storiografia ha consacrato Baltasar Gracián, gesuita aragonese del '600, come uno dei pensatori politici – orgogliosamente antimachiavellico – e degli scrittori morali più brillanti del *Siglo de Oro*. Fu un teologo morale ed un predicatore di corte particolarmente apprezzato per la sua abilità oratoria; ma la sua fama è dovuta anche ad alcuni *coups de théâtre* (come quando durante un appassionato sermone dichiarò di voler leggere una lettera inviata direttamente dal diavolo ai valenziani)<sup>5</sup> e ad alcuni dissapori con i vertici della Compagnia di Gesù, che osteggiavano la circolazione delle sue opere "profane". Queste ultime, infatti, furono sempre pubblicate dietro pseudonimo (Lorenzo Gracián o García de Marlones) per non incorrere nella censura della Compagnia. Eccezion fatta per il *Comulgatorio*, opera religiosa costituita da cinquanta meditazioni per coloro che si accostano al sacramento della comunione eucaristica, ci sono pervenute sei opere di carattere politico e morale: *El Heroe* (1637), *El político Don Fernando el Católico* (1640), *El Discreto* (1646), *Oráculo manual y arte de prudencia* (1647), *Agudeza y arte de ingenio* (1648) e *El Criticón* (1651, 1653, 1657).

Il *fil rouge* che lega questa produzione letteraria è costituito dall'intento didattico e morale del gesuita aragonese. In Gracián, la realtà è ambigua e ingannevole: il mondo è *al reves*. La sua narrazione è il racconto di una decadenza universale che ha condotto all'attuale capovolgimento di valori: «*la virtud es perseguida e il vicio aplaudido*» (la virtù è perseguita ed il vizio applaudito)<sup>6</sup>, «*la verdad muda, la mentira trilingüe*» (la verità è muta, la menzogna trilingue)<sup>7</sup>. Le cose si mostrano nella loro apparenza ed è necessario decifrarle per poter giungere alla loro essenza. All'uomo non resta che comprendere questo codi-

<sup>4</sup> L. SCHWARTZ LERNER, *op. cit.*

<sup>5</sup> Si tratta della *Epístola de Satanás a los Valencianos*. Cfr J. DE LA COLINA, *Perfil. Gracián, moralista precioso (1601-1658)*, in *Letras Libres*, I/2001, p. 76.

<sup>6</sup> B. GRACIÁN, *El Criticón*, I, VI, *Estado del Siglo*.

<sup>7</sup> *Ibid.*

ce per smascherare gli inganni e trovare la chiave di lettura per interpretare il mondo. La prosa di Gracián mira all'esaltazione del *desengaño*, cioè al disvelamento della verità e alla riaffermazione dell'ordine perduto. C'è dunque una speranza di fondo nel suo discorso: di fronte ad una realtà ingannevole e fuorviante, l'uomo può recuperare non solo la propria dignità che l'umanesimo aveva declamato, ma soprattutto un codice di interpretazione della realtà fenomenica attraverso un processo graduale di autorealizzazione e formazione finalizzato all'"hacerse persona".

Le sue opere vogliono, dunque, rappresentare una guida in questo complesso processo formativo. Gracián si serve dell'allegoria letteraria per interpretare e spiegare l'allegoria del mondo reale, mentre la satira è utilizzata per demistificare gli inganni attraverso il riso. Anche il genere, dunque, non è fine a se stesso né mira al mero diletto del lettore: il proposito è sempre pedagogico e morale. Alla luce di queste premesse, pertanto, dovrà essere interpretata la sua critica mordace contro il mondo della professione forense.

### L'avvocato svelato: allegoria e satira sulla professione forense

Gracián non era un giurista né mai si dedicò all'elaborazione di una teoria generale del diritto; ciononostante nei suoi scritti si rinviene una fitta rete di riferimenti alla giustizia, considerata dal punto di vista morale, sociale e politico. Nell'affrontare l'analisi de *El Criticón*, meditazione allegorico-romanzata in tre atti sulla ricerca della felicità, ci si imbatte in alcuni *loci* paradigmatici per comprendere il pensiero graciano e la sua concezione del diritto. Con delle mirabili miniature allegoriche, l'autore spagnolo tratteggia alcuni caratteri della professione forense del suo tempo, cogliendone luci ed ombre. Dalla *Cueva de la Nada*, il limbo a cui nell'immaginario graciano sono condannati coloro che non meritano di passare alla storia, egli salva soltanto giuristi del calibro di Bartolo da Sassoferrato e Baldo degli Ubaldi, poiché la loro opera era capace di elevare gli animi umani. Si trattava però di un'età dell'oro per il diritto e la professione legale, la cui preziosa eredità era stata gradualmente smarrita nell'epoca di Gracián.

Egli, pertanto, ne *El Criticón* non intende demolire il diritto e le istituzioni in quanto tali, ma vuole colpire con la sua satira le corruzioni e le contraddizioni di un sistema che non è più in grado di svolgere la funzione per cui era stato istituito. Come un medico dell'anima, Gracián vuole mettere a nudo il problema per porvi rimedio. La messa alla berlina della professione forense è una medicina amara, ma rappresenta il primo passo che l'autore belmontino compie per riportare il diritto alla sua antica autorità.

La professione di avvocato è compromessa dallo svilimento morale e dalla *codicia* (avidità) imperante che ha corrotto questo mestiere<sup>8</sup>. Fin dalla prima

<sup>8</sup> M. GRANDE YAÑEZ, *Tipología de la Justicia en Baltasar Gracián*, in J. SAN MARTIN - J.M. AYALA MARTINEZ (a cura di), *Baltasar Gracián. Tradición y Modernidad, Actas del Simposio Interna-*

apparizione del termine “*letrado*” (leggasi avvocato) ne *El Criticón*, Gracián ci lascia intendere con una sola frase la considerazione che ha della categoria. Se l’obiettivo più alto cui può ambire l’essere umano nel suo processo di formazione è il divenire persona, il *letrado* non ne ha alcuna speranza: avvocato e persona sono due categorie antitetiche. Il problema si annida già nella fase della formazione del giurista: l’Università, infatti, non adempie alla sua missione pedagogica e di educazione all’arte del vivere; non prepara a diventare persone, ma sforna un esercito di *letrados*, di tecnici e legulei potenziali attentatori dei beni e delle sostanze altrui: «*De Salamanca se dijeron leyes, donde non tanto se trata de hacer personas, quanto letrados, plaza de armas contra las haciendas*»<sup>9</sup>.

La venalità è uno dei tratti peculiari che caratterizza il mestiere dell’avvocato. Per quanto possano esistere *gran letrados* essi saranno sempre “*malintencionados*”<sup>10</sup> e si dedicheranno a “*los cohechos*”<sup>11</sup> (corruzione); Gracián non manca di sottolineare questo legame tra il denaro e la professione forense: «*Con una palmada que da un letrado en un Bártulo, cuyo eco resuena allá en el bartolomico del pleiteante, ¿no hace saltar los ciento y los doscientos al punto, y no de la dificultad? Advertid que jamás da palmada en vacío y, aunque estudia en Baldo, no es de balde su ciencia*»<sup>12</sup>.

Il paragrafo ha una notevole *vis comica*: il rumore che fa l’avvocato nel consultare il libro di Bartolo (quindi, non appena l’avvocato si appresta a fornire il proprio servizio) riecheggia nelle tasche del cliente; con un gesto, quindi, l’avvocato fa smaterializzare somme di denaro dalla borsa della parte, ma non elimina le difficoltà del caso. L’autore tiene a precisare che, sebbene i *letrados* leggano e studino Baldo, la loro scienza, coscienza e conoscenza sono di consistenza ben diversa rispetto a quelle dell’illustre predecessore.

Gli avvocati, inoltre, come rapaci insaziabili, si avventano su tutte le possibili occasioni di guadagno. Nella crisi *Los prodigios de Salastano* (anagramma di Lastanosa cui è dedicato il secondo libro del *Criticón*), i due protagonisti Andrenio e Critilo si intrattengono in una discussione sul basilisco e sulla sua capacità di uccidere chiunque lo guardasse negli occhi. Qui Gracián ne approfitta per fare una similitudine impietosa: come il mitico animale che con uno

---

*cional sobre Baltasar Gracián en el IV Centenario de su Nacimiento*, Servicio de Diputación Provincial de Zaragoza, 2002.

<sup>9</sup> B. GRACIÁN, *El Criticón*, I, X, *El maso paso del salteo*. Salamanca è l’Università di Diritto per antonomasia, la più antica e prestigiosa di Spagna. L’inciso «*donde se dijeron leyes*» è l’ennesimo doppio significato implicito di cui Gracián dissemina i suoi testi: da un lato, si allude al fatto che a Salamanca si studiasse il diritto; dall’altro “*echar leyes a uno*” significa condannare.

<sup>10</sup> B. GRACIÁN, *El Criticón*, II, XI, *El tejado de vidrio y Momo tirando piedras*.

<sup>11</sup> *Ibid.*, II, X, *Virtelia encantada*.

<sup>12</sup> *Ibid.*, II, III, *La cárcel de oro y calabozos de plata*.

sguardo è in grado di «*echar en la sepultura*»<sup>13</sup> (mandare all'altro mondo) così anche l'avvocato con una semplice occhiata a documenti, testamenti e processi distrugge gli averi dello sfortunato litigante: «*Déjenme ver el proceso, dice el abogado, quiero ver el testamento, veamos papeles, y tal es el ver, que acaba con la hacienda y con la substancia del desdichado litigante, que en ir a él ya fue mal aconsejado*»<sup>14</sup>.

Insomma, già rivolgersi ad un avvocato costituisce un errore ed è frutto di cattivi consigli. A questi vizi che guastano dall'interno la professione forense, se ne affianca un ulteriore particolarmente odioso, quale la vanità: «*Con este humo de la bonrilla [...] se alimenta el letrado, y todos se van tras él*»<sup>15</sup>.

L'ambizione, la superbia e l'eccessiva considerazione di sé alimentano l'avvocato che facendosi forza di queste presunte qualità si impone su gli altri uomini, li inganna e gli fa credere ciò che vuole. Ciò che conta non è l'essere ma l'apparire. Non importa la preparazione né lo studio: basta autoincensarsi ad arte. Uno dei compiti dell'avvocato per avere successo deve essere quello di ostentare le conoscenze di cui è privo per apparire ciò che non è.

Arroganza, venalità e vanità vanno di pari passo con l'ignoranza. In particolare, nella crisi *El Mundo descifrado* dove il Descifrador – ossia colui che è in grado di andare al di là dell'apparenza delle cose perché ha imparato a tradurre le *cifras* e *contracifras* del mondo – insegna ai due pellegrini a leggere la realtà, si assiste ad una curiosa carrellata di personaggi derivati da figure retoriche e linguistiche. Accanto alle persone, sfilano: i dittonghi, cioè coloro che riuniscono in sé gli opposti di una medesima cosa; gli *etcetera*, metafora dell'ambiguità; i *quitildeque*, figura onomatopeica assimilabile al nostro *blablabla*, ossia coloro che parlano a vanvera; gli *zancón*, che non sono lettere ma tratti sproporzionati nei testi manoscritti, alludendo così agli uomini alti, ma non grandi (e quindi privi di grazia e valore); infine, chiude questa rassegna l'*alterutrum*, ovvero colui che è sia l'uno che l'altro, né l'uno né l'altro, le due cose al contempo e una volta una cosa ed una volta un'altra<sup>16</sup>: il voltagabbana. Tra le *cifras*, quella del voltagabbana è la figura più complessa da decifrare ed è precisamente all'interno di questa categoria che rientrano gli avvocati.

Il quadro della professione legale spagnola è pressoché desolante e fino alla fine Gracián non gli risparmia stoccate. Addirittura il gesuita spagnolo lascia ironicamente intendere che in passato per gli uomini fosse possibile raggiungere una straordinaria longevità principalmente grazie alla presenza della virtù e della giustizia nel mondo e, contemporaneamente, all'assenza di avvocati e sceriffi<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> *Ibid.*, II, II, Los prodigios de Salastano.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*, III, VII, *La hija sin padres en los desvanes del mundo*.

<sup>16</sup> B. GRACIÁN, *El Criticón*, a cura di SANTOS ALONSO, Cátedra, Madrid 2009, pp. 620-621.

<sup>17</sup> B. GRACIÁN, *El Criticón*, III, VIII, *La Cueva de la Nada*.

L'avvocato non è una persona, non pratica la virtù, persegue solo il suo interesse personale con avidità ed è una summa dei vizi dell'umanità. Un beccero calcolatore che poco ha a che vedere con la giustizia. Nella crisi *Anfiteatro de monstruosidades* è indicativa l'allegoria con cui Gracián descrive un mostro, talmente terribile da non essere neanche nominato e da mettere immediatamente in fuga i due pellegrini: «*Fue a meter el pie Critilo y al punto encontró con un monstruo horrible; porque tenía las orejas de abogado, la lengua de procurador, las manos de escribano, los pies de alguacil*»<sup>18</sup>. Sono parole ironiche e caustiche. Gli operatori del diritto, dall'avvocato al procuratore, non possono condurre a nulla di buono se non alla creazione di una macchina mostruosa dalla quale è bene tenersi alla larga.

La decadenza universale non colpisce solo l'avvocatura ma anche le altre professioni legate al mondo del diritto. Non ne escono indenni nemmeno i giudici, anche se Gracián sembra guardare loro con uno spirito diverso; sembra, anzi, mostrare compassione e la sua satira ammorbidisce i toni stemperandosi quasi in un senso di commiserazione.

La crisi del diritto è a tutti i livelli ed è espressione del generale decadimento morale dell'epoca. Infatti, se il mondo è al contrario, anche il diritto non può che subire la stessa sorte e così con un abile gioco di parole ciò che dovrebbe essere diritto e, quindi anche etimologicamente, retto è, invece, storto<sup>19</sup>; il Digesto, la fonte più autorevole, è mal digerito, cioè mal interpretato: «*el Derecho anda tuerto y aun a ciegas, el Digesto mal digerido, yendo a parar en la Cueva de la Nada, no siendo ni valiendo nada*»<sup>20</sup>.

Il Diritto ha perduto nella società spagnola seicentesca la sua funzione e vaga alla cieca<sup>21</sup>. *L'autoritas* e tutta la tradizione giuridica sono state spodestate. In un successivo passaggio riprende il concetto, spiegando che «*el derecho es tuerto; y ha llegado el hombre a tal punto de desatino, que no sabe cuál es su mano derecha, pues pone el bien a la izquierda, lo que más le importa echa a las espaldas, lleva la virtud entre pies, y en lugar de ir adelante vuelve atrás*»<sup>22</sup>.

Il diritto non è più in grado di indirizzare il comportamento umano né di indicare il *discrimen* tra bene e male, tra giusto e ingiusto. Ciò ha ingenerato nell'uomo una confusione tale che la virtù anziché essere innalzata è calpesta-

<sup>18</sup> B. GRACIÁN, *El Criticón*, II, IX, *Anfiteatro de monstruosidades*.

<sup>19</sup> «*Tuerto*» sta sia per il participio di *torcer* (e quindi storto) che per «*tuerto de la vista*», ossia *guercio*. Quest'ultimo significato si lega al successivo «*a ciegas*».

<sup>20</sup> B. GRACIÁN, *El Criticón*, III, VIII, *La Cueva de la Nada*.

<sup>21</sup> Tale inciso non è un orpello stilistico, ma ha un ben preciso significato. Uno dei concetti chiave nel pensiero graziano è quello di prudenza. Il prudente non è solo colui che valuta con ocularità la situazione, sa cogliere l'occasione e sfruttarla a suo vantaggio. Egli è anche colui che è in grado di prevedere e, quindi di vedere prima degli altri. Se il diritto è cieco, allora è privo di una delle virtù fondamentali quali la prudenza.

<sup>22</sup> B. GRACIÁN, *El Criticón*, I, VI, *Estado del Siglo*.



ta, e l'uomo anziché andare avanti (anche in senso morale e spirituale) torna indietro.

E, dunque, se il diritto non è più sinonimo di giustizia, anche i tribunali diventano luoghi dell'inganno «*donde no se oyen sino mentiras*» (dove si ascoltano solo menzogne)<sup>23</sup>.

### La satira (è) morale

Dal punto di vista stilistico, in Gracián confluiscono la tradizione satirica greco-latina, la parodia burlesca medievale, la satira del XVI secolo contro l'ignoranza e la superstizione, l'imitazione di alcuni contemporanei tra cui Quevedo e soprattutto «*el espectáculo mismo de la vida española*»<sup>24</sup>. Come brillantemente sottolineato Gracián «in quanto umanista venera l'erudizione; in quanto religioso, detesta l'ipocrisia dei falsi devoti. Per questo motivo mostra una particolare irritazione nei confronti dei pedanti che fanno ostentazione di una cultura superficiale e degli ipocriti che mostrano una finta virtù»<sup>25</sup>. La satira del teologo castigliano verso la categoria dei giuristi possiede però una *vis* invettiva ulteriore, probabilmente dovuta all'esperienza diretta dello stesso Gracián che, suo malgrado, dovette avere a che fare con la giustizia e con la censura operata dai gesuiti.

Nonostante le proprie vicissitudini personali, che di certo non lo portarono a nutrire fiducia nei confronti della classe forense spagnola, la critica di Gracián ha comunque una finalità pedagogica e morale. L'ironia e il riso sono sempre subordinati al «gustoso» insegnamento. Gracián non contesta le istituzioni esistenti, ma si scaglia contro la corruzione e gli abusi perpetrati dagli uomini all'interno di queste.

In Gracián, infatti, sarebbe ancora viva l'aspirazione greca per cui il diritto non solo dovrebbe servire a disciplinare le condotte o ad organizzare la società, ma dovrebbe anche occuparsi di «rendere gli uomini virtuosi». Il giudice, anziché applicare rigorosamente la legge positiva, dovrebbe preoccuparsi del reo e, con l'infrazione della pena, cercare di eliminare le tracce del vizio. Ma l'aspetto forse più pregnante riguarda proprio la professione forense: c'è una possibilità di redenzione. I *letrados* devono diventare *persone* e, dunque, iniziare quel percorso di formazione etica, morale e filosofica che Gracián ha delineato nell'evoluzione delle sue opere.

Gli avvocati devono «*saber sabiéndose*» (imparare conoscendo/si): devono vincere in primo luogo il vizio dell'ignoranza, approfondendo la loro preparazione culturale e letteraria. Ma ciò non è sufficiente. All'educazione giuridica deve essere affiancata quella morale: è questo il *punctum dolens* dell'insegna-

<sup>23</sup> *Ibid.*, III, III, *Verdad de parto*.

<sup>24</sup> M. ROMERA-NAVARRO, *El humorismo y la sátira de Gracián*, in *Hispanic Review*, X/1942, p. 126.

<sup>25</sup> *Ibid.*

mento universitario. Salamanca, l'università per antonomasia, è colpevole di aver creato dei giuristi abili ma non colti, dottori ma non dotti, tecnici ma non etici. Non esisteva ancora un concetto di deontologia professionale allora, eppure, sembra voler alludersi proprio a qualcosa di simile, cioè a delle regole di disciplina e di condotta in grado di frenare gli eccessi di cupidigia e i comportamenti poco onesti da parte di alcuni esponenti, tali da gettare discredito sull'intera categoria.

## Conclusioni

Il passaggio dal Rinascimento al Barocco lascia l'uomo e l'umanista di fronte all'ambiguità, al misto demoniaco, al mondo al contrario: il gesuita si adoperò per fugare questa tendenza verso il non-senso, aggrappandosi alla ricerca della virtù; solo l'etica è in grado di ristabilire l'equilibrio nel mondo civile, il cui disordine è dovuto alla mancanza di giustizia. Se il discorso graciano, le sue caricature della professione forense e le sue allegorie sul mondo del diritto, suscitano in noi ancora qualche risata ciò è testimonianza dell'incredibile attualità del pensiero del gesuita belmontino; dall'altro lato, però, ciò dovrebbe indurre a riflettere sul fatto che la considerazione della professione legale non è poi così cambiata nel corso dei secoli: vizi e virtù sono le stesse che hanno fornito materiale agli scrittori satirici tanto nell'antica Roma quanto nell'epoca attuale.

Se, dunque, le critiche che possiamo muovere al mondo del diritto e ad i suoi operatori sono simili a quelle che venivano mosse quattrocento anni fa varrebbe allora la pena di provare a riproporre un ingegnoso *speculum* per la professione forense e per il mondo del diritto nel suo complesso, (ri)partendo dalla formazione del giurista. Quest'ultima tende ad essere appiattita, specie negli anni del percorso universitario, sull'acquisizione del sapere giuridico; durante il praticantato si imparano quelle ulteriori abilità (come la capacità di negoziazione, il parlare in pubblico, strategie di *problem solving*, ecc.) che abbiamo indicato con la locuzione "saper fare"; ma alla fine dell'iter formativo non è detto che il neo-avvocato sia in grado di comprendere il contesto in cui opera e adottare i comportamenti più appropriati (il saper essere). Si tratta di un "saper" che non può essere identificato con le sole norme deontologiche, ma che rimanda a qualcosa di più complesso e articolato: un *quid* che non può essere solamente insegnato o imparato per imitazione. Il saper essere è un processo lento di evoluzione e maturazione che, però, può essere agevolato.

L'uso delle trame narrative costituisce uno dei possibili metodi per portare avanti questo percorso, in quanto esse possono condurre lo studente universitario a confrontarsi con alcune questioni di carattere etico e morale che sicuramente incontrerà nel prosieguo della propria carriera. Come si è già avuto modo di sottolineare, l'esempio letterario non è funzionale ad imporre una determinata "visione del mondo" né deve fungere da dictat, stabilendo quale comportamento sia giusto e quale sia sbagliato. Il compito dell'opera artistica

è quello di suscitare dilemmi e interrogativi; spetterà al lettore o allo spettatore fornirne un'interpretazione personale e trarne la sua morale, completando idealmente l'inciso «*O mythos deloi oti*».

## Bibliografia

- ARISTOFANE, *Le Vespe*, in *Le Commedie di Aristofane* (trad. di E. ROMAGNOLI), Zanichelli, Bologna 1971.
- G. CORREAS, *Vocabulario de refranes y frases proverbiales* (1627), ed. L. Combet, Bordeaux 1967.
- J. DE LA COLINA, *Perfil. Gracián, moralista precioso* (1601-1658), in *Letras Libres*, I/2001, p. 76.
- B. GRACIÁN, *El Criticón*, (a cura di) S. ALONSO, Cátedra, Madrid 2009.
- B. GRACIÁN, *Obras completas*, Aguilar, Madrid 1960.
- B. GRACIÁN, *Obras completas*, (a cura di) A. EGIDO - L. SÁNCHEZ LAÍLLA, Espasa Calpe, Zaragoza 2001.
- M. ROMERA-NAVARRO, *El humorismo y la sátira de Gracián*, in *Hispanic Review*, X/1942, p. 126.
- J. SAN MARTIN - J.M. AYALA MARTINEZ (a cura di), *Baltasar Gracián. Tradición y Modernidad*, *Actas del Simposio Internacional sobre Baltasar Gracián en el IV Centenario de su Nacimiento*, Servicio de Diputación Provincial de Zaragoza, 2002.
- L. SCHWARTZ LERNER, *El letrado en la sátira de Quevedo*, in *Hispanic Review*, LIV/1986, p. 27.



# Norme deontologiche e fondamenti della responsabilità

Luca Licitra

---

Il tema della responsabilità è stato di certo tra i più discussi nella filosofia del Novecento ed ha trovato sistemazioni teoriche sfaccettate in parecchi autori di grande livello. Basti pensare a Weber, Apel e Habermas, Jonas e Levinas, per limitarci a quelli cui accenneremo in questo articolo per cogliere l'interesse concreto e pratico delle loro prospettive, anche nell'esercizio della professione di avvocato, tanto che le loro idee hanno talvolta trovato singolare rispondenza in parecchie norme del codice deontologico forense.

## Weber

Sicuramente di grande attualità è ancora Max Weber che, pur non essendo un filosofo in senso stretto, è stato un grande interprete delle dinamiche del mondo moderno. Egli infatti prende le mosse proprio dalla constatazione che l'agire responsabile dell'uomo si svolge all'interno di una società basata ormai soprattutto o forse esclusivamente sulla razionalità dell'efficienza e, in modo speculare, sullo svilimento della emotività individuale. E tuttavia, nonostante ciò e anzi probabilmente proprio per questo, cresce enormemente lo spazio della responsabilità individuale, della scelta del singolo che si trova a vivere la propria professione-vocazione (il termine usato da Weber – *Beruf* – ha appunto questo duplice significato)<sup>1</sup>. Già questa constatazione è di grande interesse per l'avvocato, specie in tempi come questi nei quali si registra una forte spinta “economicista” ed “efficientista” nella disciplina della professione<sup>2</sup>: resta comunque ferma ed imprescindibile la soggettività dell'avvocato, la necessità di compiere scelte talvolta difficili nell'elaborazione di una strategia difensiva e spesso compiute nella solitudine della propria coscienza. Resta pertanto ferma la dimensione fortemente “individuale” (anche se non “individualista”) della professione-vocazione, che non può essere fagocitata da qualsivoglia struttura nella quale essa venga in ipotesi esercitata.

Weber, inoltre, trattando della politica e ritenendo che la stessa non possa in ogni caso fare a meno dell'etica, distingue tra “l'etica dei principî” e “l'etica

---

<sup>1</sup> Il testo di riferimento è M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, Torino 1966.

<sup>2</sup> È del tutto superfluo fare riferimento alle recenti riforme normative su tariffe, società tra professionisti, ecc.

della responsabilità». L'etica dei principî si fonda appunto su principî assoluti, generali ed astratti: questi devono guidare l'agire dell'individuo che vi deve aderire non solo in modo convinto ma anche incondizionato, senza curarsi delle conseguenze delle proprie azioni, ritenute giuste e responsabili se conformate a tali principî. Chi segue l'etica della responsabilità, invece, si prende cura di valutare attentamente le conseguenze delle proprie azioni e quali effetti esse possono avere sugli altri.

Se guardiamo al nostro codice deontologico, è agevole rilevare come alcuni canoni rispondano all'etica dei principî ed altri invece all'etica della responsabilità. Espressione della prima sono soprattutto i primi articoli che pongono appunto i principî generali che l'avvocato deve seguire nell'esercizio della propria professione-vocazione e che devono essere rispettati in modo assoluto ed incondizionato:

- Art. 5: «L'avvocato deve ispirare la propria condotta all'osservanza dei doveri di probità, dignità e decoro».
- Art. 6: «L'avvocato deve svolgere la propria attività con lealtà e correttezza».
- Art. 7: «È dovere dell'avvocato svolgere con fedeltà la propria attività professionale».
- Art. 8: «L'avvocato deve adempiere i propri doveri professionali con diligenza».

Probità, dignità, decoro, lealtà e correttezza, fedeltà, diligenza sono principî che non tollerano alcuna modulazione in relazione alle conseguenze che possono derivarne dalla loro osservanza: vanno osservati e seguiti in modo *absolutus*, cioè sciolto appunto da ogni valutazione che li metta a confronto con altri interessi o con altri valori.

Viceversa, alcuni articoli del codice deontologico mostrano chiaramente la preoccupazione che l'avvocato valuti le proprie scelte e la propria condotta soprattutto alla luce delle conseguenze che esse possono cagionare, per lo più sul cliente o sui suoi interessi:

- Art. 12.I: «L'avvocato deve comunicare all'assistito le circostanze impeditive alla prestazione dell'attività richiesta, valutando, per il caso di controversie di particolare impegno e complessità, l'opportunità della integrazione della difesa con altro collega».
- Art. 13: «È dovere dell'avvocato curare costantemente la propria preparazione professionale, conservando e accrescendo le conoscenze con particolare riferimento ai settori nei quali svolge l'attività».
- Art. 18: «Nei rapporti con la stampa e con gli altri mezzi di diffusione l'avvocato deve ispirarsi a criteri di equilibrio e misura nel rilasciare interviste, per il rispetto dei doveri di discrezione e riservatezza».
- Art. 37: «L'avvocato ha l'obbligo di astenersi dal prestare attività professionale quando questa determini un conflitto con gli interessi di un proprio assistito o interferisca con lo svolgimento di altro incarico anche non professionale».

È chiaro come in queste ipotesi il fulcro della norma deontologica sia costituito dall'attenzione posta a far sì che determinati comportamenti possano

determinare un documento o anche solo una possibilità di documento agli interessi del cliente e che quindi l'agire "responsabile" dell'avvocato si deve conformare proprio all'attenta valutazione delle conseguenze che il proprio fare o non-fare può comportare.

### Habermas e Apel

Jürgen Habermas ha posto una grande attenzione, fra l'altro, al tema del linguaggio<sup>3</sup>, facendo alcune riflessioni poi riprese e sviluppate da Karl Otto Apel, che a sua volta in vari scritti ed interventi ha costruito una vera e propria "etica del discorso". Habermas sottolinea come vi debbano essere delle condizioni perché due (o più) soggetti possano intendersi parlando, enunciandone in particolare quattro: 1) comprensibilità (ciò che si dice deve essere comprensibile all'ascoltatore); 2) verità (il contenuto di ciò che si dice deve essere vero); 3) veridicità (bisogna parlare in modo sincero, essendo persuasi di ciò che si dice); 4) giustizia (ciò che si dice deve essere corretto in relazione ad uno sfondo normativo comune ai soggetti che parlano). È sufficiente questo brevissimo accenno per comprendere come fondamentali siano questi principi di una corretta "etica del discorso" nel rapporto tra l'avvocato e il cliente (ma più in generale anche nei rapporti con terze persone, e comunque nello svolgimento dell'argomentazione difensiva). Ed infatti essi si leggono chiaramente tra le righe in alcuni articoli del codice deontologico:

- Art. 14: «Le dichiarazioni in giudizio relative alla esistenza o inesistenza di fatti obiettivi, che siano presupposto specifico per un provvedimento del magistrato, e di cui l'avvocato abbia diretta conoscenza, devono essere vere e comunque tali da non indurre il giudice in errore».
- Art. 20: «[...] l'avvocato deve evitare di usare espressioni sconvenienti od offensive negli scritti in giudizio e nell'attività professionale in genere, sia nei confronti dei colleghi che nei confronti dei magistrati, delle controparti e dei terzi».
- Art. 40: «L'avvocato è tenuto ad informare chiaramente il proprio assistito all'atto dell'incarico delle caratteristiche e dell'importanza della controversia o delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione possibili. L'avvocato è tenuto altresì ad informare il proprio assistito sullo svolgimento del mandato affidatogli, quando lo reputi opportuno e ogni qualvolta l'assistito ne faccia richiesta».
- Art. 56: «L'avvocato ha il dovere di rivolgersi con correttezza e con rispetto nei confronti del personale ausiliario di giustizia, del proprio personale dipendente e di tutte le persone in genere con cui venga in contatto nell'esercizio della professione».

---

<sup>3</sup> J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, il Mulino, Bologna 1986, specialmente i capp. 1 e 3 del vol. I.

E gli obblighi di informazione sono divenuti ancora più stringenti, a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, che ha imposto l'obbligo di informazione in ordine al grado di complessità dell'incarico, alla polizza professionale stipulata per la copertura della responsabilità professionale verso terzi e altresì l'obbligo di pattuizione del compenso (preceduta da preventivo – redatto in forma scritta ove richiesta dal cliente).

## Jonas

Hans Jonas, preoccupato dalla minaccia di una tecnica che può diventare distruttiva, costruisce esplicitamente un'etica della responsabilità<sup>4</sup> basata sulla necessità di prendersi cura non solo dell'immediato qui ed ora ma anche delle generazioni future. Queste infatti sono vulnerabili, la loro stessa possibilità di esistere è messa in pericolo: l'umanità è come un neonato al quale va garantita la possibilità di crescere, di farsi totalmente uomo.

Per quanto possa sembrare una prospettiva lontana rispetto alla professione di avvocato, è possibile scorgere un riflesso di questa attenzione all'umanità intera, da salvaguardare e da potenziare nel suo corredo di diritti e di libertà fondamentali, nella responsabilità sociale dell'avvocato, sancita sia dal nostro codice deontologico che dal codice deontologico degli avvocati europei, con formule sostanzialmente coincidenti:

- Art. 7.II: «L'avvocato deve esercitare la sua attività anche nel rispetto dei doveri che la sua funzione gli impone verso la collettività per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato e di ogni altro potere».

## Lévinas

Con Emmanuel Lévinas andiamo probabilmente al cuore di ogni relazione umana e quindi anche della relazione tra l'avvocato ed il proprio cliente. Egli<sup>5</sup> sottolinea come l'altro che incontro sia diverso da me, irriducibile a me, radicalmente "altro" appunto. La modalità con cui l'altro si presenta è il "volto": il volto dell'altro, nella sua nudità e povertà, ci parla e parlando ci si offre e ci interpella al tempo stesso.

La modalità di tale incontro è rintracciabile nel primo (non a caso) articolo che tratta dei rapporti con la parte assistita:

- Art. 35: «Il rapporto con la parte assistita è fondato sulla fiducia».

È l'*intuitus personae* che fonda il rapporto con il professionista: ma come dimenticare che *intuitus* in latino significa in primo luogo sguardo e che sguardo rimanda appunto immediatamente al "volto"? È infatti la fiducia che ripone in noi chi si rivolge al nostro studio e ci si offre con tutto il proprio carico di

<sup>4</sup> H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino 1993.

<sup>5</sup> E. LÉVINAS, *Totalità e infinito*, Jaca Book, Milano 1980.



umanità spesso ferita nel profondo; è la fiducia di chi viene a chiedere giustizia, protezione per diritti minacciati o addirittura già lesi e violati; è la fiducia di chi per definizione non può che trovarsi in una situazione di “patologia del diritto”; è la fiducia di chi ci interpella con il proprio volto e null’altro che con il proprio volto.

## Camus

Albert Camus non è un filosofo, ma uno scrittore (premio Nobel per la letteratura nel 1957). Non ha elaborato una teoria etica né tanto meno una teoria della responsabilità: ha però scritto un romanzo (*La caduta*<sup>6</sup>) che, guarda caso, ha un avvocato francese per protagonista. Questi, anche se egocentrico, era tuttavia irreprensibile nella vita professionale, aveva rifiutato di essere insignito della Legion d’onore, non faceva pagare i poveri (senza gridarlo ai quattro venti), era generoso, gentile e cortese. Una notte, passeggiando sul lungo Senna, scorge su un ponte una donna; percorso un tratto di circa cinquanta metri, sente distintamente il tonfo di un corpo che cade in acqua e sente un grido che scende lungo il fiume e che si spegne nella notte: nonostante tutto va avanti e si allontana a piccoli passi. Da quel momento, prima in modo impercettibile, la sua vita cambia fino a trasferirsi in un sobborgo di Amsterdam dove esercita quella che lui chiama la professione di giudice-penitente. Questa consiste nell’accusare in lungo ed in largo le proprie debolezze e le proprie vergogne e così poter, accusando se stesso, giudicare al contempo l’umanità intera che gli passa davanti la quale, come in uno specchio, rivede se stessa in colui che si auto-accusa.

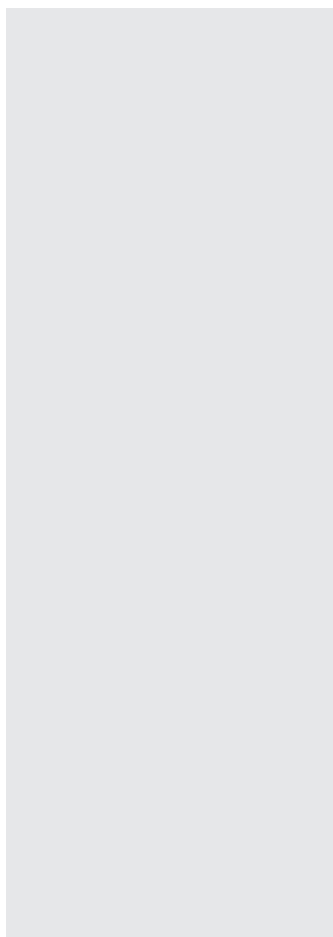
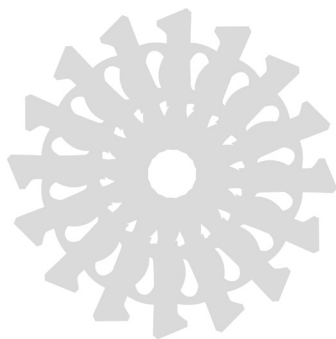
Camus, alla fine di questa carrellata, ci insegna che c’è una responsabilità che va oltre i codici e le norme deontologiche. È una responsabilità che non riguarda solo i rapporti «con i colleghi», «con la parte assistita», «con la controparte, i magistrati e i terzi» e che non riguarda solo l’avvocato in quanto tale. Ci insegna in definitiva che un avvocato può essere avvocato deontologicamente corretto e responsabile, ma che ciò non è comunque sufficiente a farne un uomo pienamente responsabile di essere uomo se egli non sa rispondere alla pro-vocazione della solidarietà e della com-passione nei confronti di ogni altro uomo suo simile che, direttamente o indirettamente, gli chieda aiuto.

---

<sup>6</sup> A. CAMUS, *La caduta*, Garzanti, Milano 1966.



## APPROFONDIMENTI





# L'avvocato e la famiglia: osservazioni metodologiche e casistiche sulla separazione personale e sulla crisi coniugale

## Parte prima

Paolo Doria

---

### Premessa: cenni metodologici nel diritto di famiglia

Questo studio trae origine dai corsi di diritto civile che tengo ormai da più di due lustri nella scuola di specializzazione per le professioni legali dell'Università di Padova e nella scuola di formazione forense "E. Schiavo" di Vicenza, seguendo rigorosamente il metodo casistico<sup>1</sup>. Ad un certo punto la raccolta del materiale didattico su questioni controverse e casi dibattuti (*ex facto oritur ius*) in materia di diritto di famiglia ha consentito la realizzazione di questo breve saggio che racchiude in maniera sintetica le problematiche trattate con i giovani discenti che hanno frequentato i miei corsi<sup>2</sup>.

L'impostazione metodologica del giurista che affronta il tema della controversia familiare è estremamente delicata e parte dal problematico confronto con il cliente, che in questa materia assume le vesti di un vero e proprio assistito<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> P. DORIA, *Il metodo casistico, la retorica forense e la redazione dei testi giuridici nella scuola di formazione degli avvocati*, in P. MORO (a cura di), *Educazione forense. Sul metodo della didattica giuridica*, Università degli Studi di Trieste 2011, pp. 59 ss.; ID., *L'esperienza metodologica dei gruppi di studio per l'apprendimento delle tecniche di comunicazione scritta nella scuola di formazione degli avvocati*, in *Diritto e formazione*, 2010, pp. 660 ss.

<sup>2</sup> L'istituzione di un repertorio dei casi trattati nelle lezioni delle scuole di formazione e di specializzazione per renderli liberamente fruibili è suggerita da un avveduto autore: P. MORO, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, Libreria Al Segno, Pordenone 2009, p. 60. Per una raccolta in questo senso: P. MORO (a cura di), *La responsabilità contrattuale. Atti giudiziali commentati*, Giuffrè, Milano 2010. Debbo riconoscere, peraltro, che l'inserimento nel mio corso di diritto civile delle questioni legate alla famiglia è dovuto alle richieste delle discenti che non solo rappresentano la grande maggioranza dei frequentanti, ma anche dimostrano obbiettivamente in questa materia una particolare predisposizione e sensibilità.

<sup>3</sup> Si fa riferimento alla distinzione lessicale tra la figura del cliente e la parte assistita, che vede prevalere la componente umana nel rapporto di assistenza rispetto a quella economica tipica del rapporto di clientela. Naturalmente la distinzione giuridica è diversa e attiene alla possibilità che il cliente, ovverosia colui che affida il mandato di patrocinio, sia persona distinta dall'assistito, ovverosia colui a favore del quale è prestata l'attività professionale. Così ineccepibilmente R. DANOVÌ, *Commentario del codice deontologico forense*, Giuffrè, Milano 2004, p. 506.

Se si è tutti d'accordo sul fatto che il processo costituisca una pena<sup>4</sup>, mai come nel diritto di famiglia questa asserzione trova il riconoscimento di tutta la sua fondatezza.

È con questa consapevolezza che ci si deve avvicinare alla contesa familiare: il patrocinato vive un dramma interiore che non ha nulla a che vedere con una questione condominiale o il pagamento di un debito, ma rappresenta il fallimento di un progetto di vita e di comunione di intenti che coinvolge inevitabilmente non solo il partner, ma anche gli innocenti figli minori, gli ascendenti<sup>5</sup> e tutta la cerchia di amici e parenti.

Per questi motivi sono solito ripetere che nel giudizio di separazione non vi è mai un vincitore, ma vi sono sempre due parti soccombenti, aldilà dell'esito della sentenza, che può intervenire a volte dopo molti anni di infuocato processo. Le udienze, gli atti, le deposizioni testimoniali e le consulenze psico-pedagogiche si traducono spesso in momenti di grande sofferenza interiore che costituiscono la pena che la parte deve scontare indipendentemente dall'esito del giudizio.

Questa situazione processuale e umana richiede all'avvocato un'etica della sobrietà, della pacatezza e della mediazione<sup>6</sup> che lo porti ad essere un autentico promotore di legalità effettiva nei confronti delle parti, alimentando «tutte le possibilità per una soluzione stragiudiziale»<sup>7</sup>. Purtroppo, nella pratica professionale, questo senso di responsabilità che dovrebbe portare il difensore a rendersi efficacemente parte diligente al fine di ricondurre la contesa familiare nell'ambito di una ragionevole conciliazione, non solo non si riscontra

<sup>4</sup> S. SATTA, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano 1994, p. 27; così anche P. CALAMANDREI, nella rievocazione di Barile, in introduzione a *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle Grazie, Milano 1999, p. XIV.

<sup>5</sup> Sul diritto degli ascendenti e dei parenti di ciascun ramo genitoriale di mantenere rapporti significativi con i minori, vedasi il 1° comma dell'art. 155 c.c. nel testo introdotto dalla legge n. 54 del 2006. In dottrina: M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, CEDAM, Padova 2011, p. 182; L. ROSSI CARLEO, in *L'affidamento condiviso*, a cura di S. PATTI - L. ROSSI CARLEO, Giuffrè, Milano 2006, pp. 139 ss.; C.M. BIANCA, in *L'affidamento condiviso*, a cura di S. PATTI - L. ROSSI CARLEO, cit., pp. 163 ss.; S. CHIARAVALLOTTI - G. SPADARO, *L'interesse del minore nella mediazione familiare*, Giuffrè, Milano 2012, p. 48.

<sup>6</sup> Si è parlato a questo proposito di "diritto mite": S. CHIARAVALLOTTI - G. SPADARO, *L'interesse del minore nella mediazione familiare*, cit., p. 74.

<sup>7</sup> A. MARIANI MARINI, *Formazione, cultura, deontologia*, in *La previdenza forense*, 2001, p. 271. È appena il caso di sottolineare che in ambito familiare questa soluzione bonaria deve risolversi ordinariamente nel raggiungimento dell'accordo ai fini della proposizione del ricorso per separazione consensuale o della domanda congiunta di divorzio, dovendosi ritenere che non sussista un diritto all'indissolubilità del matrimonio; in questo senso, *ex multis*, M. FRANZONI, *L'illecito*, Giuffrè, Milano 2004, p. 875. Del resto, la frattura dell'unione coniugale può dipendere dalla condizione di disaffezione e di distacco personale anche di una sola delle parti. Così in giurisprudenza: Cass. civ. 9 ottobre 2007, in *Guida al diritto*, 44/2007, p. 62; Cass. civ. 14 febbraio 2007 n. 3356, in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 28.

frequentemente, ma addirittura è spesso totalmente disatteso dal contegno di alcuni patroni che soffiano sul fuoco degli immancabili rancori e rimpianti dei coniugi per condurli, forse più per gli interessi dei difensori che degli assistiti, sulla via tortuosa degli strazianti giudizi di separazione giudiziale, al solo fine di renderli ulteriormente infelici e di privarli della serenità di un immediato futuro privo degli incubi del processo di famiglia<sup>8</sup>. Abbastanza sorprendente è l'esclusione da un serio programma di mediazione del contenzioso familiare, se non nei limiti dei patti di famiglia, pur trattandosi per lo più di diritti indisponibili, visto il criticatissimo decreto legislativo n. 28 del 2010<sup>9</sup>, di cui si spera che la Consulta faccia al più presto giustizia<sup>10</sup>, ripristinando la piena operatività del diritto delle parti alla difesa e al giusto processo. Naturalmente rimane sempre in ambito familiare la facoltà per il giudice, consentita dal 2° comma dell'art. 155 *sexies* c.c., di avviare, con il consenso delle parti, un percorso di mediazione, anche se l'esperienza pratica registra certamente più insuccessi che soluzioni positive<sup>11</sup>.

Di sicuro il ruolo del difensore serio, scrupoloso e diligente richiede la massima consapevolezza della necessità di attingere a tutte le proprie risorse psicologiche e tecniche per tentare di trovare una soluzione bonaria che porti

<sup>8</sup> Esemplare è la definizione di E. AMODIO, in *Mille una toga*, Giuffrè, Milano 2010, p. 6: «E come non vedere il ruolo di angeli vendicatori del coniuge in crisi assunto da certe matrimonialiste che si scannano per strappare alla controparte un'ora in più di visita al figlio o la consegna di un pezzo dell'argenteria ereditata dal nonno?».

<sup>9</sup> Sulla mediazione: A. MARIANI MARINI, *Specificità ed etica della mediazione*, in *Diritto e formazione*, 6/2010, pp. 980 ss.; A. SANTI, *Il procedimento di mediazione. Commento all'art. 8 d.lgs. 28/10*, in Atti del Convegno di Roma (11 dicembre 2010) a cura del C.N.F. e della Scuola Superiore dell'Avvocatura; D. DALFINO, *Mediazione e conciliazione nel d.lgs. 28/10 e nel d.m. 180/10: il dovere di informazione e la valutazione della proposta*, in Atti del Convegno di Roma (11 dicembre 2010), cit.; G. DOSI, *La mediazione e l'arbitrato irrituale nelle riforme del 2010*, in *Contratto e impresa*, 2011, pp. 226 ss.; A. UZQUEDA, *La mediazione: un cambio di paradigma per la composizione delle controversie civili e commerciali*, in *Diritto e formazione*, 2010, pp. 643 ss.; S. CHIARLONI, *Il modello italiano di mediazione*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 211 ss.

<sup>10</sup> Al momento in cui si chiude questo saggio non è ancora nota la decisione della C. Cost. sulla questione di legittimità relativa all'obbligatorietà del procedimento di mediazione.

<sup>11</sup> Sulla mediazione familiare: A. FRASSINETTI, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, a cura di A. ZACCARIA, CEDAM, Padova 2011, p. 490; C. TROISI, in *Famiglia e diritto*, 2008, pp. 268 ss.; F. BUTTIGLIONE, *La mediazione familiare. La Cenerentola del processo di separazione e divorzio. Istruzioni per l'uso*, in [www.minoriefamiglia.it](http://www.minoriefamiglia.it); M. DOMINGUEZ, in *L'affidamento condiviso*, a cura di S. PATTI - L. ROSSI CARLEO, Giuffrè, Milano 2006, pp. 229 ss.; G. DOSI, in *La separazione personale dei coniugi*, a cura di G. FERRANDO - L. LENTI, CEDAM, Padova 2011, p. 569; B. DE FILIPPIS, *Il diritto di famiglia*, CEDAM, Padova 2011, p. 513; M. DOGLIOTTI - A. FIGONE, *I procedimenti di separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano 2011, p. 80; G. FAVA, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di M. SESTA - A. ARCERI, UTET, Torino 2012, pp. 789 ss.; J.M. HAYNES - I. BUZZI, *Introduzione alla mediazione familiare. Principi fondamentali e sua applicazione*, Giuffrè, Milano 2012.

a definire le questioni di famiglia<sup>12</sup>, anche a costo di inevitabili sacrifici da parte dei coniugi<sup>13</sup>, spesso inconsapevoli delle grandi difficoltà e incertezze che riserva il giudizio di separazione personale.

Ho già trattato altrove il tema delicato del confronto in studio con il cliente prima dell'instaurazione del giudizio<sup>14</sup>: in questa sede non rimane che ribadire la grande delicatezza di questo approccio, soprattutto se sono coinvolti, come spesso accade, dei minori<sup>15</sup> che hanno il diritto di essere sentiti dal giudice in ordine ai provvedimenti riguardanti il loro affidamento, quando ultradodicesenni<sup>16</sup>, visto l'art. 155 *sexies*, 1° comma c.c.<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Un'adeguata gestione della separazione consente anche di sfruttare le note agevolazioni fiscali previste per questo tipo di processo dall'art. 19 della legge 6 marzo 1987 n. 74, visto l'intervento della C. cost. con la sentenza n. 176 del 1992. Sul punto vedasi più diffusamente A. QUERCI, in *La separazione personale dei coniugi*, cit., pp. 653 ss., con particolare riguardo a pp. 654 e 655; V. BARBALUCCA - P. GALLUCCI, *L'autonomia negoziale dei coniugi nella crisi matrimoniale*, Giuffrè, Milano 2012, pp. 72 ss.; la Suprema Corte ha riconosciuto la piena validità delle clausole che operano il trasferimento di diritti reali immobiliari anche quando sono contenute nel verbale d'udienza redatto (si fa per dire) dal cancelliere: Cass. civ. 15 maggio 1997 n. 4306, in *Nuova giur. civ. comm.*, I/1999, p. 278, con nota di A.C. ZANUZZI, *I trasferimenti immobiliari tra coniugi in sede di separazione consensuale*. Ma per una visione contraria, vedasi Trib. Bari 8 aprile 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 2062. Successivamente la giurisprudenza di merito prevalente ha seguito questa impostazione restrittiva. Per le questioni fiscali, vedasi P. AGLIETTA, *Tassazione e famiglia. Aspetti fiscali, tutela giuridica e accertamento nelle vicende familiari*, Giuffrè, Milano 2011.

<sup>13</sup> Un sacrificio economico in seguito alla separazione è inevitabile: da sempre ripeto che la separazione personale comporta matematicamente un impoverimento economico della famiglia: si raddoppiano le spese di godimento e di mantenimento delle abitazioni, senza che ci sia ordinariamente un corrispondente aumento dei redditi familiari.

<sup>14</sup> P. DORIA, *Metodo giuridico e tecnica difensiva. La strategia processuale dell'avvocato civilista*, in P. MORO (a cura di), *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Franco Angeli, Milano 2012, pp. 125 ss.

<sup>15</sup> Sul processo e i minori: G. CAMPANATO - V. ROSSI - S. ROSSI, *Il minore e il giudice civile*, CEDAM, Padova 2000, con particolare riferimento alle pp. 283 ss.; sulle problematiche psicologiche nel processo familiare che coinvolge i minori: G. GULOTTA, *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 761-874 e pp. 919-968.

<sup>16</sup> I minori infradodicesenni debbono essere sentiti quando abbiano già raggiunto la capacità di discernimento.

<sup>17</sup> Per l'obbligatorietà dell'audizione del minore: V. CARNEVALE, in *I processi di separazione e divorzio*, a cura di A. GRAZIOSI, Giappichelli, Torino 2011, p. 54; E. QUADRI, *Famiglia*, 2006, p. 420; R. VILLANI, in *Studium juris*, 2006, p. 525; G. DE MARZO, in *Foro italiano*, V/2006, p. 92; G. CONTIERO, *L'affidamento dei minori*, Giuffrè, Milano 2009, p. 227; T. AULETTA, in *Comm. del codice civile della famiglia*, a cura di E. GABRIELLI, cit., p. 756; M. DOGLIOTTI - A. FIGONE, *I procedimenti di separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano 2011, p. 85 (ma nel senso che l'obbligatorietà sia necessaria quando sussista un contrasto tra genitori); G. FAVA, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di M. SESTA - A. ARCERI, UTET, Torino 2012, p. 833; B. DE FILIPPIS, *Il diritto di famiglia*, CEDAM, Padova 2011, p. 513; *contra*, M. SESTA, in *Famiglia e diritto*, 2006, p. 378; M.N. BUGETTI, in *Le nuove leggi civili commentate*, CEDAM,



Pertanto, credo che l'approccio metodologico al contenzioso familiare debba esaltare in maniera ancora più significativa rispetto ad altre materie le esigenze di conciliazione delle parti, pur nella consapevolezza che questo contegno del patrono può comportare, in determinate situazioni, un'apparente impressione di arrendevolezza, laddove non si asseconi acriticamente l'impostazione preventiva del proprio assistito, spesso condizionata dall'inevitabile impulso delle emozioni che la frattura familiare comporta<sup>18</sup>. Il patrono non deve esitare a contrastare le tesi manifestamente infondate del proprio assistito, anche a costo di incrinare il rapporto di fiducia professionale ed incorrere nella revoca del mandato. Del resto, il modello di difensore a cui bisogna puntare non è certo quello a cui arrida solo il successo commerciale: «ricchi diventano soltanto coloro che sotto il titolo di avvocati sono in realtà commercianti o mezzani, o finanche, come usano certi specialisti in processi di divorzio, disinvolti affittacamere»<sup>19</sup>.

### L'affidamento dei figli

Il problema dell'affidamento dei minori nasce ovviamente con la separazione personale dei coniugi<sup>20</sup>, che può essere chiesta, ai sensi dell'art. 151 c.c., quan-

---

Padova 2008, p. 189. *La giurisprudenza pare orientata per l'obbligatorietà*: Cass. sez. un., 17 dicembre 2009 n. 22238, in *Fam. pers. e succ.*, 2010, p. 254, con nota di F. FANTETTI - R. DANOVÌ; Cass. civ. 16 aprile 2007 n. 9094, in *Guida al diritto*, 18/2007, p. 50, con nota di G. GALLUZZO; Cass. civ. 18 marzo 2006 n. 6081, in *Giust. civ.*, 12/2007, p. 2933; Trib. Terni 31 luglio 2007, in *Giurisprudenza Italiana*, 2008, p. 1142, con nota di V. DELL'UTRI.

<sup>18</sup> Il giurista deve seguire la regola tacitiana del *sine ira et studio narrare*.

<sup>19</sup> P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte delle Grazie, Milano 1999, p. 385.

<sup>20</sup> Sulla separazione personale: M. MARINO, *Separazione e divorzio*, IlSole24Ore, Milano 2005; B. DE FILIPPIS, *Manuale pratico delle cause di separazione e divorzio*, CEDAM, Padova 2005; ID., *Il diritto di famiglia*, CEDAM, Padova 2011, pp. 418 ss.; C. GRASSETTI, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI, CEDAM, Padova 1992, II, pp. 680 ss.; P. SIRENA - A. BALLARANI, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, a cura di A. ZACCARIA, CEDAM, Padova 2011, pp. 435 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia e le successioni*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 191 ss.; L. BALESTRA, *I presupposti della separazione giudiziale: l'intollerabilità della convivenza*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da G. FERRANDO, UTET, Torino 2003, I, p. 267; L. ROSSI CARLEO, *La separazione e il divorzio*, in *Trattato di diritto privato diretto da Bessone, Il diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino 2003, IV, p. 161; P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, UTET, Torino 1996, ed. 3, vol. II, p. 143; G. FERRANDO - L. LENTI, *La separazione personale dei coniugi*, CEDAM, Padova 2011; M. CUBEDDU, in *Diritto della famiglia*, a cura di S. PATTI - M. CUBEDDU, Giuffrè, Milano 2011, pp. 444 ss.; C. PARRINELLO, in *Commentario del codice civile. Della famiglia*, diretto da E. GABRIELLI, a cura di L. BALESTRA, UTET, Torino 2010, I, pp. 530 ss.; F. CIPRIANI, *I processi di separazione e di divorzio*, in *Foro italiano*, V/2005, p. 140; A. GRAZIOSI, *I processi di separazione e di divorzio*, Giappichelli, Torino 2011; M. DOGLIOTTI - A. FIGONE, *I procedimenti di separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano 2011; M. LUPOI, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di M. SESTA - A. ARCERI, UTET, Torino 2012, pp. 713 ss.

do si realizzano anche alternativamente nella vita coniugale fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla prole. Sul punto si profilano due diversi orientamenti: da una parte la tesi decisamente maggioritaria ritiene che l'intollerabilità possa risultare dalla stessa decisione di iniziare il giudizio di separazione, senza che il giudice possa sindacare sulla rilevanza o meno delle ragioni addotte a fondamento della domanda, potendosi tradurre l'intolleranza in un mero atteggiamento di rifiuto della convivenza per iniziativa anche di un solo coniuge<sup>21</sup>; dall'altra parte la tesi minoritaria sostiene che l'intollerabilità della convivenza presupporrebbe la prova di circostanze che per la loro particolare gravità rendono oggettivamente penosa la comunione di vita tra coniugi, per cui non potrebbe essere revocato l'impegno del matrimonio in maniera unilaterale senza un controllo della serietà delle ragioni che comportano la cessazione della convivenza<sup>22</sup>. Strettamente connesso con la separazione è il problema dell'affidamento dei figli minori.

Come è noto, la legge n. 54/2006<sup>23</sup> ha innovato profondamente la materia sull'affidamento dei minori, invertendo sostanzialmente il rapporto di regola ed eccezione<sup>24</sup> tra il previgente affidamento congiunto ed esclusivo; ora, vista

<sup>21</sup> Cass. civ. 9 ottobre 2007 n. 21099, in *Giust. civ.*, 3/2008, p. 673; Cass. civ. 20 dicembre 1985 n. 6557 e 10 gennaio 1986 n. 67, entrambe in *Giust. civ.*, 1/1986, p. 2213. Per questa tesi propende in dottrina T. AULETTA, in *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino 2011, p. 196, senza che sia possibile proporre, però, una domanda di separazione fondata su motivazioni scarsamente rilevanti.

<sup>22</sup> Cass. civ. 21 febbraio 1983 n. 1304, in *Diritto e famiglia*, 1983, p. 492; Cass. civ. 23 aprile 1982 n. 2494, in *Foro italiano*, I/1982, p. 1895.

<sup>23</sup> L'affidamento condiviso introdotto dalla legge n. 54/2006 è ispirato alla Convenzione sui diritti del fanciullo stipulata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con la legge 27 maggio 1991 n. 176; sul punto vedansi G. CONTIERO, *L'affidamento dei minori*, Milano 2009, p. 14; M. SESTA - A. ARCERI, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, UTET, Torino 2012, pp. 5 ss.

<sup>24</sup> Ma per una lettura opposta, e comunque minoritaria, secondo cui il rapporto tra affidamento condiviso non sarebbe di regola e eccezione, ma semplicemente di priorità, vedasi G. CONTIERO, *L'affidamento dei minori*, cit., p. 33. Nel senso riportato nel testo, invece, S. PATTI, *L'affidamento condiviso*, a cura di S. PATTI - L. ROSSI CARLEO, Giuffrè, Milano 2006, pp. 2 ss.: «Si può pertanto affermare che la regola generale è quella dell'affidamento condiviso e soltanto quando l'interesse del minore lo richiede il giudice può disporre, anche d'ufficio con provvedimento motivato, l'affidamento ad uno solo dei genitori»; G. FERRANDO, in *La separazione personale dei coniugi*, a cura di L. LENTI - G. FERRANDO, CEDAM, Padova 2011, p. 287; M.N. BUGETTI, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di M. SESTA - A. ARCERI, CEDAM, Padova 2012, p. 52. In questo senso è orientata in maniera costante anche la giurisprudenza: Cass. civ. 7 dicembre 2010 n. 24841, in *Il civilista*, 4/2011, p. 22, con nota di G. BUFFONE; Cass. civ. 19 maggio 2010 n. 12308, in *Diritto e giustizia*, 2010; Cass. civ. 17 dicembre 2009 n. 26587, in *Foro italiano*, 2/2010, p. 428; Cass. civ. 18 giugno 2008 n. 16593, in *Foro italiano*, 9/2008, p. 2446; App. Catania 4 febbraio 2009, in *Il civilista*, 3/2010, p. 16; Trib. minorenni L'Aquila 26 marzo 2007, in *Giur. merito*, 12/2007, p. 3110, con nota di L. DE SISTO; Trib. Chieti 28 giugno 2006, in *Juris data*, Giuffrè, Milano 2006; Trib. Salerno 30 giugno

la valorizzazione del diritto alla bigenitorialità del minore, inteso come diritto ad un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori anche in caso di crisi della coppia<sup>25</sup>, è stato introdotto dal 2° comma dell'art. 155 c.c. il criterio prioritario della valutazione dell'affidamento ad entrambi i genitori, ovverosia dell'affidamento condiviso<sup>26</sup>. L'affidamento condiviso, in realtà, come è stato giustamente sottolineato<sup>27</sup>, si distingue nettamente dal tradizionale affidamento congiunto: infatti l'affidamento condiviso prevede la ripartizione tra i genitori dei compiti di cura ed educazione dei minori, non essendo necessaria ovviamente la parità di permanenza dei figli con ciascun genitore né la dualità della residenza, mentre l'affidamento congiunto vede i genitori esercitare il loro ruolo assieme, a mani unite. La ripartizione dei compiti genitoriali si riflette nell'esercizio della potestà parentale che deve essere esercitata da entrambi (art. 155, comma 3, c.c.), anche se opportunamente la stessa norma prevede che il giudice possa stabilire che la potestà venga esercitata separatamente per le questioni di ordinaria amministrazione; ovverosia, può essere concesso a ciascun genitore di adottare autonomamente le decisioni di natura routinaria<sup>28</sup>.

L'affidamento esclusivo, regolato dall'art. 155 *bis* c.c., è disposto solo quando l'affidamento all'altro coniuge è contrario all'interesse del minore. Si deve avere riguardo, quindi, non tanto alle ragioni della separazione, visto che l'affidamento può essere riconosciuto anche al coniuge cui sia imputabile l'ad-

---

2006, in *Corriere del merito*, 10/2006, p. 1120; Trib. Viterbo 27 ottobre 2006, in *Juris data*, Giuffrè, Milano 2007.

<sup>25</sup> M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, CEDAM, Padova 2011, p. 182; A. BALLARANI, in *L'affidamento condiviso*, a cura di S. PATTI - L. ROSSI CARLEO, cit., pp. 30 ss.; C. CORTESI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 405 ss.; N. COSPITE, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, a cura di A. ZACCARIA, cit., pp. 442 ss.; G. CONTIERO, *L'affidamento dei minori*, cit., pp. 9 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, CEDAM, Padova 2010, I, pp. 599 ss.; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., pp. 264 ss.

<sup>26</sup> Trib. Chieti 28 giugno 2006, in *Juris Data*, Giuffrè, Milano 2006; Trib. minorenni L'Aquila 26 marzo 2007, in *Juris Data*, Giuffrè, Milano 2007.

<sup>27</sup> M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 185; S. CHIARAVALLOTTI - G. SPADARO, *L'interesse del minore nella mediazione familiare*, Giuffrè, Milano 2012, p. 57; C. CORTESI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, cit., p. 408; quest'ultimo autore, peraltro, sottolinea che l'affidamento congiunto ed alternato non sarebbero stati espressamente abrogati dalla legge n. 54/06 e pertanto rimarrebbero in vigore; la tesi, però, è decisamente minoritaria, trattandosi a mio modo di vedere di abrogazione implicita. Secondo la mia impostazione, vedasi autorevolmente A. COSTANZO, in *I processi di separazione e divorzio*, a cura di A. GRAZIOSI, Giappichelli, Torino 2011, p. 170. In termini problematici, nel senso che l'affidamento condiviso, essendo uno strumento flessibile, potrebbe giungere ad avere il medesimo contenuto dell'affidamento congiunto, vedasi S.M.N. BUGETTI, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di M. SESTA - A. ARCERI, UTET, Torino 2012, p. 85.

<sup>28</sup> M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 187; A. BALLARANI, in *L'affidamento condiviso*, cit., p. 45.

debito<sup>29</sup>, quanto all'esclusivo interesse dei minori. Sulle modalità per valutare quando sussistano i presupposti per la scelta per l'affidamento esclusivo le opinioni divergono: vi è chi<sup>30</sup> ritiene che l'istante debba provare la violazione dei doveri o l'abuso dei poteri inerenti la potestà da parte dell'altro genitore (art. 330, comma 1, c.c.), ovvero il fatto che quest'ultimo tenga una condotta pregiudizievole nei confronti della prole (art. 333, comma 1, c.c.), dovendo dare non la prova positiva della propria maggiore idoneità all'affidamento, ma quella negativa della inidoneità dell'altro genitore; altri, invece, escludendo espressamente che si debba fare ricorso alle situazioni estreme di cui agli artt. 330 e 333 c.c., sostengono che sia necessario semplicemente rinvenire nella fattispecie concreta, da valutarsi caso per caso<sup>31</sup>, che l'affido condiviso sia contrario all'interesse dei figli, impedendo od ostacolando una condizione di vita equilibrata, serena e soddisfacente<sup>32</sup>.

Di sicuro una situazione di mera conflittualità tra genitori<sup>33</sup> da sola non è di per sé sufficiente per far optare per il regime dell'affidamento esclusivo<sup>34</sup>, tranne nel caso in cui il grado di litigiosità sia talmente elevato da non consentire di trovare un accordo tra genitori anche sulle cose più banali<sup>35</sup>. L'analisi della fattispecie per rinvenire l'interesse o meno del minore ad una o piuttosto all'altra forma di affidamento sembra rimessa al giudice, che dispone dei poteri istruttori d'ufficio di cui all'art. 155 *sexies* c.c., dovendo «valutare caso per caso ciò che è contrario agli interessi del minore»<sup>36</sup>.

<sup>29</sup> F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, CEDAM, Padova 2010, I, p. 601.

<sup>30</sup> A. BALLARANI, in *L'affidamento condiviso*, cit., p. 51-52.

<sup>31</sup> Così può essere motivo di affidamento esclusivo l'eccessiva lontananza dei luoghi di abitazione dei genitori, lo stato di reclusione di un genitore, il totale disinteresse nei confronti del figlio, ecc.; per un'ampia disamina, vedasi T. AULETTA, *Diritto della famiglia*, cit., p. 266; in giurisprudenza: Cass. civ. 17 dicembre 2009 n. 26587, in *Foro italiano*, 2/2010, p. 428; Cass. civ. 18 giugno 2008 n. 16593, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, p. 1158.

<sup>32</sup> M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 188.

<sup>33</sup> C. CORTESI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, cit., p. 413: l'assenza di conflittualità tra genitori in sede di separazione, diversamente che nel contesto divorzile, è ipotesi molto rara. Così anche T. AULETTA, in *Commentario del codice civile. Della famiglia*, a cura di L. BALESTRA, UTET, Torino 2010, p. 680.

<sup>34</sup> Trib. Bologna 15 gennaio 2008, in *Foro it.*, 5/2008, è. 1682; Trib. minorenni L'Aquila 26 marzo 2007, in *Juris Data*, Giuffrè, Milano 2007; Trib. Catania 1 giugno 2006, in *Giur. Merito*, 11/2006, p. 2412; Trib. Genova 9 giugno 2006, in *Corriere del merito*, 10/2006, p. 1119.

<sup>35</sup> Cass. civ. 18 giugno 2008 n. 16593, in *Giur. it.*, 2009, p. 1158; Trib. Napoli 28 giugno 2006, in *Giur. Merito*, 6/2007, p. 1572; ma per un ripensamento, oltretutto per l'applicazione di criteri molto meno rigidi per l'affidamento esclusivo, Cass. civ. 11 agosto 2011 n. 17191, in *Guida al diritto*, 37/2011, p. 38; C. CORTESI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, cit., p. 410; l'accordo tra genitori, in caso di affidamento condiviso, è fondamentale anche nell'esercizio della potestà parentale, visto l'espresso richiamo di cui l'art. 155 3° comma c.c.; così M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 186.

<sup>36</sup> M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 188.

L'art 155 *bis* c.c., al secondo comma, pone una regola di sbarramento alla facile richiesta di affidamento esclusivo dei figli, che spesso vengono utilizzati dai genitori a scopo strumentale per ottenere vantaggi economici: se la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può trarre argomenti di prova ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli (e quindi anche in tema di affidamento), salva l'applicazione della responsabilità aggravata di cui all'art. 96 c.p.c.<sup>37</sup>.

Nell'eventualità che si ritenga opportuno optare per l'affidamento condiviso, bisogna determinare i tempi e le modalità di presenza dei figli presso ciascun genitore: l'affidamento condiviso non esclude affatto, infatti, che vi sia una prevalenza nel collocamento dei minori<sup>38</sup>. Anzi, al contrario, credo che lo spirito della legge n. 54/2006 non sia quello di trasformare i figli in pacchi postali, ponendoli in una condizione di perenne trasferimento tra le residenze dei genitori<sup>39</sup>, ma che sia assolutamente prioritario, soprattutto nella prima infanzia, l'interesse ad individuare una prevalente permanenza presso uno dei genitori, se non altro per consentire ai figli di focalizzare il proprio ambiente domestico di riferimento<sup>40</sup>. Parimenti, credo che sia da escludere nella generalità dei casi l'alternanza dei genitori nella casa familiare mantenendovi con continuità solo i figli.

<sup>37</sup> N. COSPITE, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, a cura di A. ZACCARIA, cit., p. 463; S. PATTI, in *op. cit.*, a cura di S. PATTI - L. ROSSI CARLEO, Giffrè, Milano 2006, p. 4; ID., *La richiesta abusiva di affidamento esclusivo: il risarcimento del danno*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, P. 773; A. BALLARANI, in *L'affidamento condiviso*, a cura di S. PATTI - L. ROSSI CORLEO, cit., p. 54; T. AULETTA, in *Commentario del codice civile. La famiglia*, cit., I, p. 716; M.N. BUGETTI, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di M. SESTA - A. ARCERI, UTET, Torino 2012, p. 76; B. DE FILIPPIS, *Diritto di famiglia*, CEDAM, Padova 2011, p. 493-494.

<sup>38</sup> Cass. civ. 4 novembre 2010 n. 22502, in *Diritto e giustizia*, 2010; Cass. civ. 4 novembre 2009 n. 23411, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009; Trib. Tivoli 30 giugno 2009, in *Juris Data*, Giuffrè, Milano 2009; App. Roma 25 luglio 2007 n. 3315, in *Giur. it.*, 2007, p. 2146; Trib. minorenni de L'Aquila 26 marzo 2007, in *Giur. Merito*, 12/2007, p. 3110; Trib. Modena 8 giugno 2006, in *Giur. Merito*, 2/2007, p. 363; Trib. Viterbo 22 ottobre 2006, in *Juris Data*, Giuffrè, Milano 2007; Trib. Salerno 30 giugno 2006, in *Corriere del merito*, 10/2006, p. 1120; ma nel senso della pari permanenza: Trib. Venezia 8 settembre 2010 n. 1765, inedita; in dottrina, tutti nel senso indicato nel testo: M. CUBEDDU, in *L'affidamento condiviso*, a cura di S. PATTI - L. ROSSI CORLEO, cit., p. 187; S. PATTI, *ibid.*, p. 5; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., pp. 187-188; T. AULETTA, *Diritto della famiglia*, cit., p. 266; *op. cit.*, p. 677; L. D'AVACK, in *L'affidamento condiviso*, a cura di S. PATTI - L. ROSSI CORLEO, cit., p. 21-22, anche se in termini dubitativi, per non ricadere sostanzialmente nel vecchio c.d. "diritto di visita"; A. FEDE, in *Riv. dir. civ.*, II/2007, pp. 666 ss.; N. COSPITE, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, a cura di A. ZACCARIA, cit., p. 445; G. FERRANDO, in *La separazione personale dei coniugi*, a cura di G. FERRANDO - L. LENTI, CEDAM, Padova 2011, p. 281; A. COSTANZO, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di M. SESTA - A. ARCERI, UTET, Torino 2012, p. 533; B. DE FILIPPIS, *Diritto di famiglia*, CEDAM, Padova 2011, p. 478.

<sup>39</sup> G. CONTIERO, *L'affidamento dei minori*, cit., p. 40.

<sup>40</sup> S. PATTI, in *L'affidamento condiviso*, a cura di S. PATTI - L. ROSSI CARLEO, cit., p. 5; D'AVACK, *ibid.*, p. 22.

In definitiva, l'affidamento dei figli investe un tema centrale della crisi familiare e implica l'assunzione di importanti responsabilità da parte dei genitori che, nella vigenza della regola generale dell'affidamento condiviso, di cui però il legislatore non ha specificato nel dettaglio i caratteri lasciando vari margini di discrezionalità e incertezza<sup>41</sup>, sono chiamati a collaborare seriamente tra di loro nell'esclusivo interesse dei figli, anche dopo la frattura, temporanea o definitiva del loro legale affettivo.

### L'assegno di mantenimento dei figli nella separazione

Il quarto comma dell'art. 155 c.c. dispone che ciascuno dei genitori debba provvedere al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito, considerando i seguenti elementi: 1) le attuali esigenze del figlio; 2) il tenore di vita goduto in costanza di convivenza con entrambi i genitori; 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore; 4) le risorse economiche di entrambi i genitori; 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore<sup>42</sup>.

Il minore deve vedersi assicurato tutto ciò che è necessario al soddisfacimento dei suoi bisogni<sup>43</sup> secondo il tenore di vita mantenuto in precedenza<sup>44</sup>. La fonte dell'obbligo del contributo al mantenimento dei minori discende dagli articoli 147 e 148 c.c.<sup>45</sup>.

È già stato autorevolmente escluso che l'istituto dell'affidamento condiviso comporti in modo automatico che ciascuno dei genitori debba provvedere pa-

<sup>41</sup> M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 184; G. CONTIERO, *L'affidamento dei minori*, cit., p. 38.

<sup>42</sup> Per un esame approfondito dei singoli parametri di quantificazione: S. GOVERNATORI, in S. GOVERNATORI - M. MALTAGLIATI - G. MARLIANI - G. PACINI - V. PILLA, *Come calcolare gli assegni di mantenimento nei casi di separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano 2009, pp. 51 ss.; D. OLIVERO, in *La separazione personale dei coniugi*, a cura di L. FERRANDO - L. LENTI, CEDAM, Padova 2011, pp. 433 ss.; L. ROSSI, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di M. SESTA - A. ARCERI, CEDAM, Padova 2012, pp. 248 ss.; T. AULETTA, in *Commentario del codice civile. Della famiglia*, a cura di L. BALESTRA, UTET, Torino 2010, I, pp. 695 ss.; M. CUBEDDU, in *Diritto della famiglia*, a cura di S. PATTI - M. CUBEDDU, cit., pp. 539 ss.; A. COSTANZO, in *I processi di separazione e divorzio*, a cura di A. GRAZIOSI, Giappichelli, Torino 2011, p. 234-238.

<sup>43</sup> Cass. civ. 21 giugno 2011 n. 13630, in *Diritto e giustizia*, 2011; C. CORTESI, in G. DE MARZO - C. CORTESI - A. LIUZZI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, Giuffrè, Milano 2007, p. 479; N. COSPITE, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, a cura di A. ZACCARIA, cit., p. 456; C. LIVERZIANI, in *L'affidamento condiviso*, a cura di S. PATTI - L. ROSSI CARLEO, cit., p. 100; B. DE FILIPPIS, *Manuale pratico delle cause di separazione e divorzio*, CEDAM, Padova 2005, p. 150; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, CEDAM, Padova 2010, I, p. 599; R. VILLANI, in *Studium juris*, 2006, p. 670.

<sup>44</sup> Corte Cassazione 14 luglio 2011 n. 15566, in *Diritto e giustizia*, 2011, con nota di G. PALEARI; Corte Cassazione 20 giugno 2011 n. 13459, in *Diritto e giustizia*, 2011; M. MALTAGLIATI - G. MARLIANI, in S. GOVERNATORI - M. MALTAGLIATI - G. MARLIANI - G. PACINI - V. PILLA, *op. cit.*, pp. 172 ss.

<sup>45</sup> S. GOVERNATORI, *op. ult. cit.*, p. 22.

ritariamente, in modo diretto ed autonomo, alle esigenze dei figli minori<sup>46</sup>. Il principio del mantenimento deve essere applicato, dunque, tenendo conto dei parametri indicati.

In relazione ai tempi di permanenza dei figli presso ciascun genitore bisogna valutare se sia disposta una collocazione prevalente. Ma anche ove fosse disposto il collocamento paritario, si potrebbe giustificare ugualmente la richiesta di un assegno di mantenimento, soprattutto in considerazione degli ultimi due parametri del quarto comma dell'art. 155. Nel caso in cui le risorse economiche dei genitori fossero assolutamente sproporzionate, dovrebbe essere disposto un maggiore contributo al mantenimento dei figli a carico del coniuge più facoltoso. Ma la parte innovativa dell'art. 155 c.c. è insita nell'ultimo elemento indicato dalla norma, ovverosia nella valorizzazione del lavoro di cura e casalingo svolto da ciascun coniuge, superando la tradizionale distinzione secondo cui solo il lavoro professionale è retribuito, mentre quello domestico non è retribuito e quindi non è adeguatamente riconosciuto<sup>47</sup>. La valutazione economica della cura e dei compiti domestici deve riversarsi sull'assegno di mantenimento a carico del genitore che non vi adempie<sup>48</sup>. Infatti, la corrispondenza dell'assegno è improntata ad un principio di proporzionalità che deve intendersi non in termini meramente reddituali<sup>49</sup>, ma come criterio di adeguatezza rispetto all'effettiva presenza (affettiva ed economica) del genitore nella vita quotidiana dei figli. Un solo breve cenno merita il problema del mantenimento dei figli maggiorenni<sup>50</sup>: l'obbligo del contributo a loro favore non cessa per i

<sup>46</sup> Cass. civ. 4 novembre 2010 n. 22502, in *Giur. it.*, 2011, pp. 285 ss., con nota di L. AIROLA TAVAN, *Il mantenimento diretto dei figli alla luce della L. 8 febbraio 2006 n. 54*; Corte Cassazione 4 novembre 2009 n. 23411, in *Foro it.*, 3/2010, p. 90; Cass. civ. 6 novembre 2009 n. 23630, in *Giust. civ. mass.*, 11/2009, p. 1159; Cass. civ. 18 agosto 2006 n. 18187, in *Giust. civ. mass.*, 7-8/2006; tuttavia la dottrina è orientata in prevalenza a ritenere che la norma vada interpretata nel senso che debba essere privilegiato il mantenimento in forma diretta: M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 191; N. COSPITE, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, cit., p. 455; C. LIVERZIANI, in *L'affidamento condiviso*, a cura di S. PATTI - L. ROSSI CARLEO, cit., pp. 102-103.

<sup>47</sup> C. CORTESI, in G. DE MARZO - C. CORTESI - A. LIUZZI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, cit., p. 483. In giurisprudenza: Trib. Novara 20 maggio 2011, in *Juris data*, Giuffrè, Milano 2011. Un richiamo alla capacità di lavoro professionale o casalingo di ciascun coniuge si ricava anche dall'art. 148 c.c.

<sup>48</sup> C. CORTESI, *op. ult. cit.*, *ibid.*

<sup>49</sup> N. COSPITE, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, cit., p. 456; sull'obbligo da parte dei coniugi di presentare le dichiarazioni reddituali in sede di separazione, L. NAPOLITANO, in *L'affidamento condiviso*, a cura di S. PATTI - ROSSI SCARLEO, cit., p. 117.

<sup>50</sup> S. GOVERNATORI, in *op. cit.*, pp. 77 ss.; M. CUBEDDU, in *Diritto della famiglia*, a cura di S. PATTI e M. CUBEDDU, cit., pp. 550 ss.; L. OLIVERO, in *La separazione personale dei coniugi*, a cura di L. FERRANDO e G. LENTI, CEDAM, Padova 2011, pp. 446 ss.; A. ARCERI, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di M. SESTA e A. ARCERI, CEDAM, Padova 2012, pp. 448 ss.

genitori automaticamente con il raggiungimento della maggiore età<sup>51</sup>; infatti l'art. 155 *quinquies* c.c. prevede che il giudice possa disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico<sup>52</sup>. L'obbligo di contributo al mantenimento dei figli maggiorenni cessa solo quando abbiano raggiunto una propria autonomia ed indipendenza economica<sup>53</sup>. L'art. 155 *quinquies* c.c., nella formulazione introdotta dalla legge n. 54/2006, ha posto dei dubbi sulla legittimazione ad agire per la richiesta dell'assegno, affermandosi in prevalenza la tesi che la legittimazione spetti in via autonoma e concorrente al figlio e al genitore con esso convivente<sup>54</sup>.

La corresponsione dell'assegno è periodica<sup>55</sup> e il problema più ricorrente nella pratica forense è la sostanziale mancanza di parametri concretamente quantificabili per la determinazione della misura dell'importo dovuto<sup>56</sup>: si pensi alla difficoltà di determinare i bisogni attuali del figlio, il tenore di vita, per non parlare della valenza economica dei compiti domestici dei genitori. Non meno problematica è la ricostruzione dei patrimoni dei coniugi, soprattutto quando le dichiarazioni reddituali<sup>57</sup> siano incongruenti con il tenore di vita concretamente goduto, anche se in questo caso è possibile richiedere lo svolgimento delle indagini di polizia di tributaria previste dall'ultimo comma dell'art. 155 c.c.<sup>58</sup>. I

<sup>51</sup> Cass. civ. 27 giugno 2011, n. 14123, in *Diritto e giustizia*, 2011; Cass. civ. 16 giugno 2011 n. 13177, in *Diritto e giustizia*, 2011; Cass. civ. 26 gennaio 2011 n. 1830, in *Giust. civ.*, 4/2011, p. 891; Trib. Novara 22 marzo 2011, in *Juris data*, Giuffrè, Milano 2011.

<sup>52</sup> C. CORTESI, in G. DE MARZO - C. CORTESI - A. LIUZZI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, cit., p. 489.

<sup>53</sup> Cass. civ. 13 febbraio 2003 n. 2147, in *Giur. it.*, 56/2004, con nota di G. GUARINO; Cass. civ. 3 aprile 2002 n. 4765, in *Diritto famiglia*, 2002, p. 310; Cass. civ. 17 luglio 2001 n. 9698, in *Guida al diritto*, 41. Tuttavia, una volta raggiunta la piena autonomia economica, il diritto al mantenimento cessa e non può rivivere, potendo il figlio maggiorenne reclamare solo gli alimenti, qualora ne sussistano i presupposti di legge: Cass. civ. 22 novembre 2010 n. 23590, in *Giust. civ.*, 4/2011, p. 916; Trib. Modena 27 gennaio 2011, in *Juris data*, Giuffrè, Milano 2011.

<sup>54</sup> Cass. civ. 21 maggio 2009 n. 11828, in [www.affidamentocondiviso.it](http://www.affidamentocondiviso.it); Cass. civ. 19 gennaio 2007 n. 1146, in *Fam. e min.*, 3/2007, p. 46; App. Roma 6 ottobre 2010 n. 4018, in *Guida al diritto*, 47/2010, p. 75; Trib. Macerata 22 ottobre 2009, in *Giur. it.*, 2011, pp. 81 ss., con nota di G. SAVI, *Intervento del figlio maggiorenne nei giudizi coniugali/genitoriali aventi ad oggetto il proprio mantenimento*. In dottrina, S. GOVERNATORI, *op. ult. cit.*, p. 77.

<sup>55</sup> Trib. Roma 10 marzo 2011 n. 5232, in *Juris data*, Giuffrè, Milano 2011; trattandosi di obbligazione alimentare, non è ripetibile: Trib. Milano 22 luglio 2010, in *Juris data*, Giuffrè, Milano 2010; Trib. Milano 28 luglio 2010, in *Juris data*, Giuffrè, Milano 2010. Per modalità alternative alla corresponsione periodica, non esclusa l'ipotesi del regolamento del mantenimento in unica soluzione, vedasi, M. ROSSI, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di M. SESTA - A. ARCERI, UTET, Torino 2012, pp. 274-275.

<sup>56</sup> M. MALTAGLIATI - G. MARLIANI, *op. cit.*, pp. 151 ss.

<sup>57</sup> Sul valore indiziario delle dichiarazioni fiscali: Cass. civ. 17 febbraio 2011 n. 3905, in *Giust. civ. mass.*, 2/2011, p. 262.

<sup>58</sup> S. GOVERNATORI, *op. ult. cit.*, p. 135. La facoltà per il giudice di avvalersi delle indagini di polizia tributaria non deroga al principio generale dell'onere della prova, per cui può costi-



tentativi di individuare dei modelli statistici di calcolo non paiono ancora soddisfacenti<sup>59</sup>, per cui la determinazione va rimessa sostanzialmente al giudice e alle parti caso per caso. Proprio per questo motivo, ancora più importante pare la raccomandazione di moderazione, equilibrio e sobrietà proposta nella parte introduttiva di questo saggio: a volte sacrificare cento euro cambia la qualità della vita di un'intera famiglia per gli anni che vengono risparmiati al giudizio.

### L'assegno di mantenimento del coniuge debole

Il coniuge debole, visto l'art. 156 c.c., ha diritto all'attribuzione di un assegno di mantenimento a proprio favore<sup>60</sup>, al fine di mantenere un tenore di vita analogo a quello goduto nella convivenza matrimoniale<sup>61</sup>.

Gli elementi per il riconoscimento dell'assegno di mantenimento a favore del coniuge debole sono la non addebitabilità della separazione, la mancanza di adeguati redditi propri e la sussistenza di una disparità economica tra i due coniugi<sup>62</sup>.

L'art. 156 (al contrario dell'art. 5, 6° comma della legge n. 898/1970 per l'assegno divorzile, che aggiunge anche l'elemento dell'impossibilità per il coniuge richiedente di procurarsi redditi propri – anche se pare che questo principio

---

tuire solo uno strumento integrativo al “bagaglio istruttorio” proposto dalle parti; le indagini di polizia tributaria non possono essere attivate a fini meramente esplorativi. Così Cass. civ. 28 gennaio 2011 n. 2098, in *Giust. civ. mass.*, 1/2011, p. 138.

<sup>59</sup> M. MALTAGLIATI - G. MARLIANI, *op. ult. cit.*, pp. 145 ss.; questi autori cercano apprezzabilmente di impostare un modello per il calcolo dell'assegno di mantenimento basato su dati statistici, che però a mio avviso non supera assolutamente le variabili che si possono riscontrare nei casi concreti.

<sup>60</sup> Sull'assegno del mantenimento a favore del coniuge: M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, CEDAM, Padova 2011, p. 157; A. LIUZZI - G. DE MARZO, in C. CORTESI - A. LIUZZI - G. DE MARZO, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 97 ss.; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino 2011, p. 232; *ibid.*, pp. 771 ss.; P. SIRENA - A. BALLARANI, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, a cura di A. ZACCARIA, CEDAM, Padova 2011, pp. 492 ss.; N. COSPITE, in *Commentario breve al c.c.*, a cura di G. CIAN, CEDAM, Padova 2011, pp. 290 ss.; F.F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, CEDAM, Padova 2010, pp. 594 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia, le successioni*, Giuffrè, Milano 2005, p. 211 ss.; C. GRASSETTI, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI, CEDAM, Padova 1992, pp. 704 ss.; S. GOVERNATORI, *op. cit.*, pp. 89 ss.; B. DE FILIPPIS, *Manuale pratico delle cause di separazione e divorzio*, CEDAM, Padova 2005, pp. 131 ss.; *Id.*, *Il diritto di famiglia*, CEDAM, Padova 2011, pp. 529 ss.; M. CUBEDDU, in *Diritto della famiglia*, cit., pp. 482 ss.; L. OLIVERO, in *La separazione personale dei coniugi*, a cura di L. FERRANDO - G. LENTI, CEDAM, Padova 2011, pp. 367 ss.

<sup>61</sup> Cass. civ. 7 luglio 2008 n. 18613, in *Foro it.*, 11/2008, p. 3157; Trib. Roma 3 giugno 2009 n. 12170, in *Juris Data*, Giuffrè, Milano 2009.

<sup>62</sup> Cass. civ. 21 novembre 2008 n. 27775, in *Diritto e giustizia*, 2008; A. LIUZZI - G. DE MARZO, in G. DE MARZO - C. CORTESI - A. LIUZZI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, cit., p. 99.

vada applicato anche alla separazione<sup>63</sup>) prevede che il coniuge richiedente non abbia adeguati redditi propri<sup>64</sup>: in sostanza l'istante deve trovarsi in concrete condizioni di squilibrio economico rispetto al proprio partner.

L'adeguatezza dei mezzi a disposizione del coniuge richiedente va valutata avendo riguardo allo standard di vita reso oggettivamente possibile dal complesso delle risorse economiche dei coniugi durante il matrimonio<sup>65</sup>, considerando la posizione sociale della famiglia. Nella concreta determinazione dell'assegno di mantenimento si dovranno considerare anche le eventuali elargizioni di terzi aventi carattere non saltuario<sup>66</sup>.

Non vi è alcun dubbio che il tenore di vita incida come parametro primario sulla determinazione del contributo al mantenimento<sup>67</sup>.

Spesso succede che i redditi<sup>68</sup> dichiarati al fisco dal coniuge più facoltoso appaiano totalmente inattendibili ed incompatibili con il suo tenore di vita pacificamente goduto *coram populo*.

In effetti le dichiarazioni dei redditi spesso non forniscono un quadro attendibile della situazione economica del dichiarante, rilevante ai fini della determinazione dei contributi economici alla famiglia; in base alla comune esperienza, le infedeltà maggiormente significative si riscontrano nelle aree del lavoro autonomo o di impresa, specialmente nei settori a contatto con il consumatore finale, dove non si verifica quella contrapposizione di interessi che solitamente spinge alla emersione degli imponibili<sup>69</sup>.

In questi casi può essere utile ricorrere alla prova presuntiva costituita dagli elementi che indichino indirettamente la percezione di un reddito più cospicuo (ad esempio vacanze continuative e abituali in amene località turistiche, godimento di beni di lusso, pubblicazione di dati ufficiali dei redditi medi della categoria o della professione ecc.), o, in casi particolari, alle indagini di polizia tributaria che sono espressamente previste dall'ultimo comma dell'art. 155

<sup>63</sup> M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 159-160; ma *contra*, A. LIUZZI - G. DE MARZO, *op. ult. cit.*, p. 110; sul punto vedasi anche Cass. civ. 18 agosto 1994 n. 7437, in *Giust. civ.*, I/1995, p. 2510. Per le differenze tra l'assegno di mantenimento nella separazione e l'assegno divorzile: P. CIANNI, *Gli effetti patrimoniali del divorzio: l'assegno divorzile*, in *Diritto e formazione*, 2010, pp. 200 ss.

<sup>64</sup> Il difetto di redditi di propri non va inteso come stato di bisogno, ma come mancanza di redditi sufficiente ad assicurare al coniuge richiedente il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio: Cass. civ. 7 marzo 2001 n. 3291, in *Giur. it.*, 2002, p. 67.

<sup>65</sup> Cass. civ. 22 ottobre 2004 n. 20638, in *Giust. civ. mass.*, 2004, p. 10.

<sup>66</sup> M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 160.

<sup>67</sup> M. MALTAGLIATI - G. MARLIANI, *op. cit.*, pp. 171 ss.; M. SESTA, *op. ult. cit.*, pp. 158-159.

<sup>68</sup> È appena il caso di ricordare che i coniugi debbono allegare le rispettive dichiarazioni reddituali agli atti introduttivi del giudizio di separazione ai sensi dell'art. 706 c.p.c.

<sup>69</sup> G. PACINI - V. PILLA, in S. GOVERNATORI - M. MALTAGLIATI - G. MARLIANI - G. PACINI - V. PILLA, *Come calcolare gli assegni di mantenimento nei casi di separazione e divorzio*, cit., p. 323.

c.c. in tema di mantenimento dei figli<sup>70</sup>. L'assegno di mantenimento a favore del coniuge debole deve essere corrisposto periodicamente<sup>71</sup>, ha natura eminentemente assistenziale e può essere modificato, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 156 c.c., quando si verifichi una variazione della situazione economica anche di un solo coniuge<sup>72</sup>. Può essere richiesta la prestazione di una garanzia reale o personale a tutela del pagamento dell'assegno di mantenimento e, in caso di inadempienze, può essere disposto il sequestro dei beni dell'obbligato o può essere emesso l'ordine di pagamento diretto ai terzi debitori del coniuge tenuto al versamento dell'assegno<sup>73</sup>.

Purtroppo, le stesse considerazioni finali di incertezza manifestate in tema di contributo per i figli valgono anche per i concreti criteri di quantificazione dell'assegno di mantenimento a favore del coniuge debole: non esistono parametri certi<sup>74</sup>, ma di fatto si deve procedere valutando le situazioni caso per caso, con la solita raccomandazione di moderazione e ragionevolezza nella gestione della controversia familiare.

<sup>70</sup> Cass. civ. 24 aprile 2007 n. 9915, in *Giust. civ. mass.*, 2007, p. 4; P. SIRENA - A. BALLARANI, *op. cit.*; S. GOVERNATORI, *op. cit.*, p. 135; L. OLIVERO, in *La separazione personale dei coniugi*, a cura di L. FERRANDO - G. LENTI, cit., p. 451; S. CHIARAVALLOTTI - G. SPADARO, *L'interesse del minore nella mediazione familiare*, Giuffrè, Milano 2012, p. 69. Le indagini di polizia tributaria sono previste espressamente per il calcolo dell'assegno divorzile dal 9° comma dell'art. 5 della legge n. 897/1970, così come modificato dalla legge n. 74 del 1987. Si ritiene che le indagini di polizia tributaria siano applicabili anche al giudizio di separazione per applicazione analogica.

<sup>71</sup> Al contrario che per l'assegno di divorzio, per cui può essere concordata la corresponsione dell'assegno *una tantum* ai sensi dell'8° comma dell'art. 5 della legge divorzile, non è prevista espressamente un'analoga soluzione per l'assegno di mantenimento nella separazione. Ritengo, però, che detta soluzione possa eventualmente essere concordata in caso di separazione consensuale. Per un'applicazione in questo senso, vedasi Cass. civ. 13 maggio 1999 n. 4748, in *Giur. it.*, 2000, p. 720, con nota di O.B. CASTAGNARO; per l'ipotesi di nullità di detto accordo quando comporti l'esonero definitivo dall'assegno di mantenimento: Trib. Piacenza 6 febbraio 2003, in *Arch. civ.*, 2004, p. 494, con nota di M. NATALI; per il versamento dell'assegno divorzile *una tantum*, vedasi A. LIUZZI - G. DE MARZO, in G. DE MARZO - C. CORTESI - A. LIUZZI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, cit. pp. 279 ss.; per il versamento dell'assegno *una tantum* in sede di separazione, vedasi G. FERRANDO, in *La separazione personale dei coniugi*, a cura di G. FERRANDO - L. LENTI, cit., pp. 36 ss.

<sup>72</sup> Cass. civ. 7 maggio 1999 n. 4570, in *Giust. civ. mass.*, 1999, p. 1033. Per il caso in cui il beneficiario stabilisca una nuova relazione familiare con coabitazione: Trib. Varese 26 novembre 2011, in *Giur. merito*, 7-8/2012, p. 1832.

<sup>73</sup> Per maggiori approfondimenti: A. LIUZZI - G. DE MARZO, in G. DE MARZO - C. CORTESI - A. LIUZZI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 157 ss.; E. AL MUREDEN, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di M. SESTA - A. ARCERI, UTET, Torino 2012, pp. 321 e ss; in giurisprudenza: Cass. civ. 19 maggio 2011 n. 11061, in *Guida al diritto*, 28/2011, p. 60; Cass. civ. 19 maggio 2011 n. 11062, in *Giust. civ. mass.*, 2011, p. 5.

<sup>74</sup> Anzi, il criterio dettato dal legislatore è ancora più incerto di quello previsto per il contributo dei figli: S. GOVERNATORI, *op. ult. cit.*, p. 98.



# L'attuale regolamentazione dell'acquisizione sanante: l'art. 42-*bis* del d.p.r. 327/2001.

## Una prima analisi della normativa vigente e degli orientamenti giurisprudenziali più recenti

Giulio Ramaccioni

---

### Introduzione

Il d.l. del 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, nella l. 15 luglio 2011, n. 111, ha introdotto nel testo unico delle espropriazioni per pubblica utilità un nuovo art. 42-*bis*, dedicato alla «utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico». La nuova disposizione ha sostanzialmente ripristinato, almeno nei contenuti, l'art. 43 del d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327, che era stato dichiarato incostituzionale per eccesso di delega ad opera della C. cost. con la sentenza n. 293/2010<sup>1</sup>. L'introduzione dell'art. 42-*bis* nel d.p.r. 327/2001 ha infatti l'obiettivo di eliminare il vuoto normativo che si era venuto a determinare a partire dalla suddetta sentenza della Consulta, da cui era scaturito un avvicinarsi di molteplici e non concordanti soluzioni giurisprudenziali, enucleate in particolare dalla magistratura amministrativa. La nuova disciplina prova dunque a rimettere ordine in un settore che negli ultimi mesi è stato ricco di incertezze. Il rapporto tra la nuova e la vecchia acquisizione sanante, tuttavia, è molto meno immediato di quanto possa sembrare a prima vista: sicuramente l'art. 42-*bis* eredita molti tratti caratteristici dell'abrogato art. 43, ma contestualmente vi apporta sensibili innovazioni, anche di tipo strutturale e concettuale. Giova allora verificare in che termini la disciplina introdotta dalla nuova disposizione si pone in linea di continuità con quella precedente e quali sono, viceversa, i profili di innovatività della stessa.

---

<sup>1</sup> Fra i molti commenti aventi ad oggetto la pronuncia della Consulta, si citano, senza pretesa di completezza, S. SALVAGO, *(Prima) declaratoria di incostituzionalità per la c.d. «acquisizione (coattiva) sanante»*, in *Giust. civ.*, 1/2011, pp. 305 ss.; G. RAMACCIONI, *La proprietà dopo il Trattato di Lisbona: funzione sociale o diritto umano? A proposito di Corte cost. n. 293/2010, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 D.P.R. n. 327/2001*, in *Diritto e formazione*, 1/2011, pp. 92 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Espropriazioni illegittime e tutela multilivello della proprietà: prospettive costituzionali*, in *Studium juris*, 5/2011, pp. 509 ss.; S. MIRATE, *L'illegittima occupazione del fondo privato per scopi di pubblica utilità: la giurisprudenza e il futuro dell'acquisizione sanante*, in *Resp. civ. prev.*, 9/2011, pp. 1704 ss.; G. IANNI, *L'incostituzionalità dell'art. 43 D.P.R. n. 327 del 2001 e i «rimedi» della giurisprudenza di merito: è possibile il ricorso all'istituto civilistico della specificazione?*, in *Giur. mer.*, 9/2011, pp. 2272 ss.

Tutto ciò dovrà essere valutato alla luce delle multiformi e contrastanti posizioni assunte dai giudici amministrativi che si sono impegnati nella ricerca di una qualche regola in grado di sopperire al vuoto normativo lasciato dalla declaratoria di incostituzionalità. Avviamo, dunque, l'indagine da quest'ultimo aspetto e approfondiamo le varie opzioni ermeneutiche offerte dalla giurisprudenza.

### **La *law in action*: i diversi percorsi costruttivi seguiti dal formante giurisprudenziale<sup>2</sup>**

La decisione n. 293/2010 della C. cost. ha prodotto immediati effetti nei confronti della giurisprudenza, specialmente in quella amministrativa, che si è trovata a dover ricercare soluzioni adeguate con le quali colmare il vuoto legislativo determinato dalla dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 43 del d.p.r. 327/2001.

Ciò è avvenuto in modo per nulla omogeneo, attraverso decisioni oscillanti e, perfino, fra loro contrastanti. Cerchiamo allora di effettuare una loro rapida e sintetica ricognizione, ordinandole in base allo specifico argomento trattato.

- 1) Un orientamento ha ritenuto che a seguito del vuoto normativo determinato dalla pronuncia di incostituzionalità dell'art. 43 del d.p.r. 327/2001, non può che riconoscersi l'obbligo primario della p.a. di restituzione del bene illegittimamente detenuto e della sua remissione in pristino (cfr. Cons. St., sez. IV, 04 febbraio 2011, n. 804 e Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3561; TAR Veneto, sez. I, 21 giugno 2011, n. 1063; TAR Puglia, sez. III, 09 luglio 2011, n. 1058; TAR Lombardia, sez. IV, 26 novembre 2011, n. 7302<sup>3</sup>). Questo principio di carattere generale, è stato però diversamente temperato dalle corti attraverso l'utilizzo di eccezioni che ne possono inficiare l'operatività: a) una è quella rappresentata dall'art. 2058, comma 2, c.c., che consente al giudice di disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, qualora la reintegrazione in forma specifica risulti eccessivamente onerosa per il debitore; b) l'altra passa per la valorizzazione della regola di cui all'art. 2933, comma 2, c.c., che consente di impedire la distruzione della cosa posta in essere in violazione dell'obbligo di non fare, qualora ciò sia di pregiudizio all'economia nazionale; c) un'ultima, invece, si concentra sul comportamento posto in essere dal privato attraverso fatti o contegni che

<sup>2</sup> Come è noto il "formante" è un concetto elaborato da R. SACCO (*Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, rist. 2003) nell'ambito del diritto comparato, con cui si ricomprendono l'insieme delle regole legali, delle proposizioni dottrinali e delle regole giurisprudenziali che coesistono, in un dato momento storico, all'interno dell'ordinamento: si avrà così un formante legale, un formante dottrinale ed un formante giurisprudenziale.

<sup>3</sup> Tutte le sentenze indicate nel presente lavoro possono essere lette nella banca dati del sito internet <http://dejure.giuffre.it/>.

- avrebbero la forza di atti estintivi (in senso rinunziativo o abdicativo) del diritto di proprietà.
- 2) Nell'ambito dell'indirizzo appena esposto, alcuni giudici amministrativi hanno iniziato a seguire una linea esegetica volta a dare piena attuazione al principio sopra evidenziato, adottando decisioni con cui la p.a. è stata condannata alla restituzione del bene anche in presenza di un'attività di trasformazione, con piena soddisfazione dell'interesse del privato su quello pubblico (cfr. TAR Abruzzo, sez. staccata Pescara, sez. I, 01 febbraio 2011, n. 66; TAR Sicilia, sez. staccata Catania, sez. II, 15 marzo 2011, n. 615).
  - 3) Un altro orientamento – partendo dal presupposto che la realizzazione dell'opera sul fondo illegittimamente occupato è in sé un mero fatto e, come tale, inidoneo a determinare il trasferimento della proprietà – ha affermato (cfr. Cons. St., sez. IV, 01 giugno 2011, n. 3331; Cons. St., sez. IV, 20 giugno 2011, n. 4408; TAR Sicilia, sez. staccata Catania, sez. III, 13 aprile 2011, n. 893; TAR Lazio, sez. II *quater*, 14 aprile 2011, n. 3260): a) che è obbligo generale della amministrazione procedere alla restituzione del bene immobile illegittimamente detenuto; b) che non possono rinvenirsi atti estintivi (rinunziativi o abdicativi) della proprietà in comportamenti, fatti o conegni<sup>4</sup>; c) che, in assenza del meccanismo procedimentale di cui all'art. 43 del d.p.r. 327/2001, la p.a. per acquisire la proprietà potrà soltanto far riferimento agli ordinari strumenti civilistici di acquisto immobiliare, anche con funzione transattiva, cercando di ottenere il consenso della controparte a tale soluzione.
  - 4) Una singolare linea esegetica è quella individuata dal TAR Puglia, sez. I (v. ad es. le decisioni del 29 giugno 2011, nn. 1199 e 1220; del 18 luglio 2011, n. 1364) che, pur di salvare l'opera pubblica costruita sul fondo privato, ha ritenuto applicabile alle fattispecie esaminate l'istituto della specificazione di cui all'art. 940 c.c.<sup>5</sup>.
  - 5) Del tutto diversa è, infine, la ricostruzione prospettata da altri Tribunali amministrativi che – non ritenendo coerente l'utilizzo dello strumento di cui all'art. 940 c.c. – sono ricorsi all'applicazione della regola generale dettata dall'art. 934 c.c., secondo il quale tutto ciò che viene edificato sul suolo accede di diritto alla proprietà di esso, nonché all'art. 936 c.c., per cui ove un terzo abbia eseguito opere con materiali propri sul fondo altrui, il

---

<sup>4</sup> Tali pronunce si pongono in netto contrasto con l'orientamento giurisprudenziale prevalente: ben assestato nel ritenere, invece, che l'effetto abdicativo della proprietà possa derivare anche da comportamenti, fatti, conegni quale quello di chiedere in giudizio unicamente il risarcimento del danno per equivalente, preso atto della irreversibile trasformazione del bene (cfr., in particolare, Cons. giust. sic., 25 maggio 2009, n. 486). Si pone, invece, in una posizione possibilista, TAR Campania, sez. staccata Salerno, sez. II, 21 marzo 2011, n. 502.

<sup>5</sup> Critica l'impostazione assunta dalla magistratura leccese, TAR Lombardia, sez. III, 5 aprile 2011, n. 880.

proprietario di quest'ultimo può scegliere se acquisirne la proprietà ovvero obbligare il terzo a rimuoverle (cfr. TAR Toscana, sez. I, 31 maggio 2011, n. 950; TAR Campania, sez. V, 01 giugno 2011, n. 2936; TAR Sicilia, sez. staccata Catania, sez. III, 13 giugno 2011, n. 1474).

## Il nuovo intervento legislativo

In un contesto giurisprudenziale così frastagliato, era scontato<sup>6</sup> un intervento legislativo che segnasse il ritorno ad un regime di diritto positivo in grado di dare maggiori certezze ai soggetti interessati.

Ecco così che l'art. 34 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, recante norme per la stabilizzazione finanziaria e convertito, con modificazioni, dalla l. del 15 luglio 2011, n. 111, ha introdotto nel d.p.r. 327/2001 l'art. 42-*bis*, contenente la nuova disciplina dell'istituto della acquisizione sanante. La disposizione, che ha già ricevuto sia critiche che elogi dai primi commentatori che se ne sono occupati<sup>7</sup>, si articola in otto commi, taluni dei quali contengono più di una regola operativa.

Procediamo allora ad un rapido esame delle novità di maggior interesse introdotte dall'art. 42-*bis*:

- a) La rubrica dell'articolo è rimasta immutata rispetto a quella dell'art. 43 («utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico»), lasciando intendere una riproposizione *tout court* dell'istituto dell'acquisizione sanante come in precedenza disciplinato.
- b) Al comma primo si nota però subito una diversità rispetto alla regola precedente: l'atto con cui è disposta l'acquisizione al patrimonio indisponibile dell'ente pubblico non è retroattivo. L'espressa previsione della non retroattività pone così un limite alla responsabilità dell'amministrazione.
- c) Altra novità sta nel fatto di prevedere, in luogo del risarcimento del danno, un indennizzo sia per il pregiudizio di tipo patrimoniale subito che per quello di natura non patrimoniale. Indennizzo che per la parte patrimoniale viene determinato, salvi i casi in cui la legge disponga in modo differente, in misura corrispondente al valore venale del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità e, qualora l'occupazione riguardi un terreno edificabile,

<sup>6</sup> In questo senso, sia consentito il rinvio a G. RAMACCIONI, *La proprietà dopo il Trattato di Lisbona: funzione sociale o diritto umano?*, cit. (v., in particolare, le conclusioni a p. 108).

<sup>7</sup> Per le critiche, cfr. G. CERISANO, *Note a margine dell'art. 42-bis del t.u. espropriazioni*, in [www.esproprioonline.it](http://www.esproprioonline.it), 6 luglio 2011 e C. PUNZO, *Mutata la forma, la sostanza è la stessa? Commento a caldo al nuovo art. 42-bis del testo unico sulle espropriazioni introdotto dal d.l. n. 98 del 6 luglio 2011*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it). Un commento che sottolinea, invece, l'opportunità dell'intervento legislativo, è quello di E. LORIA, *Espropriazione: ripristinata l'acquisizione sanante*, in *Guida al dir.*, 30/2011, p. 74. Infine, per un'analisi delle problematiche complessive determinate dall'art. 34 d.l. n. 98/2011, si può far riferimento a G. RAMACCIONI, *Il ritorno dell'acquisizione sanante: un passo avanti o uno indietro?*, in *Europa e dir. priv.*, 4/2011, pp. 1197 ss.



applicando le disposizioni dell'art. 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7. Mentre, la parte non patrimoniale deve essere forfettariamente quantificata nella misura del dieci per cento del valore venale del bene.

- d) Viene, inoltre, precisato al comma 2, che il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche durante la pendenza di un giudizio di annullamento degli atti che hanno determinato il vincolo preordinato all'esproprio se l'amministrazione che ha adottato l'atto lo ritira, determinando così l'improcedibilità del giudizio amministrativo. In tal caso le somme eventualmente già erogate al privato a titolo di indennizzo, con la maggiorazione dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute a seguito dell'emanazione dell'atto di acquisizione.
- e) Con riferimento al provvedimento di acquisizione, viene data una specifica e più ampia (rispetto a quanto previsto dal previgente art. 43) indicazione circa il corredo motivazionale che deve caratterizzarlo. Ed infatti la pubblica amministrazione ha ora il dovere – posto a tutela degli interessi dei privati – di esporre in modo specifico, tra l'altro, le «attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione» (comma 4).
- f) Un'ulteriore garanzia dei diritti proprietari del privato consiste nella precisazione riguardante il passaggio di proprietà, che si determina con la notifica dell'atto di acquisizione, sotto condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute a titolo indennitario ovvero del loro deposito (comma 4).
- g) Si prevede inoltre la trascrizione presso la conservatoria dei registri immobiliari (comma 4) e la comunicazione del provvedimento alla Corte dei conti mediante trasmissione in copia (comma 7).
- h) Infine, all'ultimo comma viene dettata una disciplina transitoria che regola i fatti anteriori alla entrata in vigore della legge. La norma precisa che la disciplina si applica alle situazioni precedenti anche nelle ipotesi in cui ci sia stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato purché vi sia una rinnovata valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione.

Questi, in estrema sintesi, gli aspetti maggiormente interessanti della nuova normativa. Alcuni di essi sono già stati indagati dalla giurisprudenza che si è trovata a dare concreta applicazione all'art. 42-bis.

Di seguito allora l'attenzione sarà appuntata su alcune delle più recenti e significative pronunce delle corti.

### **L'approccio ermeneutico della magistratura amministrativa all'art. 42-bis**

Nelle sentenze che per prime hanno applicato la nuova disposizione, si può registrare la volontà di riportare uniformità di giudizio all'interno della materia, cercando di superare le incertezze che – come si è avuto modo di analizzare

– avevano caratterizzato l'azione delle corti subito dopo la dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 43 d.p.r. 327/2001.

È evidente che si tratta di un contesto in divenire, nel quale è necessario verificare come la magistratura amministrativa adatti nel corso del tempo la propria giurisprudenza (con tutto lo strumentario di argomentazioni, tecniche, regole operazionali) al nuovo quadro ordinamentale.

Alcuni punti sembrano, però, poter essere da subito sottolineati.

Innanzitutto è stato ribadito che i giudici e le amministrazioni nazionali non possono sostenere, *contra legem*, che una amministrazione sia diventata proprietaria in assenza di un titolo giuridico disciplinato dalla legge<sup>8</sup>. Da tale presa di posizione, la giurisprudenza giunge ad affermare quella che sembra essere, al momento, la regola operativa: la p.a. può diventare proprietaria del bene occupato o al termine di un procedimento che si conclude – sul piano fisiologico – con il decreto di esproprio o con la cessione del bene (attraverso il consenso del proprietario, nelle forme di un contratto di compravendita o di una transazione), oppure – qualora vi sia una patologia per cui il bene è stato modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità – con il decreto di acquisizione al patrimonio indisponibile, ai sensi dell'art. 42-*bis* d.p.r. 327/2001 (cfr. Cons. St., sez. VI, 31 ottobre 2011, n. 5813; Cons. St., sez. IV, 27 dicembre 2011, n. 6862; TAR Sicilia, sez. staccata Catania, sez. III, 19 agosto 2011, n. 2102; TAR Campania, sez. V, 27 gennaio 2012, n. 434; TAR Puglia, sez. I, 25 gennaio 2012, n. 107). In difetto di tali attività e qualora richiesto dalle parti, non vi è altra soluzione alla restituzione dei terreni ai titolari, demolendo la costruzione eventualmente realizzata e disponendo la riduzione in pristino (Cons. St., sez. VI, 01 dicembre 2011, n. 7179).

In questa prospettiva, è interessante notare che alcuni giudici, ritenendo mutato il quadro normativo complessivo, definiscono l'istituto introdotto dall'art. 42-*bis* con il termine di "acquisizione coattiva", anziché con quello di "acquisizione sanante": volendo così sottolineare il potere della amministrazione di acquisire al suo patrimonio indisponibile il bene del privato allorché la sua utilizzazione risponda a scopi di interesse pubblico e nonostante difetti un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo di pubblica utilità (TAR Calabria, sez. I, 05 dicembre 2011, n. 1501 e 06 dicembre 2011, n. 1523).

Un altro aspetto da sottolineare è il seguente.

Uno dei tratti caratterizzanti la normativa in esame è quello, in un ambito di maggiore certezza e tutela del privato, di prevedere un indennizzo (e non un risarcimento) – ancorato su parametri certi, anche per quanto concerne la

<sup>8</sup> Di diverso avviso sembra essere TAR Lazio, Roma 18.01.2012, n. 554, quando afferma che: «Nel caso di specie, il bene, irreversibilmente trasformato in sede autostradale è stato necessariamente già acquisito al demanio statale ai sensi dell'art. 822 comma 2 del codice civile, al momento della destinazione alla viabilità pubblica».

parte non patrimoniale del pregiudizio sofferto<sup>9</sup> – per il proprietario che si vede privato del bene.

Il dato evidenziato è rilevante, in considerazione del fatto che la regola desumibile dalle decisioni giurisprudenziali (in particolare della Suprema Corte) è, invece, costruita sull'esclusione della risarcibilità del danno non patrimoniale in caso di lesione del diritto di proprietà<sup>10</sup>. Dunque, il dato che emerge dalla disciplina legale si contrappone al prevalente orientamento delle corti, in quanto dispone che al proprietario deve essere corrisposto un indennizzo<sup>11</sup> anche per il pregiudizio non patrimoniale subito, da quantificarsi forfetariamente nella misura del dieci per cento del valore.

L'antinomia tra la consolidata prassi delle corti e la normativa appena varata è, pertanto, evidente.

La giurisprudenza amministrativa sembra però – nell'applicazione concreta dell'art. 42-bis – obliterare questa significativa dissociazione<sup>12</sup> tra il forman-

<sup>9</sup> Certamente, sotto l'aspetto di una maggior certezza riguardante la tutela del soggetto privato, la previsione di un indennizzo per il pregiudizio di natura patrimoniale e non patrimoniale subito, ancorato a criteri certi di quantificazione, è di evidente utilità. Resta però la perplessità dovuta al fatto che l'attuale disciplina espunge il termine "risarcimento del danno" (utilizzato, invece, dal previgente art. 43, poi dichiarato incostituzionale), che appariva più idoneo a descrivere il tipo di conseguenze provocate dalle occupazioni senza titolo.

<sup>10</sup> Senza troppo soffermarsi in argomenti noti, è sufficiente fare riferimento alle molto commentate quattro sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione dell'11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, che hanno ridisegnato il sistema della responsabilità civile, fondandolo su una base bipolare, articolata in una fattispecie atipica (l'art. 2043 c.c.) ed in una tipica (l'art. 2059 c.c.). Tali pronunce hanno inoltre evidenziato che la risarcibilità del danno non patrimoniale possa essere disposta solo a fronte della lesione di interessi «non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana». Adottando questa impostazione, viene quindi confermata la scelta di non conferire tutela risarcitoria di interessi non patrimoniali alla lesione del diritto di proprietà, in quanto non rientrerebbe nel novero dei diritti inviolabili; le sentenze possono essere lette in *Guida al dir.*, 47/2008, p. 18. Sul punto specifico, invero, si possono registrare in tempi recenti opinioni non conformi da parte della giurisprudenza di merito. Emblematica di questa diversa impostazione è Trib. Firenze 21 gennaio 2011, n. 147, in *Resp. civ. prev.*, 6/2011, p. 1290, in cui si afferma *apertis verbis*, che: «Va invece riconosciuta la risarcibilità del danno non patrimoniale per la violazione del diritto di proprietà, rientrando nella categoria dei diritti fondamentali inerenti alla persona (secondo l'interpretazione fornita dalle diverse pronunce della Corte europea di Strasburgo ed in considerazione dei rapporti delineati dalla nostra Corte costituzionale, nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, tra ordinamento interno e diritto sovranazionale».

<sup>11</sup> È vero che la normativa utilizza il termine di "indennizzo" (e non di "risarcimento"), ma il contrasto con il formante giurisprudenziale rimane significativo: nella sostanza, infatti, la disciplina di cui al primo comma dell'art. 42-bis del d.p.r. n. 327/2001 apre la porta al ristoro per i pregiudizi di natura non patrimoniale subiti.

<sup>12</sup> Si utilizza questo termine nel senso attribuitogli dalla scienza comparatistica e, quindi, come antinomia tra le affermazioni della legge e le regole operative seguite dalla giurisprudenza.

te legislativo e quello giurisprudenziale, procedendo ad una interpretazione letterale del dato positivo. Questo è almeno quello che emerge, fino a questo momento, dall'analisi delle sentenze che hanno affrontato l'argomento e che tendono a recepire *sic et simpliciter* quanto disciplinato dal legislatore (cfr. TAR Sicilia, sez. III, 31 ottobre 2011, n. 1939; Cons. St., sez. V, 02 novembre 2011, n. 5844).

Infine, sotto un diverso profilo, deve segnalarsi che il Consiglio di Stato, con una recente sentenza (sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1438), ha già avuto modo di esprimere una valutazione di piena congruità dell'art. 42-*bis* alla Costituzione, alle disposizioni CEDU ed alla giurisprudenza di Strasburgo<sup>13</sup>.

Occorrerà a questo punto verificare – nel lungo periodo, così da avere un dato completo e complessivo – la reazione della dottrina e della giurisprudenza all'art. 42-*bis*. In particolare, sarà interessante comprendere quale approccio ermeneutico verrà adottato dai veri “*big players*” della materia e cioè la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>14</sup>, che hanno fino ad ora scandito i tempi del dibattito<sup>15</sup> su questi temi.

<sup>13</sup> Evidenziando espressamente che «per di più, il provvedimento ora disciplinato dall'art. 42-*bis* [...] comporta la spettanza – al soggetto che perde il diritto di proprietà – di un importo a titolo di indennizzo, nella misura superiore al 10% rispetto a quanto avrebbe avuto diritto ad ottenere a titolo di risarcimento del danno (sia sulla base della prassi nazionale rivelatasi in contrasto con la Cedu, sia nel caso di applicazione dell'art. 43, poi dichiarato incostituzionale per eccesso di delega)».

<sup>14</sup> Un utile strumento per approfondire la tematica – ampia, articolata e di grande attualità – dei diritti umani, è ora rappresentato dal *Codice dei diritti umani e fondamentali*, Plus, Pisa 2011, curato da U. VINCENTI con la collaborazione della Scuola Superiore dell'Avvocatura, che raccoglie i principali testi normativi internazionali che riconoscono e tutelano i diritti umani e fondamentali.

<sup>15</sup> Il tema è stato recentemente affrontato da molti autori e con diversi angoli di visuale. Per avere un quadro d'insieme preciso, si può fare riferimento alle recenti indagini effettuate da: M. TRIMARCHI, *Proprietà e impresa*, in *Contr. imp.*, 4-5/2009, pp. 904 ss.; A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2010, pp. 115 ss.; C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3/2009, pp. 409 ss.; ID., *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Europa dir. priv.*, 2/2011, pp. 437 ss.; G. RAMACCIONI, *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *Europa dir. priv.*, 3/2010, pp. 861 ss.; M. JAEGER, *Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2/2011, p. 349 ss.; G. RAIMONDI, *Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa dir. priv.*, 2/2011, pp. 417 ss.

# Preclusioni istruttorie e diritto a prova e controprova nei tre gradi del giudizio penale: spunti di riflessione per la difesa

Francesco Agostinelli

---

## Premessa

Nel nostro ordinamento processuale, sia civile che penale, il regime delle preclusioni istruttorie non può dirsi “assoluto”, avendo il legislatore deciso di dare la prevalenza, pur entro certi limiti, ad un accertamento della verità sostanziale rispetto a quella meramente processuale. Tale è anche la tendenza europea, che ci spinge a rivedere il mito dell’intangibilità del giudicato<sup>1</sup>. È esattamente in quest’ottica che nel processo penale il diritto dell’imputato di “difendersi provando” (art. 190 c.p.p.) trova sostanziale applicazione in tutti e tre i gradi di giudizio: “pienamente” nel giudizio di primo grado (artt. 468 e 495 c.p.p.), “eccezionalmente” sia nel secondo grado di giudizio (art. 603 c.p.p.) che in quello di legittimità (art. 606 lett. d) c.p.p.), in quest’ultimo caso, come ovvio, entro i particolari limiti che tale tipologia di giudizio prevede.

Ciò avviene sia consentendo di (ri)ammettere se «non sia possibile decidere allo stato degli atti o se assolutamente necessaria o decisiva» una prova non introdotta o non ammessa o non valutata, sia consentendo l’introduzione, anche d’ufficio, di prove nuove perché formatesi o, comunque, conosciute successivamente rispetto al termine naturale di loro ammissione o valutazione.

L’applicazione giurisprudenziale di tali principi generali fornisce l’occasione per articolare alcune considerazioni critiche.

## Il primo grado di giudizio

Di immediata percezione è la portata del I comma dell’art. 468 c.p.p. disposizione che, a pena di inammissibilità, inibisce alla parte di indicare testimoni, periti o consulenti a “prova diretta” successivamente allo spirare del termine libero di sette giorni anteriori alla prima udienza del giudizio. Una sanzione, quella

---

<sup>1</sup> V. Sentenza Corte Costituzionale del 7 aprile 2011 n. 113 con la quale è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 630 del c.p.p., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell’art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo.

dell'inammissibilità, concepita più per garantire una piena *discovery* che per limitare temporalmente il diritto dell'imputato di "difendersi provando".

Difatti, proprio nell'ottica processuale dell'imputato, parte che deve fisiologicamente difendersi introducendo in dibattimento "prove contrarie" a quelle proposte dalla pubblica accusa<sup>2</sup>, l'omessa indicazione in lista di testimoni, periti e consulenti a "prova diretta" potrà essere "sanata" dall'indicazione di testi, periti e consulenti a "prova contraria" rispetto agli elementi di prova indicati dal pubblico ministero ex art. 468, comma 4, c.p.p., facoltà senza dubbio esercitabile direttamente in sede dibattimentale sino al momento della formulazione delle richieste di prova<sup>3</sup>, salva l'ipotesi in cui il presupposto per l'articolazione della prova contraria si verifichi nel corso della stessa istruzione dibattimentale (ad es. ex artt. 506, comma 2, e 507 c.p.p.).

Pur nel silenzio della legge, tale possibilità sarà, senza dubbio, applicabile anche al caso previsto dal comma 4-bis dell'art. 468 c.p.p. avente ad oggetto i verbali di prove di altri procedimenti.

Quindi, davanti ad una fondata eccezione di tardività del deposito della lista testi dell'imputato sollevata dal solerte pubblico ministero o dall'attenta parte civile, o in rimedio ad una dimenticanza del distratto difensore, il comma 4 dell'art. 468 c.p.p. fornisce un valido strumento per (re)introdurre nel processo una "prova contraria" idonea a contrastare, nell'ottica difensiva dell'imputato, quella diretta proposta dal pubblico ministero o dalla parte civile nelle rispettive liste testimoniali<sup>4</sup>.

A questo punto occorre distinguere tra "prova diretta" e "controprova".

La prova diretta per l'imputato, destinata a confluire nella lista testimoniale,

<sup>2</sup> Essendo assai improbabile che il pubblico ministero non introduca nel processo una sua "prova diretta" finalizzata alla dimostrazione della sussistenza del reato e della responsabilità dell'imputato, la mancata allegazione di una prova diretta da parte dell'imputato potrà quasi sempre rientrare nel processo quale "controprova" da porre in contrasto con una prova a carico introdotta dalla pubblica accusa.

<sup>3</sup> «Il termine perentorio previsto per il deposito della lista testimoniale vale unicamente per la prova diretta e non anche per quella contraria, potendo quest'ultima essere richiesta sino alla pronuncia dell'ordinanza di ammissione delle prove, fatte salve le ipotesi di emersione dei relativi presupposti nel corso dell'istruzione dibattimentale». Cass. pen., sez. III, 03 marzo 2010, n. 15368 A. e altro, Cass. pen. 2011, 3, 1158.

<sup>4</sup> Risulta una recente e, al momento, isolata pronuncia di segno contrario: «La facoltà di chiedere la citazione a prova contraria di testimoni, periti e consulenti tecnici non compresi nella propria lista non può essere esercitata dalla parte che non abbia depositato la propria lista nel termine indicato, a pena di inammissibilità, dall'art. 468, comma 1, c.p.p., salva la possibilità del giudice di disporre ex officio l'assunzione di nuovi mezzi di prova nei limiti di cui all'art. 507 c.p.p.». Cass. pen., Sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 17222 E.M. Cass. pen. 2011, 3, 1157. In senso diametralmente opposto rispetto alla appena citata sentenza, sempre la suprema Corte ha affermato che il diritto di articolare la prova contraria prescinderebbe anche dalla deduzione probatoria della parte avversa (Sez. V, 13 gennaio 1995, n. 1607, F. D'ALESSANDRO, in CED Cass., n. 200658).

è quella tesa a contrastare l'impostazione accusatoria *tout court* prescindendo da quelle che potranno essere le richieste o le allegazioni della pubblica accusa, contro le quali, in seconda battuta, sarà possibile invece articolare una controprova, "naturalmente" finalizzata alla negazione della prova avversaria proposta.

Ne consegue che, per l'imputato, la prova diretta orientata alla dimostrazione dell'insussistenza del reato o di una sua minore responsabilità sarà quasi sempre la medesima orientata a confutare "in controprova" l'esistenza del reato, della colpevolezza, di una maggiore intensità del dolo o di un maggior grado della colpa, cui le prove proposte dalla pubblica accusa naturalmente tendono.

Quindi per l'imputato ciò che distingue una prova diretta da una controprova è che la seconda, al contrario della prima, trova ragione solo nell'introduzione nel processo di una prova di segno contrario. E, quindi, il diritto alla controprova è, in estrema sintesi, il diritto che ha l'imputato di proporre nel processo prove che contrastino con le allegazioni istruttorie delle altre parti.

Il codice consacra il «diritto alla prova contraria» nell'art. 495 c.p.p.: «L'imputato ha diritto all'ammissione delle prove indicate a discarico sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico». Ma tale norma deve essere letta unitamente al comma 4 dell'art. 468 c.p.p. che, come visto, pone un limite, definendone nel contempo i contorni, al diritto alla controprova rappresentato dal deposito della lista testi per opera delle altre parti.

La norma, nonostante alcune oscillazioni dottrinarie e giurisprudenziali, appare chiara: di testi e consulenti a prova contraria ne potrà essere richiesta l'ammissione sino al completamento delle formalità di cui all'art. 493 c.p.p., purché in "controprova" rispetto alle circostanze indicate nelle liste dalle altre parti<sup>5</sup>. E ciò a prescindere dal deposito di una propria lista di prove "dirette".

In tale prospettiva non è condivisibile quanto statuito in una recente ed isolata pronuncia della Suprema Corte<sup>6</sup> secondo cui la facoltà di chiedere la citazione a prova contraria di testimoni, periti e consulenti tecnici, è attribuita a ciascuna parte solo «con funzione integrativa della lista già presentata, in relazione alle circostanze indicate nelle altre liste». Secondo il supremo Collegio tale possibilità non potrebbe essere esercitata dalla parte che non ha presentato per tempo «la propria lista testimoniale, la cui richiesta di prova è divenuta

<sup>5</sup> «Il diritto alla controprova, garantito alle parti dall'art. 495, comma 2, c.p.p., ancorché non sottoposto al limite temporale stabilito per le prove c.d. dirette dall'art. 468, comma 1, c.p.p., deve essere esercitato non oltre la fase degli atti introduttivi del dibattimento e deve porsi in specifica correlazione critico-funzionale con la prova dedotta dalla controparte». Cass. pen., sez. VI, 16 aprile 2008, n. 18755 B. CED Cass. pen., 2008, rv 239979 Cass. pen., 6/2009, p. 2525. In senso contrario v. Sez. II, 21 aprile 2006, A. SERINO, in CED Cass., n. 233786, nonché in dottrina, per tutti, G. ILLUMINATI, *Ammissione ed acquisizione della prova*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, 3, 2007, p. 84, secondo il quale «l'esercizio del diritto alla prova contraria non va confinato nella fase degli atti introduttivi del dibattimento, perché i presupposti di fatto possono realizzarsi anche successivamente, nel corso dell'istruzione dibattimentale».

<sup>6</sup> Cass. pen., Sez. VI, 22 gennaio 2010, cit.

conseguentemente inammissibile», fatta salva la possibilità del giudice di procedere d'ufficio a sensi dell'art. 507 c.p.p.

Tale statuizione contrasta non solo con la lettera dell'art. 468 c.p.p., comma 4, che attribuisce alle parti, tra l'altro, la facoltà di presentare direttamente al dibattimento testi in controprova, ma anche e soprattutto con l'art. 111, comma 3, della Costituzione e con l'art. 495, comma 2, c.p.p., norma, quest'ultima, che non subordina affatto l'esercizio del diritto alla controprova ad un previo esercizio del diritto alla "prova diretta" mediante il deposito della lista testimoniale.

La Corte ha da sempre affermato, facendo ritenere consolidato tale orientamento, che il termine perentorio per il deposito della lista dei testimoni da sentire di cui all'art. 468 c.p.p., comma 1, vale soltanto per la prova diretta e non pure per quella contraria, «altrimenti il diritto alla controprova, che costituisce un aspetto fondamentale del più generale diritto di difesa, risulterebbe vanificato»<sup>7</sup>.

È appena il caso di osservare come il diritto alla controprova può essere esercitato in relazione a tutte le prove a carico, indipendentemente dalla loro tipologia, quindi anche in contrapposizione alle prove documentali. Del resto la lettera dell'art. 495 c.p.p. non pone la controprova in relazione ad altre specifiche prove ma, più genericamente, solo ai "fatti oggetto delle prove a carico" senza distinzioni di sorta.

Sappiamo bene come la prova documentale non soggiaccia a particolari formalità di produzione potendo essere introdotta in dibattimento durante tutta la fase istruttoria<sup>8</sup>. Ed il difensore, che pure ha avuto cognizione dell'esistenza di un documento a carico esaminando il fascicolo del pubblico ministero, non sa sino alla chiusura del dibattimento se il pubblico ministero vorrà avvalersene o meno introducendolo in giudizio.

Quindi il difensore potrà o indicare subito il teste a scarico rispetto al contenuto del documento inserendolo nella lista testimoniale o attendere il deposito del documento da "contrastare" ed invocare l'ammissione del teste in controprova sulla base dell'art. 495 c.p.p.

Dal combinato disposto degli articoli 468, comma 4, e 495, comma 2 e 3, c.p.p. si ricava, infatti, che il diritto alla controprova per l'imputato sorge nel momento in cui la difesa ha piena cognizione di quali saranno le prove che il pubblico ministero intenderà introdurre in dibattimento, a nulla valendo in tal senso la mera presenza del documento nel fascicolo del pubblico ministero.

Pertanto, per testi, periti e consulenti (e per gli atti di altri procedimenti) il sorgere del diritto alla controprova coinciderà con il deposito della lista di cui all'art. 468 c.p.p. a norma del comma 4 del medesimo articolo e tale diritto potrà essere esercitato sino all'adempimento delle formalità di cui all'articolo 493 c.p.p. Per le prove introdotte, nel corso del dibattimento, ai sensi dall'art.

<sup>7</sup> Cass. n. 12559 del 2004, TORTOLO.

<sup>8</sup> V. Cass. pen., Sez. VI, 27 gennaio 2009, n. 5908 A. in *Guida al Diritto*, 14/2009, p. 76.



493, comma 2, c.p.p. il diritto alla controprova sorgerà successivamente alla loro ammissione da parte del giudice. E, analogamente, per i documenti, la cui introduzione nel dibattimento non è soggetta ad alcun limite temporale, tale diritto sorgerà nel momento successivo alla loro produzione ed esame a sensi dell'art. 495, comma 3, c.p.p.

Tale ampia ammissibilità della controprova è, per altro, del tutto compatibile con la nuova formulazione dell'art. 606 lett. d) c.p.p. che prevede la possibilità di ricorrere per Cassazione, in caso di illegittimo diniego dell'ammissione di una controprova, «anche nel corso dell'istruzione dibattimentale», evenienza prevista dal comma 2 dell'art. 468 c.p.p. e del tutto normale per la produzione documentale che, solitamente, avviene proprio nel corso del dibattimento<sup>9</sup>.

Oltre i limiti appena indicati l'omessa indicazione di prove o controprove a favore dell'imputato può trovare rimedio nel primo grado di giudizio solo nel potere suppletivo del giudice, potendo questi disporre d'ufficio, a sensi dell'art. 507 c.p.p., l'acquisizione di nuove prove. Ma ciò solo se risulti «assolutamente necessario».

Il requisito della «assoluta necessità» della prova che il giudice ha la possibilità di ammettere d'ufficio, surrogandosi alle parti, ai fini della conoscenza più completa dei fatti di causa, è criterio modulato dal legislatore proprio in relazione alla fase nella quale questo deve operare, indubbiamente «più restrittivo» rispetto alla prognosi di «manifesta superfluità o irrilevanza» che il giudice deve effettuare in sede di iniziale ammissione delle prove, a sensi del combinato disposto degli articoli 190 e 495 c.p.p.: per non ammettere una prova nel momento in cui il giudice nulla conosce del processo occorre che questa sia «superflua» o «irrelevante» in modo manifesto. Per ammetterla «terminata l'acquisizione delle altre prove» questa deve essere «decisiva», valutazione possibile solo in rapporto alle prospettazioni delle parti ed all'esito dell'istruttoria.

Le maglie dell'ammissibilità di una prova sono, quindi, prima più larghe e poi più strette non per sanzionare, in qualche modo, l'inerzia delle parti ed il mancato esercizio del diritto alla prova, ma in ragione della fase processuale nella quale si venga a trovare il giudice chiamato a valutarla. Solo in questo senso l'ammissibilità a sensi dell'art. 507 c.p.p. sarà oggetto di una valutazione di ammissibilità più penetrante e restrittiva.

Pertanto, ad una mancata indicazione da parte di una distratta difesa di prove dirette a discarico o di prove contrarie rispetto a quelle a carico e, quindi, ad un mancato esercizio del diritto alla prova ed alla controprova, potrà, senz'altro, supplire il giudice del dibattimento nell'esercizio del suo potere discrezionale all'esclusivo fine dell'accertamento della verità<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> V. sopra nt. 5 e nt. 8.

<sup>10</sup> Cass. pen., sez. un., 17 ottobre 2006, n. 41281 G. in *Guida al Diritto*, 2/2007, p. 78 (nota G. AMATO).

Ma il difensore, pur protetto da questo potere suppletivo-integrativo del giudice, non potrà non valutare, sempre e preventivamente, l'opportunità di introdurre tempestivamente dei testimoni a prova diretta o in controprova atteso che il mancato esercizio del diritto a prova e controprova, ancorché surrogabile da parte del giudice, non è totalmente privo di conseguenze negative per la difesa.

A parte l'ovvia circostanza che il giudice, per poter ammettere una prova, deve essere messo in condizione di conoscerne, in qualche modo, l'esistenza e che, quindi, sarà utile sin da subito che il difensore si attivi per indicarla, è opportuno rammentare, a questo punto, che l'eventuale diniego di una sollecitata richiesta di ammissione a sensi dell'art. 507 c.p.p., non potrà costituire un vizio deducibile in Cassazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. d), c.p.p., rimedio posto solo a tutela del diritto alla controprova. Difatti il motivo di ricorso per Cassazione consistente nella deduzione della mancata assunzione di una prova decisiva può essere proposto, come vedremo, solo in relazione ai mezzi di prova di cui sia stata chiesta l'ammissione a norma dell'art. 495, comma 2, c.p.p.<sup>11</sup>.

Quindi al difensore che si è dovuto rimettere al potere subsidiario di integrazione probatoria del giudice, azionando "non un diritto" ma "una mera aspettativa", in caso di insuccesso, sarà preclusa la possibilità di "salvare" attraverso lo strumento fornito dall'art. 606, comma I lett. d) c.p.p. una prova da lui ritenuta decisiva ma non introdotta.

Ma ancora in ossequio al principio della sostanziale relatività delle preclusioni istruttorie nel processo penale il difensore ha ancora una possibilità di recupero della prova nel secondo grado di giudizio, quella riservata dall'art. 603 c.p.p.

## Il secondo grado di giudizio

In grado d'appello, sebbene sede di mero controllo della decisione di primo grado derivante dalla presunzione (relativa) di completezza dell'accertamento probatorio, è "eccezionalmente" possibile far rinnovare l'istruzione dibattimentale (603, comma 1, c.p.p.) o attraverso la riassunzione di "prove già acquisite" nel giudizio di primo grado (ad es. la riescussione di un testimone) o l'assunzione di nuove prove da intendersi "prove preesistenti" alla pronuncia di primo grado, già note alla parte ma non ammesse, non valutate o, addirittura, non introdotte per inerzia della stessa, da tenere distinte da quelle «sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado» di cui al comma 2 del medesimo articolo.

Sulle nuove prove di cui al comma 1 dell'articolo in esame la giurisprudenza, da una iniziale posizione restrittiva (che riteneva riproponibili ex art. 603, comma 1, c.p.p. solo le prove preesistenti per le quali non fosse maturata alcuna preclusione), è passata a ricomprendere in tale nozione anche quelle non dedotte o non valutate per difetto di iniziativa dell'interessato. Una importante

<sup>11</sup> Cass. pen., Sez. III, 27 maggio 2010, n. 24259 C. CED Cass. pen., 2010, rv 247290.

opportunità per la difesa che trova però, anche in questo caso, un limite nella discrezionalità del giudice: egli potrà non ammettere o ammettere la richiesta a seconda che ritenga o meno di poter «decidere allo stato degli atti».

A questo proposito è opportuno segnalare come la dottrina abbia oscillato tra l'impostazione più restrittiva che prevede l'ammissibilità della rinnovazione di cui al comma 1 solo quando il giudice «ritenga di non potere decidere» senza la richiesta integrazione probatoria e quella, più elastica, secondo la quale la rinnovazione sarebbe ammissibile se la nuova, ma preesistente, allegazione «sia ritenuta anche solo utile».

Sul punto molti commentatori, nel richiamare la riforma dell'art. 111 della Costituzione nella parte in cui viene affermato il diritto dell'imputato a confrontarsi con l'accusa, hanno auspicato che la giurisprudenza di legittimità consenta «un impiego più elastico della nozione di decidibilità allo stato degli atti privilegiando in certi casi la rinnovazione»<sup>12</sup>.

Ma sullo specifico punto, e cioè sulla portata di tale parametro, non si rinvencono pronunce recenti della suprema Corte, salvo sentenze nelle quali si è ribadito, senza oscillazioni, come non esista alcuna obbligatorietà all'esercizio del potere del giudice d'appello di disporre la rinnovazione del dibattimento, non corrispondendo un diritto in tal senso da parte dell'imputato. La suprema Corte continua costantemente ad affermare, infatti, che il potere di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in grado d'appello è lasciato alla piena discrezionalità del giudice del gravame il quale, nel rigettare la richiesta, potrà motivare anche solo implicitamente le ragioni per le quali ha ritenuto di poter decidere allo stato degli atti senza necessità di un supplemento istruttorio<sup>13</sup>.

Ma il parametro della «decidibilità allo stato degli atti», lasciato, quindi, alla piena discrezionalità del giudice, onde evitare che si traduca in una mera verifica della completezza del materiale istruttorio posto a fondamento della sentenza di condanna (con conseguente sostanziale «disinteresse» per la nuova allegazione), deve necessariamente essere coordinato con il comma 3 dell'art. 603 c.p.p. ove si prevede che, anche in assenza di specifiche richieste, il giudice d'appello, di sua iniziativa, possa disporre la rinnovazione dell'istruttoria qualora la ritenga «assolutamente necessaria». Una norma questa del tutto sovrapponibile al potere officioso del giudice del primo grado di giudizio ex art. 507 c.p.p.

Se, quindi, il citato comma 3, sollecita il giudice del gravame, anche nella totale assenza di allegazioni, richieste o istanze ed anche in presenza di preclusioni, a valutare la necessità per il giudizio di introdurre una nuova prova, a maggior ragione egli sarà tenuto a farlo in presenza di una esplicita richiesta di rinnovazione dell'istruttoria da parte dell'imputato a sensi del comma 1. Per cui, oltre alla valutazione della decidibilità allo stato degli atti, egli non potrà

---

<sup>12</sup> Così G. CONSO - V. GREVI, *Compendio di Procedura Penale*, 3, CEDAM, Padova 2006, p. 844.

<sup>13</sup> Cass. pen., Sez. V, 10 dicembre 2009, n. 15320 P. CED Cass. pen., 2010, rv 246859.

prescindere dal valutare anche la necessità di assumere quella specifica nuova prova non solo in relazione all'insufficienza o meno degli elementi istruttori già acquisiti ma anche – e soprattutto – sotto il profilo dell'utilità e della rilevanza processuale della nuova allegazione<sup>14</sup>.

La completezza dell'istruttoria del primo grado di giudizio non può, quindi, essere valutata *ex se* come parrebbe imporre il comma 1 dell'art. 603 c.p.p., ma anche in relazione alla necessità delle nuove allegazioni proposte (comma 3 medesimo articolo).

Ciò sarà, senza dubbio, rilevante in caso di rigetto della richiesta ex art. 603, comma 1, c.p.p. e, quindi, al momento del successivo giudizio di legittimità.

È pur vero che tale sindacato in ordine alla correttezza della motivazione non può mai essere esercitato sulla concreta rilevanza dell'atto istruttorio di cui si è chiesta l'assunzione, ma il contenuto esplicativo del provvedimento adottato, l'unico che la Corte di legittimità potrà esaminare a norma dell'art. 606 lett. e) c.p.p., non potrà non avere ad oggetto anche la congruità della motivazione in relazione alla rilevanza e necessità della prova richiesta.

Pertanto il difensore dell'imputato, in caso di rigetto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale e di conferma della sentenza di primo grado, onde sperare di ottenere la riforma della decisione della Corte d'Appello, potrà ricorrere per la sua cassazione dimostrando che le carenze, le contraddizioni o le manifeste illogicità della parte motiva della decisione si sarebbero evitate se si fosse provveduto alla assunzione o alla riassunzione della prova richiesta nel secondo grado di giudizio.

Quanto invece alle “nuove prove” di cui al comma 2 dell'art. 603 c.p.p., quelle cioè sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, queste, una volta richiesta la loro acquisizione, permetteranno il ripristino in favore dell'imputato appellante del pieno “diritto alla prova” ed il giudice del gravame sarà tenuto a disporre l'istruttoria alla stregua del giudice di prime cure, provvedendo cioè a norma degli art. 190, 495 c.p.p. ed escludendo, quindi, solo le prove vietate dalla legge o manifestamente superflue o irrilevanti.

A tale proposito vi è orientamento uniforme della Corte di legittimità secondo cui, in grado d'appello, solo nel caso di prove sopravvenute o scoperte dopo la sentenza di primo grado, la loro mancata assunzione può costituire violazione dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. d) mentre negli altri casi previsti dall'art. 603, il vizio deducibile sarà solo quello attinente alla motivazione previsto dalla lett. e) del medesimo articolo.

<sup>14</sup> A tale proposito interessante appare Cass. pen., Sez. I, 5 dicembre 2006, n. 1563, sebbene in tema di giudizio abbreviato, secondo cui, analogamente a quanto accade nel giudizio d'appello ex art. 603, comma 3, c.p.p., «non è precluso al giudice l'esercizio di un potere di ufficio di integrazione probatoria, quando ritenga, terminata la discussione, di non essere in grado di decidere allo stato degli atti senza l'assunzione di taluni elementi di prova necessari ai fini della decisione».

Difatti la violazione dell'art. 606, comma 1, lett. d) c.p.p., come già accennato, è norma posta a specifica tutela del "diritto alla controprova" nel primo grado di giudizio e del "diritto alla prova" in grado d'appello, diritto, come visto, non ricollegabile ai poteri istruttori suppletivi ed integrativi del giudice ed il cui mancato esercizio, come visto, può essere rilevante in sede di legittimità solo se da esso sia derivato un vizio della motivazione.

## **Il giudizio di legittimità**

Si potrà quindi ricorrere per la cassazione a norma dell'art. 606, comma 1, lett. d) c.p.p. davanti ad un vizio relativo alla mancata assunzione o omessa valutazione<sup>15</sup> di una controprova nel primo grado di giudizio, sia quando la questione sia stata sollevata dalla parte nelle questioni preliminari, sia quando essa venga proposta nel corso dell'istruzione dibattimentale durante l'assunzione di una prova precedentemente ammessa, ovvero, dopo l'assunzione (o acquisizione) di una prova della controparte.

La giurisprudenza, stante il chiaro dettato della norma e nonostante l'originaria volontà del legislatore, si è mostrata, fino ad oggi, rigorosa nel non estendere la portata applicativa della norma a tutti i casi di mancata assunzione di una prova decisiva limitandola, appunto, alla mancata assunzione solo di una controprova e cioè di una prova a scarico su fatti oggetto delle prove a carico.

La nozione di "decisività" è stata oggetto di ampio dibattito in dottrina ed alcuni autori hanno addirittura ipotizzato che tale criterio portasse a snaturare l'operato della Corte imponendole un controllo nel merito. In realtà pare più corretta l'impostazione che vede in tale tipo di valutazione un necessario criterio per valutare nel concreto in che senso sia stato violato il contraddittorio e, più in particolare, il diritto dell'imputato di "difendersi provando".

La Suprema Corte ha ritenuto che la controprova negata possa ritenersi "decisiva" quando, in relazione alla decisione adottata e, quindi, al compendio probatorio già acquisito, sia in grado di incidere in modo significativo sulla motivazione addotta dal giudice a fondamento della propria decisione, essendo in grado di condurre ad una differente valutazione dei fatti e, quindi, ad una diversa decisione<sup>16</sup>.

Tale violazione può essere sì presa in considerazione anche in tema di mancata rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in grado di appello ma,

---

<sup>15</sup> V. Cass. pen., Sez. I, 21 ottobre 1993, pronuncia che ha allargato, a favore dell'imputato, la portata applicativa dell'art. 606, lett. d), c.p.p. estendendo i casi di ricorso non solo alla mancata assunzione ma anche all'omessa valutazione di una prova.

<sup>16</sup> «È prova decisiva, la cui mancata assunzione è deducibile come motivo di ricorso per cassazione, solo quella prova che, non assunta o non valutata, vizia la sentenza intaccandone la struttura portante». Cass. pen., Sez. III, 15 giugno 2010, n. 27581 M. CED *Cass. pen.*, 2010, rv 248105. In senso conforme: Cass. pen. n. 14916 del 2010, Cass. pen., Sez. II, 28 aprile 2006, n. 16354.

come detto, solo nel caso di prove sopravvenute o scoperte dopo la sentenza di primo grado (art. 603, comma 2, c.p.p.), mentre, negli altri casi, lo si ripete, può essere prospettato solo il vizio di motivazione previsto dalla lett. e) del medesimo art. 606 c.p.p.<sup>17</sup>.

Singolare, a proposito della portata dell'art. 606, lett. d), c.p.p., appare una recente pronuncia della Corte di Cassazione<sup>18</sup> con la quale il supremo Collegio ha ritenuto di dover rigettare il motivo di ricorso per la mancata assunzione di una prova decisiva<sup>19</sup> soltanto per la «formulazione in termini generici» della relativa doglianza, omettendo di considerare l'assorbente e pregiudiziale questione dell'illegittimità della richiesta perché non avente ad oggetto una “controprova” non ammessa nel primo grado di giudizio (art. 495, comma 2, c.p.p.) né “una nuova prova” scoperta dopo il giudizio di primo grado (art. 603, comma 2, c.p.p.).

Difatti la Corte, nel motivare il rigetto dello specifico motivo di gravame, non ha affatto preso in considerazione la circostanza che la richiesta di rinnovazione riguardasse una prova “diretta” (prova testimoniale ricompresa nell'originaria lista testi) ma ha considerato solo l'inammissibilità della richiesta «per la vaghezza dei termini in cui è stata rappresentata la possibile testimonianza».

Delle due l'una: o si è trattato di una distrazione del supremo Collegio o di un primo, timido, passo per l'allargamento della “tutela del diritto alla prova” attraverso l'estensione della portata del vizio di cui all'art. 606, lett. d), c.p.p. oltre ai limiti della prova contraria<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> V. Cass. pen., Sez. IV, 12 novembre 2010, n. 116 C., *Guida al Diritto*, 14/2011, p. 71.

<sup>18</sup> Cass. pen., Sez. V, 29 aprile 2011, n. 24904.

<sup>19</sup> Era stata richiesta in grado d'appello la rinnovazione dell'istruttoria mediante l'audizione di un testimone ritualmente inserito nella lista testimoniale dell'imputato ma non ammesso dal giudice di prime cure perché ritenuto “irrelevante” né, successivamente, dal giudice d'appello perché dichiaratosi «in grado di decidere allo stato degli atti».

<sup>20</sup> Proprio questo era l'intento originario del primo progetto, poi emendato, della legge c.d. Pecorella (l. 46/2006) modificativa proprio della citata disposizione.

# I delitti, le pene e i diritti. Brevi note sul decreto-legge sul sovraffollamento nelle carceri

Federica Resta

---

## Premessa

Salutato con grande favore (pur con qualche distinguo) dalla maggioranza parlamentare, osteggiato fino all'ostruzionismo da Lega e Italia dei Valori, il decreto-legge 211/2011 – il primo su proposta del Ministro Severino – segna un punto importante nella politica penitenziaria e, in particolare, nel tentativo di contrastare il sovraffollamento delle carceri. Fenomeno, questo, che ha portato addirittura a una condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti umani per violazione dell'art. 3 CEDU. Con la sentenza *Sulejmanovic* del 16 luglio 2009, infatti, la Corte di Strasburgo ha statuito che «l'evidente mancanza di spazio personale di cui il ricorrente ha sofferto» (si trattava di uno spazio di 2,7 mq) «integra, di per sé, un trattamento inumano o degradante», tale dunque da violare l'art. 3 CEDU, che vieta appunto la tortura e i trattamenti inumani e degradanti. È evidente poi che simili condizioni di vita disumane rendono impossibile, per i condannati, ogni percorso trattamentale, necessario a restituire alla pena quella funzione di reinserimento sociale che la Costituzione le attribuisce.

Il decreto-legge, ancor più alla luce delle modifiche apportate in conversione, affronta questo tema secondo un approccio volto a realizzare un'esigenza di grande civiltà giuridica: quella di dare piena attuazione al principio rieducativo della pena (art. 27, comma 3, Cost.) e al principio del *favor libertatis* (art. 13 Cost.). Da un lato, infatti, le misure volte a contrastare il sovraffollamento nelle carceri e quindi a limitare gli ingressi nei penitenziari – laddove altre forme di custodia siano possibili – sono volte a migliorare le condizioni di vita negli istituti di pena; presupposto necessario (ancorché non sufficiente) per l'attuazione del principio rieducativo e, in ultima analisi, per rendere la sanzione detentiva uno strumento per il reinserimento sociale del condannato.

Dall'altro lato, la previsione – da parte del decreto, come emendato in conversione – di un sistema di custodia graduale per la fase pre-cautelare, che limiti il carcere ai soli casi nei quali effettivamente le esigenze di difesa sociale lo rendano necessario, attua il principio di minor sacrificio della libertà personale desumibile dall'art. 13 Cost. e, di recente, particolarmente valorizzato dalla giurisprudenza costituzionale in materia di cd. custodia cautelare obbligatoria. In relazione alla presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p. – estesa dal d.l. 11/2009 anche a re-

ati monosoggettivi – la Consulta, mediante diverse declaratorie di illegittimità costituzionale parziale (cfr. sentenze nn. 265 del 2010, 164 e 231 del 2011), ha infatti avuto modo di ribadire l'esigenza di «ridurre al minimo indispensabile la lesività determinata dalla coercizione endoprocedimentale», osservando come «la disciplina della materia debba essere ispirata al criterio del 'minore sacrificio necessario': la compressione della libertà personale dell'indagato o dell'imputato va contenuta, cioè, entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari riconoscibili nel caso concreto. Sul versante della "qualità" delle misure, ne consegue che il ricorso alle forme di restrizione più intense – e particolarmente a quella "massima" della custodia carceraria – deve ritenersi consentito solo quando le esigenze processuali o extraprocessuali, cui il trattamento cautelare è servente, non possano essere soddisfatte tramite misure di minore incisività». Questo principio è stato affermato in termini netti anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale, in riferimento alla previsione dell'art. 5, paragrafo 3, della Convenzione, la carcerazione preventiva «deve apparire come la soluzione estrema che si giustifica solamente allorché tutte le altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti» (sentenze 2 luglio 2009, *Vafiadis* contro Grecia, e 8 novembre 2007, *Lelièvre* contro Belgio). Il criterio del "minore sacrificio necessario" impegna, dunque, in linea di massima, il legislatore, da una parte, a strutturare il sistema cautelare secondo il modello della "pluralità graduata", predisponendo una gamma alternativa di misure, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale; dall'altra, a prefigurare meccanismi "individualizzati" di selezione del trattamento cautelare, parametrati sulle esigenze configurabili nelle singole fattispecie concrete.

### La custodia dell'arrestato

È proprio il principio del "minore sacrificio necessario" della libertà personale ad orientare le norme del decreto-legge (come modificate in conversione) sulla custodia pre-cautelare, cui è sotteso il duplice fine di deflazionare la popolazione carceraria e di evitare il fenomeno delle cd. "porte girevoli", ossia dell'ingresso in carcere di soggetti in attesa di convalida della misura pre-cautelare, e che spesso vengono immediatamente rilasciati senza l'applicazione di misure cautelari e, talora, addirittura senza che l'arresto o il fermo siano convalidati. L'esigenza di fermare il fenomeno delle "porte girevoli" è del resto necessario non solo in funzione deflattiva della popolazione carceraria, ma anche e soprattutto perché – come può evincersi dai dati statistici – il maggior numero di suicidi in carcere si verifica proprio nei primi giorni di ingresso, quando i detenuti – peraltro presunti innocenti – sono ancora in attesa del giudizio, spesso addirittura di convalida.

Va dunque evitato il più possibile che, laddove non sussistano esigenze di difesa sociale, soggetti non pericolosi siano tradotti in carcere nella fase pre-cautelare. Ciò è imposto in primo luogo dal rispetto della presunzione di innocenza, della dignità e del principio di minimizzazione del sacrificio della libertà



personale e, in secondo luogo, dall'esigenza di ridurre la tensione determinata dal sovraffollamento delle carceri. Il carcere, insomma, deve tornare ad essere quell'*extrema ratio* che è necessario sia, anzitutto nella fase pre-cautelare.

In proposito, limitatamente ai soli arresti per reati a citazione diretta, il decreto-legge, nella sua versione originaria, prevedeva la custodia nelle camere di sicurezza del circondario in cui fosse stato eseguito l'arresto quale misura pre-cautelare ordinaria, riservando il carcere ad ipotesi eccezionali nelle quali non fosse possibile assicurare altrimenti la custodia dell'arrestato da parte degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, ad esempio per mancanza o indisponibilità di altri idonei luoghi di custodia nel circondario in cui fosse stato eseguito l'arresto; per ragioni di salute della persona arrestata o per altre specifiche ragioni di necessità; per la pericolosità della persona arrestata; per la sua incompatibilità con la permanenza nelle camere di sicurezza o per «altre ragioni che ne impediscano l'utilizzo». Della sussistenza di tali circostanze il pubblico ministero avrebbe dovuto dare conto con decreto motivato.

In sede di esame parlamentare in prima lettura, in Commissione, tale disciplina è stata significativamente modificata, al fine di ridurre il più possibile i casi nei quali la custodia in fase pre-cautelare avvenga in carcere e nelle camere di sicurezza; queste ultime ritenute da più parti inadeguate, anche sulla base di quanto dichiarato da taluni soggetti auditi dalla Commissione nell'ambito dell'istruttoria legislativa (cfr. audizione del Prefetto Cirillo dinanzi alla 2<sup>a</sup> Commissione del Senato della Repubblica, in data 4 gennaio 2012).

Pertanto, l'emendamento 1.700 dei relatori, nel testo votato all'unanimità in Commissione, in prima lettura, aveva previsto, in caso di arresto o fermo (e non solo per i reati a citazione diretta) un sistema di custodia graduale, ispirato al principio della residualità della detenzione in carcere. In sintesi, quale misura ordinaria da disporsi, direttamente da parte della polizia giudiziaria, in caso di arresto o fermo, si era previsto l'arresto domiciliare, dunque la traduzione dell'interessato nei luoghi di cui all'art. 284, comma 1, c.p.p. Solo ove luoghi idonei (anche di cura o assistenza) non fossero stati disponibili, ovvero in presenza di altre esigenze di particolare rilevanza, si sarebbe disposta la custodia presso le camere di sicurezza, mentre la custodia carceraria sarebbe stata limitata ai soli casi in cui il pubblico ministero – in ragione della gravità del fatto e della personalità della persona arrestata o fermata, ovvero per motivi di salute, o ancora per evitare il rischio di grave pregiudizio delle indagini, o per altre specifiche ragioni di necessità – lo avesse ritenuto necessario e avesse motivato nel decreto la sussistenza di tali ragioni.

Questo bilanciamento tra principio del minimo sacrificio necessario e difesa sociale è stato tuttavia, in Aula, ritenuto eccessivamente “progressista” e, in definitiva, si è ceduto al timore di un'apertura eccessiva sul fronte delle garanzie. Così, con le modifiche apportate in Aula (attraverso l'emendamento 1.700/200 dei relatori) si è limitato al solo arresto e ai soli reati di competenza del tribunale

monocratico<sup>1</sup> – esclusi quelli plurioffensivi o commessi mediante violenza come il furto con strappo o in abitazione (salvo ricorra l'attenuante della speciale tenuità del danno patrimoniale), la rapina e l'estorsione – il sistema graduale di detenzione pre-cautelare previsto dall'emendamento votato in Commissione. In sintesi, inserendo i commi 4-bis e 4-ter nell'articolo 558 del codice di rito, si è previsto che il pubblico ministero disponga, in via ordinaria, la custodia dell'arrestato presso il domicilio (o in altro luogo di privata dimora o luogo pubblico di cura o assistenza, ai sensi dell'articolo 284, comma 1, c.p.p.). Si è previsto invece che il pubblico ministero disponga – per i medesimi reati a citazione diretta – la custodia dell'arrestato in «idonee strutture nella disponibilità degli ufficiali o agenti della polizia giudiziaria» (il riferimento sembra essere senza dubbio alle camere di sicurezza) che hanno eseguito l'arresto o che hanno avuto in consegna l'arrestato, nell'ipotesi di mancanza, indisponibilità o inidoneità dell'abitazione ovvero qualora essa si trovi fuori dal circondario in cui è stato eseguito l'arresto o ancora nel caso in cui l'arrestato sia ritenuto pericoloso. Sarà, invece, disposta la custodia nel carcere circondariale di esecuzione dell'arresto nei casi di mancanza, indisponibilità o inidoneità delle strutture della polizia giudiziaria o nell'ipotesi in cui ricorrano altre specifiche ragioni di necessità o urgenza.

Rispetto alla previsione delineata dall'emendamento 1.700 nel testo della Commissione, quella definitivamente approvata ha limitato la sfera di applicazione del sistema graduale di custodia ai soli arrestati e per i soli reati – salve le eccezioni per le fattispecie su elencate connotate da una particolare gravità – di competenza del tribunale in composizione monocratica, dunque per i soli casi in cui vi sia la possibilità di instaurare il giudizio direttissimo in sede di convalida ai sensi dell'art. 558 c.p.p.

Benché limitato nella sua sfera di applicazione rispetto a quanto previsto in Commissione, il sistema delineato dall'emendamento è comunque una importante conquista sul terreno delle garanzie. Prevedere in prima istanza, e salvi i soggetti pericolosi, l'arresto domiciliare, serve infatti non solo a deflazionare le carceri, ma anche e soprattutto a non immettere nel circuito penitenziario persone che ne uscirebbero dopo due giorni, ma gravemente segnate da quell'esperienza<sup>2</sup>. Con tale modifica, dunque, oltre a ridurre la presenza in

<sup>1</sup> Per i reati di competenza del tribunale in composizione collegiale cfr., comunque, la previsione "generale" di cui all'articolo 386, comma 5. Significativamente, l'articolo 1, comma 1, del decreto-legge, come modificato in sede di conversione, integra l'art. 386, comma 4, c.p.p. (che sancisce, in capo alla polizia giudiziaria, l'obbligo di porre l'arrestato o il fermato a disposizione del pubblico ministero mediante la conduzione nella casa circondariale o mandamentale del luogo dove l'arresto o il fermo è stato eseguito), facendo salve le disposizioni sulla convalida dell'arresto e il giudizio direttissimo davanti al tribunale in composizione monocratica, previste dall'art. 558 c.p.p., come modificato dal decreto-legge stesso.

<sup>2</sup> Così il relatore del disegno di legge di conversione in Senato, A. MARITATI, "*Svuota-carceri*": *atto di civiltà*, in «L'Unità», 27 gennaio 2012, p. 11.

carcere dei soggetti in attesa della convalida dell'arresto, si coniugano istanze di difesa sociale e generalpreventive con ineludibili esigenze di minimizzazione delle limitazioni alla libertà personale, preferendosi in linea generale il ricorso all'arresto domiciliare, qualora non vi ostino ragioni di sicurezza.

Al fine di ridurre la durata della permanenza agli arresti domiciliari o, in particolare, nelle camere di sicurezza o in carcere, il comma 1 lett. a) dell'art. 1 del decreto-legge, nel riformulare il comma 4 dell'art. 558 c.p.p., dimezza il termine massimo previsto per la convalida dell'arresto, che da 96 ore è ridotto a 48. Si dispone quindi che, qualora il pubblico ministero ordini che l'arrestato in flagranza sia posto a sua disposizione, lo possa presentare direttamente all'udienza, in stato di arresto, per la convalida e il contestuale giudizio, entro 48 ore dall'arresto stesso. Con una modifica dell'art. 123 delle norme di attuazione, coordinamento e transitorie del c.p.p., l'art. 2, comma 1, lettera a), del decreto-legge ha sancito, in capo al Procuratore capo della Repubblica, l'obbligo di predisporre le necessarie misure organizzative per assicurare il rispetto dei tempi previsti dal novellato art. 558, in relazione, dunque, al dimezzamento a 48 ore del termine per l'udienza di convalida dell'arresto.

L'Aula del Senato non ha invece confermato l'emendamento 2.29 – approvato in Commissione – che, al fine di ridurre il più possibile la fase pre-cautelare (e dunque anche la durata della detenzione domiciliare o della custodia in carcere o nelle camere di sicurezza), disponeva che le udienze per la celebrazione del direttissimo nei casi di reati a citazione diretta si svolgessero ogni giorno, compresi i festivi, e che le funzioni ausiliarie potessero essere svolte, in casi di urgenza, da ufficiali di polizia giudiziaria, così da agevolare la celebrazione delle udienze nel rispetto dei termini di cui al novellato art. 558 c.p.p.

Inoltre, per assicurare che la custodia dell'arrestato nelle camere di sicurezza avvenga secondo le ineludibili garanzie di rispetto dei diritti dei detenuti, minimizzando il rischio di abusi mediante opportuni controlli, l'articolo 2-bis, comma 1, lettera b) del decreto-legge ha esteso a tali luoghi il diritto di visita senza autorizzazione riconosciuto, dall'art. 67 della legge sull'ordinamento penitenziario (l. 354/1975), a parlamentari, magistrati di sorveglianza, garanti dei diritti dei detenuti, etc., allo scopo introducendo nella stessa legge un articolo 67-bis, rubricato «Visite alle camere di sicurezza». Riprendendo in parte il contenuto della proposta di legge Bernardini AC 3722, si è poi esteso il diritto di visita di cui all'articolo 67 della legge 354/1975 anche ai parlamentari europei, senza tuttavia specificare «spettanti all'Italia», come invece fa il citato progetto di legge. In ogni caso, l'art. 2, comma 2, del decreto, demanda a un decreto del Ministro della Giustizia, da adottarsi con cadenza annuale, l'individuazione della quota di risorse da trasferire dallo stato di previsione relativo al Ministero della Giustizia a quello del Ministero dell'Interno, ai fini del ristoro delle spese sostenute in applicazione delle norme di cui agli artt. 1 e 2 del decreto-legge stesso, dunque anche per l'adeguamento strutturale delle camere di sicurezza.

Infine, e ancora una volta al fine di rafforzare le garanzie riconosciute in fase pre-cautelare, il comma 1-bis dell'art. 2 ha imposto al Servizio sanitario nazionale la presa in carico dei soggetti in stato di arresto o fermo, ai sensi del DPCM 1° aprile 2008.

### **Il giudice (e anche il PM?) itinerante**

Di segno diverso sono invece le norme di cui all'art. 2 del decreto-legge, che novellano le norme di attuazione, coordinamento e transitorie del codice di rito penale. In particolare, il comma 1, lettera a), nel modificare l'articolo 123 delle norme di attuazione, prevede che anche "l'interrogatorio" (e quindi non più soltanto l'udienza di convalida dell'arresto e del fermo) delle persone che si trovino, "a qualsiasi titolo" (e dunque anche per reati diversi da quelli per cui si procede), in stato di detenzione debba avvenire nel luogo in cui la persona è custodita (salvo si tratti di custodia presso l'abitazione dell'interessato). Solo in presenza di "eccezionali" motivi di necessità o urgenza "il giudice", con decreto motivato, può disporre il trasferimento dell'arrestato, del fermato o del detenuto per la comparizione davanti a sé. Non è chiarissimo – né il tema è stato discusso in sede di conversione – se la norma si applichi anche al pubblico ministero. In favore di tale interpretazione depone certamente la *ratio* della norma – individuata nella relazione al disegno di legge di conversione nell'esigenza di «limitare il trasferimento delle persone detenute da parte delle forze di polizia<sup>3</sup>, con importanti effetti sia sul piano della sicurezza sia sul piano economico» – che sembrerebbe talmente generale da includere ogni forma di interrogatorio. Inoltre, la stessa Relazione, in merito alla possibilità di deroga alla disciplina del luogo di svolgimento dell'interrogatorio, afferma che: «Soltanto in presenza di eccezionali motivi di necessità, l'autorità giudiziaria [e non il giudice: ndr] potrà disporre, con decreto motivato, il trasferimento per la comparizione davanti a sé del detenuto». Indubbiamente quanto affermato in Relazione non può superare il dettato normativo, che rispetto alla possibilità di deroga si riferisce al "giudice" e non all'"autorità giudiziaria", ma comunque il dato potrebbe essere importante ai fini della ricostruzione dell'intenzione del legislatore. In senso contrario, tuttavia, depongono vari argomenti, primi tra i quali il dato testuale e la considerazione del contesto in cui la norma è inserita: l'art. 123 delle norme di attuazione, in relazione al più ampio tema del luogo di svolgimento dell'udienza di convalida. È inoltre significativo che tutti gli emendamenti sostitutivi della norma, presentati in prima lettura, mantenessero il riferimento al solo "giudice". Ciò confermerebbe come la disposizione debba essere intesa

<sup>3</sup> Analoga finalità sembra sottesa all'art. 2, comma 1, lett. b-bis), che, nel modificare il comma 1-bis dell'art. 146-bis delle norme di attuazione del c.p.p., prevede, ove possibile e salva diversa motivata disposizione del giudice, l'audizione a distanza di testimoni in dibattimento a qualunque titolo detenuti presso un istituto penitenziario.

come riferibile al solo interrogatorio del giudice in sede di convalida di misure pre-cautelari e all'interrogatorio di garanzia a seguito di esecuzione di custodia e non invece all'interrogatorio del fermato o dell'arrestato da parte del pubblico ministero, ovvero all'interrogatorio quale atto d'indagine. Certo è che il riferimento all'"interrogatorio" «dovrebbe escluderne l'applicabilità a tutti gli altri atti che interessino il detenuto: in particolare, l'escussione del medesimo come persona informata sui fatti nell'ambito di diverso procedimento»<sup>4</sup>. In ogni caso, con una modifica all'art. 2 d.lgs. 109/2006, l'art. 2-ter del decreto-legge ha attribuito rilevanza disciplinare all'inosservanza delle norme di cui al novellato art. 123 delle norme di attuazione.

### **L'estensione della c.d. legge Alfano e il superamento degli OPG**

L'art. 3 del decreto-legge ha portato da dodici a diciotto mesi la soglia di pena detentiva, anche residua, per l'accesso alla detenzione presso il domicilio prevista – quale misura "a tempo", da applicare solo fino al 31 dicembre 2013 e speciale rispetto a quella di cui all'art. 47-ter della l. 354/1975 – dalla l. 199/2010 ed esclusa, comunque, per i detenuti per reati "ostativi" di cui all'articolo 4-bis della l. 354/1975 o soggetti al regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 14-bis, i delinquenti professionali, abituali o per tendenza, ovvero quando vi sia la «concreta possibilità che il condannato possa darsi alla fuga ovvero sussistono specifiche e motivate ragioni per ritenere che il condannato possa commettere altri delitti ovvero quando non sussista l'idoneità e l'effettività del domicilio anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato». La detenzione domiciliare è comunque disposta caso per caso dal giudice di sorveglianza, che acquisisce una relazione dal carcere sulla condotta penitenziaria del condannato. Ciò, a dimostrazione di come anche tale norma realizzi un equilibrato bilanciamento tra difesa sociale e prevenzione generale, da un lato, e esigenze di reinserimento sociale e rieducazione (del condannato) dall'altro, contribuendo altresì a ridurre l'ormai insostenibile sovraffollamento delle carceri.

Infine, e sempre nel segno delle garanzie dei soggetti sottoposti a misure limitative della libertà personale, l'art. 3-ter del decreto-legge (già em. 3.0.4, Maritati), ha disposto il "definitivo superamento", di quell'«estremo errore inconcepibile in qualsiasi paese appena civile»<sup>5</sup> degli OPG in Italia. Ciò costituisce del resto l'attuazione di un monito che la Consulta aveva già rivolto al legislatore, invitandolo a rivedere la disciplina sugli autori di reato infermi di

---

<sup>4</sup> G. AMATO, *Giudice sempre itinerante salvo poche eccezioni*, in *Guida al diritto*, 3/2012, pp. 77 ss.

<sup>5</sup> Così la definizione del pres. Napolitano, 28.7.2011, in occasione del Convegno tenutosi presso la Sala Zuccari del Senato sulla giustizia in Italia. Il superamento degli OPG era già previsto nell'ambito del passaggio delle competenze in materia di sanità penitenziaria al sistema sanitario nazionale e dunque alle regioni.

mente, in quanto caratterizzata da «scelte assai risalenti nel tempo e mai riviste alla luce dei principi costituzionali e delle acquisizioni scientifiche» e auspicando in particolare una «riorganizzazione delle strutture» (sent. 253/2003). Pertanto, a decorrere dal 31 marzo 2013, le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia dovranno essere eseguite (solo) in strutture sanitarie regionali (conformi a requisiti stabiliti con apposito decreto ministeriale) a vocazione prevalentemente terapeutica e tuttavia garantite, all'esterno, da personale di custodia. Inoltre, si prevede che, a decorrere dalla stessa data, le persone che non siano più socialmente pericolose debbano essere dimesse e prese in carico ai Dipartimenti di salute mentale territoriali, «senza indugio». Tale prescrizione sembrerebbe un'ovvietà, in quanto *ex lege*, la cessazione della pericolosità sociale fa venir meno il presupposto della misura di sicurezza. Tuttavia, come ha documentato l'attività svolta, nella presente legislatura, dalla Commissione d'inchiesta sul Servizio sanitario nazionale, di fatto spesso la dimissione è ostacolata dalla mancanza, per l'internato, di una famiglia che l'accoglia o dall'inidoneità delle strutture residenziali locali.

Condivisibile, attesa e ormai non più differibile, la norma di cui all'art. 3-ter rappresenta, forse meglio di ogni altra, il tratto caratterizzante del decreto-legge<sup>6</sup>: l'attenzione ai diritti e alle garanzie dei soggetti (detenuti o internati che siano), comunque sottoposti a misure limitative della libertà personale e l'esigenza di rendere effettivamente il carcere quella *extrema ratio* che è necessario sia.

Certamente, è evidente che neppure le misure introdotte dal decreto-legge in esame possono, di per sé sole, risolvere tutti i problemi che caratterizzano i nostri penitenziari, tanto più in assenza di interventi "di sistema" che contribuiscano a ridurre effettivamente gli ingressi (e la permanenza) in carcere. Penso, in tal senso, a una riforma del codice penale (sia della parte speciale che della parte generale), che oltre a depenalizzare i reati bagatellari e rivedere complessivamente, di conseguenza, il quadro sanzionatorio delle varie fattispecie – anche previste dalla legislazione complementare – intervenga, in senso generale, sul sistema sanzionatorio, ampliando le misure alternative alla detenzione, ma anche introducendo o rafforzando sanzioni (principali) diverse da quella detentiva, meno lesive della libertà personale ma più efficaci, come le sanzioni interdittive o la pena pecuniaria a tassi giornalieri o come anche l'annunciata

<sup>6</sup> Che, peraltro, estende l'applicabilità dell'art. 314 c.p.p. Vassalli sulla riparazione per ingiusta detenzione anche ai procedimenti definiti prima dell'entrata in vigore del codice stesso (24 ottobre 1989), purché con sentenza passata in giudicato dal 1 luglio 1988, così rimediando alla «sfasatura verificatasi tra il movimento dell'approvazione definitiva del nuovo codice di procedura penale e quello della sua entrata in vigore» (così il Ministro Severino nella seduta della II Commissione della Camera dei deputati del 1 febbraio 2012).

«reclusione presso il proprio domicilio o altro luogo di privata dimora»<sup>7</sup>, concepita tuttavia non già come misura alternativa ma come sanzione principale. In tale direzione si muove, peraltro, il Governo, che nel Consiglio dei Ministri ha adottato un disegno di legge «in materia di depenalizzazione, sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili», recante misure idonee a contribuire alla riduzione degli ingressi in carcere.

Anche in questo caso si può dire: un piccolo passo, ma nella direzione giusta<sup>8</sup>.

---

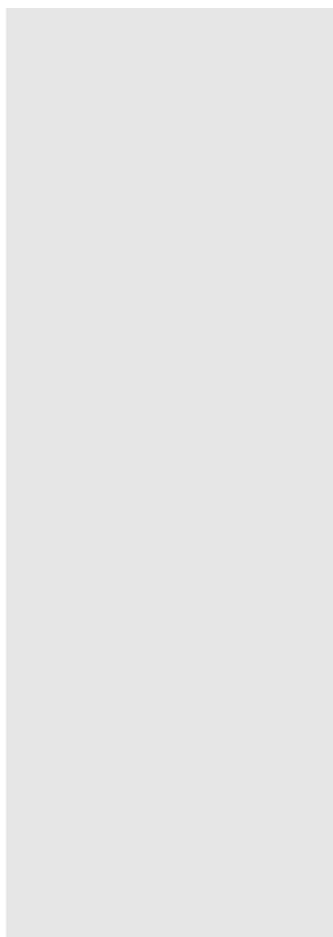
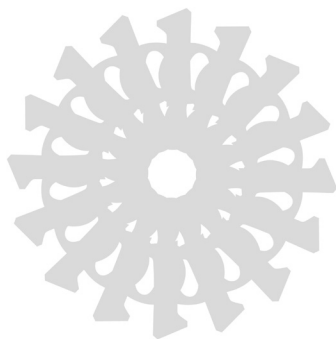
<sup>7</sup> Cfr., in tal senso, l'emendamento X1.01 (presentato dal Governo in 2<sup>a</sup> Commissione del Senato, ma poi ritirato, al d.d.l. di conversione dello stesso decreto-legge 211), recante, tra l'altro, delega al Governo per «l'introduzione nel codice penale e nella normativa complementare delle pene detentive non carcerarie».

<sup>8</sup> L. MANCONI - F. RESTA, *Un passo avanti*, in «L'Unità», 9 febbraio 2012, p. 1.





# CULTURA E PROFESSIONE





# Diritto e Letteratura

David Cerri

---

Mio caro Paul,

Nessuno può considerarsi un giurista veramente competente se non è un uomo di cultura. Se fossi in Te, dimenticherei qualsiasi preparazione tecnica per quanto concerne il diritto.

Il miglior modo per studiare il diritto è quello di giungere a tale studio come una persona già ben istruita. Solo così si può acquisire la capacità di usare la lingua inglese, scritta ed orale, ed avere un metodo di pensiero chiaro, che solo una educazione genuinamente liberale possono conferire.

Per un giurista non è meno importante coltivare le facoltà immaginative leggendo poesia, ammirando grandi quadri, nell'originale o in riproduzioni facilmente accessibili, ascoltando grande musica.

Rifornisci la tua mente di tante buone letture, e amplia e approfondisci i Tuoi sentimenti sperimentando indirettamente ed il più possibile i magnifici misteri dell'universo, e dimenticati della tua futura carriera.

Con i miei migliori auguri,  
Cordialmente,

Felix Frankfurter<sup>1</sup>

## Le opere e gli uomini

Da sempre diritto e letteratura intrecciano un rapporto strettissimo.

Oltre alle opere, lo dimostrano le biografie di molti celebri giuristi, e di altrettanti scrittori e filosofi.

Cicerone e Seneca erano avvocati; filosofi, letterati ed uomini di stato come Tommaso Moro, Bacone e Montesquieu avevano una preparazione giuridica; Dickens fece il garzone di studio (e poi il cronista giudiziario); nel Novecento Jorge Amado, un poeta come Wallace Stevens, John Luther Long (l'autore di *Madama Butterfly*) o Bernardo Guimaraes, il creatore della Schiava Isaura, erano tutti giuristi; in Italia, bastino i nomi di Salvatore Satta e di Francesco Galgano, oggi di Michele Salazar<sup>2</sup>. Scrittori, quindi, sia di generi "alti" che di più

---

<sup>1</sup> È la lettera al dodicenne Paul Claussen del famoso giudice statunitense della Corte Suprema (1882-1965), che si legge in E. LONDON (ed.), *The Law as Literature*, Simon and Schuster, New York 1960 (trad. it. di B. POZZO, in *Law & Literature e diritto comparato: a proposito dell'opera di James Boyd White*, in *Riv. Giur. ISAIDAT*, 1/2010, p. 3).

<sup>2</sup> Ricordiamo soltanto, nell'ordine di citazione: S. SATTÀ, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano 1994; F.F. GALGANO, *Tutto il rovescio del diritto*, Giuffrè, Milano 2007; M. e M. SALAZAR, *Scritti sfaccendati su diritto e letteratura*, Giuffrè, Milano 2011.

popolari, per non parlare dei protagonisti di alcuni filoni letterari oggi molto frequentati (dai gialli ai veri e propri *legal thriller*).

Perché allora dedicare un'ora di questo Congresso a diritto e letteratura? Poco tempo, o troppo, (o, meglio, inutile)? una sorta di pausa-caffè per alleggerire l'impegno di altri interventi più tecnici, ed almeno per quanto mi riguarda, sicuramente più autorevoli?

Forse un motivo c'è, od addirittura più di uno.

Il primo è tratteggiare una risposta anche sotto questo punto di vista a quell'invito pressante, e spesso strumentale, cui siamo quotidianamente sottoposti come categoria: «guardate all'Europa, agli Stati Uniti, al mercato globale!» certamente; nessuna remora, perché si avranno anzi piacevoli sorprese.

Il movimento detto Diritto e Letteratura (*Law and Literature*) nasce negli Stati Uniti quasi quarant'anni fa, annoverando tra i primi apostoli James Boyd White, con l'opera *The Legal Imagination*<sup>3</sup>; per dare una dimensione del suo successo, mi limito a riferire che le discussioni odierne sui programmi delle *Law Schools* (che, mi si consenta di notare, arrivano non raramente sulle prime pagine dei quotidiani più importanti, come il *New York Times*: a testimonianza di una differente consapevolezza della rilevanza sociale di questa professione da parte di un'opinione pubblica che certamente anche oltre oceano non è tenera con gli avvocati) vedono tra gli argomenti più trattati quello dell'“eccessivo” spazio dato a questo genere di studi, il cui inserimento nei percorsi della formazione per l'accesso è dato per indispensabile e scontato.

Anche in Italia non mancano significative esperienze e corsi, come quello della facoltà di Giurisprudenza di Torino, diretto da Pier Giuseppe Monateri, e quello di Roma Tre, che ha visto tra gli altri gli interventi – oltre che di Emanuele Conte che lo dirige – di Eligio Resta, di Vincenzo Zeno Zencovich, di Mario Aschieri), né associazioni (come l'AIDEL – Associazione Italiana Diritto e Letteratura, e la SIDL – Società Italiana di Diritto e Letteratura<sup>4</sup>) alle cui attività hanno partecipato giuristi come Francesco Galgano, Luigi Lombardi Vallauri, Eugenio Ripepe, Umberto Breccia, e che si caratterizzano per una forte interazione con analoghe esperienze europee<sup>5</sup>.

Un filosofo italiano, Mauro Barberis, ha messo in guardia da un eccessivo entusiasmo, ricordando come il successo americano delle *humanities* non sia indenne dal rischio che talvolta corrono le doppie traduzioni: si tratterebbe infatti di re-importare sul continente europeo approcci in realtà lì nati e cresciuti

<sup>3</sup> Ma è proprio J.B. WHITE (*The Cultural Background of The Legal Imagination*, 2010, Univ. of Michigan Public Law Working Paper No. 180, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1535599>) che trova “*ludicrous*” far risalire alla sua opera la connessione tra Law e Humanities.

<sup>4</sup> I rispettivi siti internet: [www.aidel.it](http://www.aidel.it) e [www.lawandliterature.org](http://www.lawandliterature.org).

<sup>5</sup> In generale v. M.P. MITTICA, *Diritto e costruzione narrativa. La connessione tra diritto e letteratura: spunti per una riflessione*, in *Tigor*, A.II (gen-giu 2010).

(il post-modernismo, lo strutturalismo<sup>6</sup>), sì che tornerebbe attuale la battuta di Tarello<sup>7</sup>.

Forse è un rischio da correre, pur di avere un risultato; quale debba essere però questo risultato, è il primo ed essenziale oggetto di queste riflessioni.

### Diritto nella letteratura e diritto come letteratura

Proviamo a chiarirci le idee; di solito il binomio diritto/literatura viene affrontato sotto due profili<sup>8</sup>. Si parla di “diritto nella letteratura”, quando l’accento è posto sulla riflessione sulle tematiche giuridiche riscontrabili in opere letterarie: è spontaneo rammentarsi quale rilievo abbia il diritto nelle creazioni di Rabelais e Cervantes, Shakespeare e Milton, Balzac e Dickens, Tolstoj e Dostoevskij, Hugo, Kafka, Gide e quanti altri.

Parlare invece di “diritto come letteratura” presuppone un approfondimento più ambizioso nello studio delle “regole” proprie di uno dei generi letterari appartenenti alla galassia giuridica (dal testo normativo alla monografia, dal saggio breve all’articolo, dal provvedimento giudiziale all’atto di parte) sotto le specie dell’ermeneutica e della stilistica giuridica. Anche negli Stati Uniti e nei corsi di formazione delle *Law School* questi sono i due approcci più noti: basti scorrere qualche programma di studi<sup>9</sup>.

Ve ne è sicuramente almeno un terzo, che è quello storiografico, *sub specie* di storia del diritto; la migliore comprensione di un fenomeno giuridico può essere sicuramente agevolata da una ricostruzione dell’“ambiente” sociale e professionale che ne ha visto la genesi e poi lo sviluppo: è un caso ormai di scuola (proprio nel senso che ha assunto un’importanza paradigmatica nell’insegnamento) quello dello studio dell’*equity*, dove non manca quasi mai il richiamo

<sup>6</sup> G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, il Mulino, Bologna 2001; F. OST, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All’origine dell’immaginario giuridico*, il Mulino, Bologna 2007. Per un quadro generale dell’esperienza italiana, v. M.P. MITTICA, *Diritto e letteratura in Italia. Stato dell’arte e riflessioni di metodo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIX-1/2009, pp. 273 ss.

<sup>7</sup> «L’enunciato ‘lo spirito è forte ma la carne è debole’, tradotto in un’altra lingua e poi ritradotto in italiano, rischia di diventare ‘I liquori sono buoni ma la carne è fetente» citato da M. BARBERIS, *Tutta un’altra storia. Equity, diritto e letteratura*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, pp. 285 ss.

<sup>8</sup> V. di F. GALGANO, *L’esperienza del giurista*, e di L. LOMBARDI VALLAURI, *Le aspettative della filosofia del diritto*, in *Il Bigiavi, Taccuini della SIDL*, dicembre 2008, entrambi reperibili sul sito della SIDL, ed ancora di F.F. GALGANO, *Il giurista scrittore*, in *Contratto e Impresa*, 2009, pp. 235 ss.

<sup>9</sup> Per esempio quello per il 2010 di D. SOLOVE alla George Washington University (in <http://docs.law.gwu.edu/facweb/dsolove/Law-Humanities/Law-Literature-Syllabus.htm>). In generale sui diversi “filoni” di diritto e letteratura, e a margine di F. DI DONATO, *La costruzione giuridica del fatto. Il ruolo della narrazione nel processo*, Franco Angeli, Milano 2008, v. di R. CAPPELLETTI, *Le Narrazioni prese sul serio*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, pp. 561 ss. Utilissimi i “materiali di lettura” raccolti da M. MARCHESIello - R. NEGRO in *Il diritto allo specchio della letteratura*, De Ferrari, Genova 2010.

a *Casa desolata* di Dickens<sup>10</sup>; mentre, d'altro lato, aiuta a valutare la grandezza di un'opera letteraria come *Resurrezione* il saperla ispirata da un fatto di cronaca suggerito a Tolstoj dall'amico giurista Koni (ciò che quindi spinge ad approfondire la conoscenza dell'ordinamento giuridico zarista); ovvero conoscere l'art. 58 del Codice penale sovietico per leggere *Il primo cerchio* di Solgenitsyn.

Non ci sentiamo però appagati da queste tre indicazioni.

### La letteratura come superconduttore...

Il ruolo della letteratura nella formazione del giurista può realisticamente essere giustificato anche da altre ragioni, la più importante delle quali vorrei rendere immediatamente presente a tutti ricorrendo ad una definizione presa a prestito dal mondo della scienza, quella di "superconduttore".

Dicono gli scienziati che nei materiali superconduttori si manifesta una improvvisa e totale caduta della resistenza a zero quando sono raffreddati a temperature inferiori alla loro temperatura critica.

Ebbene, vorrei provare a verificare se il *medium* letterario può svolgere la funzione di un simile materiale quando attraverso di esso si faccia passare la "corrente" dell'impegno non solo strettamente professionale, ma legato anche al ruolo sociale della categoria.

Fuor dalla metafora un poco ardita intendo dire che un'opera letteraria (volendo limitare l'ambito dell'indagine: ma l'orbita delle *humanities* è assai più ampia ed include – per fare un solo riferimento – il cinema<sup>11</sup>) può fornire da un lato il "codice" interpretativo di un testo (in particolare di un testo normativo), e dall'altro porre al giurista e specialmente all'avvocato, se non la risposta, quantomeno il problema da affrontare. Un esempio forse troppo sfruttato: l'ampia ricezione di *To Kill a Mockingbird* (*Il buio oltre la siepe*) di Harper Lee, romanzo canonico per la figura del difensore come eroe civico<sup>12</sup>.

Il primo passaggio è quello della verifica sul campo della formazione; ed il riferimento non può che essere quello delle esperienze più diffuse, come quelle statunitensi, con una non irrilevante premessa che traggio da osservazioni di Martha Nussbaum, la filosofa americana di formazione classicista: che cioè negli U.S.A. è più probabile (perché in tal senso è conformato il sistema dei *college*) che lo studente della *Law School* abbia già alle spalle un'educazione letteraria di livello universitario<sup>13</sup>. Ricaviamo allora da questa ricerca che la presenza della letteratura nei corsi giuridici era affermata sin dai tempi

<sup>10</sup> V. D. CARPI, *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assessment*, Universitäts-Verlag Winter, Heidelberg 2007.

<sup>11</sup> R. DANONI, *Processo al buio*, Rizzoli, Milano 2010; U. BRECCIA, *Cinema e diritto*, sul sito SIDL.

<sup>12</sup> Un resoconto in M.E. MAATMAN, *Justice Formation from Generation to Generation: Atticus Finch and the Stories Lawyers Tell Their Children*, in *Journal of the Legal Writing Institute*, 14-207/2008 (SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1615087>).

<sup>13</sup> Intervista a M. NUSSBAUM di M. CUCCU, nel sito SIDL.

di Cardozo<sup>14</sup>, per giungere fino a Dworkin<sup>15</sup>, nella variante del “diritto come letteratura”. La stessa Nussbaum in anni recenti, lavorando a Chicago insieme ad altro famoso giurista, Richard Posner<sup>16</sup>, individua un’altra motivazione, che crediamo ben espressa nelle parole di un avvocato al lavoro nella *Law School* di Charlotte, William Terpening: «Essere un avvocato di alto livello richiede stile, passione, una forte “bussola etica”, creatività, abilità argomentative maggiori di quelle che possono essere tratte dal mero studio dei casi; un’abilità di scrittura “stellare”, compassione, ed ancor di più»<sup>17</sup>.

In poche parole ecco quindi espressi i valori aggiunti dalla letteratura al diritto: lo stimolo alla lettura, in linea generale, con un primo “precipitato” (tanto per ricorrere ad un altro termine proprio delle scienze dure) che è l’ampliamento del repertorio degli argomenti e delle forme lessicali; e poi (e soprattutto) l’aiuto alla comprensione della complessità delle emozioni.

### Lo stimolo alla lettura

Sotto il primo profilo, sono note le pessimistiche considerazioni sulla lettura in Italia. *IlSole24Ore* apre il suo inserto culturale dell’11 marzo col titolo di *Noi, analfabeti seduti su un tesoro*, proseguendo nella meritoria opera intrapresa con la pubblicazione del Manifesto per la costituente della cultura<sup>18</sup>, e descrivendo il “livello di guardia” raggiunto dal tasso di analfabetismo funzionale nel nostro paese, che ci vede al primo posto di una desolante classifica mondiale: il 47% degli italiani dai 14 ai 65 anni ha forti deficienze nella semplice comprensione di un testo (la Gran Bretagna il 21,8%; la *felix* Svezia solo il 7,5%!)<sup>19</sup>.

Con maggior dettaglio Giovanni Solimine, in *L’Italia che legge*<sup>20</sup>, aveva descritto un quadro analogamente sconcertante. In sintesi, si legge poco ed in modo disomogeneo, ed in particolare:

- dirigenti, imprenditori e professionisti italiani leggono (poco) di più dei propri dipendenti per motivi strettamente professionali, ma complessivamente di meno se teniamo conto di tutti i generi di lettura (quelli francesi e tedeschi leggono in misura doppia);
- non sarebbe peraltro vero che tra i giovani ci siano meno lettori che tra gli adulti: anzi, è il contrario; ma se si scompongono i dati in categorie di lettori

<sup>14</sup> B. CARDOZO, *Law and Literature* (1931).

<sup>15</sup> R. DWORKIN, *Diritto come letteratura*, in *Questioni di principio*, Il Saggiatore, Milano 1985.

<sup>16</sup> R. POSNER, *Law and Literature*, Harvard University Press, Cambridge 2009.

<sup>17</sup> [www.terpeningonlawandliterature.com/wp-content/uploads/2010/11/10.10.10-Syllabus2.pdf](http://www.terpeningonlawandliterature.com/wp-content/uploads/2010/11/10.10.10-Syllabus2.pdf).

<sup>18</sup> I “Cinque punti per una “costituente” che riattivi il circolo virtuoso tra conoscenza, ricerca, arte, tutela e occupazione” sono pubblicati su «IlSole24Ore - Domenica» del 19 febbraio 2012.

<sup>19</sup> V. anche l’intervista a Gian Arturo Ferrari, presidente del Centro per il Libro e la Lettura del Ministero per i Beni e le Attività Culturali, in «451», 9/2011, pp. 4 ss.

<sup>20</sup> G. SOLIMINE, *L’Italia che legge*, Laterza, Bari 2010.

(“deboli”, “medi” e “forti”, rispettivamente: da 1 a 3, da 4 a 11, da 12 e oltre libri letti in un anno) si constata che i lettori “deboli” si annidano nella fascia fino a 24 anni d’età;

- si legge soprattutto narrativa;
- al Nord si legge di più che al Sud;
- solo gli spagnoli in Europa leggono meno degli italiani;
- gli italiani sono gli europei più “teledipendenti” (persone per le quali la televisione è l’unico medium utilizzato);
- per fortuna, lettura ed altri “consumi culturali”, in particolare quelli digitali, non sono alternativi (cioè non si sottraggono terreno l’un l’altro).

Pochi giorni fa Sebastiano Vassalli titolava un breve intervento sulle pagine culturali de *Il Corriere della Sera*, *Lasciate che i ragazzi leggano a caso*<sup>21</sup>, affermando in sostanza che, nella situazione attuale, per gli adolescenti è pur meglio leggere qualsiasi cosa che nulla.

E non si tratta solo di leggere poco e male: il linguaggio ne risulta impoverito, omologato al livello più basso, soggetto a stereotipi e manipolazioni spesso indotte dai mass media<sup>22</sup>. Gli avvocati non sono estranei a questi fenomeni, che anzi e purtroppo possono essere tentati di aggravare – più o meno consapevolmente – sommandovi i propri specifici difetti. Quante volte ci siamo lamentati – anche di recente, pochi giorni fa, a Firenze, al convegno organizzato dalla Scuola Superiore dell’Avvocatura, con l’Accademia della Crusca e la Fondazione forense fiorentina, su *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali* – dei “fossili lessicali” che ancora abbondano nel legalese, insieme al latinetto e alle sintassi contorte della “lingua avvocata” di Gadda<sup>23</sup>.

La Scuola Superiore dell’Avvocatura si è già fatto carico di rispondere sotto questo profilo, con il suo “Progetto Libro”, che si propone come uno strumento maieutico consistente in una serie di domande su alcune delle principali questioni che possono coinvolgere i giuristi (dagli effetti della globalizzazione, al rapporto tra linguaggio e conoscenza, alla deontologia) per suggerire non delle risposte, ma dei testi sui quali ognuno può cimentarsi nel tentativo di ricavarle<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Domenica 11 marzo 2012.

<sup>22</sup> V. di chi scrive e C. AGONICI la recensione a G. ZAGREBELSKY, *Sulla lingua del tempo presente*, Einaudi, Torino 2010; G. CAROFIGLIO, *La manomissione delle parole*, Rizzoli, Milano 2010; V. KLEMPERER, *LTI. La lingua del terzo Reich*, Giuntina, Firenze 1998, in *Diritto e formazione*, 2011, pp. 151 ss.

<sup>23</sup> Basti il richiamo a B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia*, Einaudi, Torino 2001. Su Gadda e *Quel pasticciaccio brutto de Via Merulana* (1957) v. R. MARRA *La cognizione del delitto. Reato e «macchina della giustizia» nel «Pasticciaccio» di Gadda*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XL-1/2010, pp. 157 ss.

<sup>24</sup> Il Dossier della Scuola Superiore sul “Progetto Libro” si consulta in <http://www.scuola-superioreavvocatura.it/arch/docs/531/Dossier.pdf>. V. inoltre di A. MARIANI MARINI, *Un ritorno alla lettura dei giovani avvocati per “ricostruire” il sapere della categoria*, in *Guida al dirit-*



Alcune Scuole si sono poste il problema dell'avvicinamento dei giovani alla lettura, nel timore che chi non è abituato ad aprire un "qualunque" libro diffidi del suggerimento di dedicarsi a testi che comunque trattano di diritto, di professione, di storia, di economia, di filosofia; ed hanno rivendicato che la lettura deve essere in primo luogo un "piacere". Chi, come il sottoscritto, si è adoperato in questa particolare direzione<sup>25</sup> non può non registrare con soddisfazione che un simile spirito si ritrova quasi con le stesse parole nell'esperienza di prestigiose scuole statunitensi, come quella già ricordata di Chicago. La Nussbaum, che ne è una dei protagonisti – lamentando anch'essa il declino nella lettura da parte dei giovani – spiega che «la prima cosa da fare è far sì che la gente si ecciti alla lettura e mantenga l'abitudine – continui a leggere e si senta sempre più coinvolta»<sup>26</sup>; e non si ferma qui, sottolineando la necessità di tornare ad una più profonda connessione della letteratura con la filosofia «che si occupa delle percezioni di ciò che è essenziale», tipica della prima diffusione degli studi di Diritto e Letteratura promossa da White.

### Le emozioni nella formazione

Più difficile da spiegare forse (e più suscettibile di far alzare qualche sopracciglio) è l'altro stimolo indicato, quello che ho provato a definire come indirizzato alla considerazione delle "emozioni". Spiace citarsi, ma mi sarà perdonato ripetere anche qui che «la com-passione che i testi indicati dovrebbero suscitare nel lettore non dovrebbe rimanere estranea a chi esercita la professione che più di ogni altra – con l'eccezione forse di quella medica – ha come caratteristica essenziale quella del rapporto con gli altri. Chi non si commuove a leggere dell'"urlo di lupo" di Rosa nello scialle di Magda<sup>27</sup>, o la descrizione di sapore cinematografico della rivelazione di Aleksej alla tastiera<sup>28</sup>, o lo svelamento di Diadorim<sup>29</sup>, potrà anche fare lo stesso l'avvocato: ma c'è da tremare all'idea di come lo farà»<sup>30</sup>.

È intuitivo, a questo punto, come in questo approccio a Diritto e Letteratura – e mi piace ricordare il titolo di un corso della Nussbaum: *Emotions, Reason and the Law* – emerga l'importanza della deontologia, intesa non solo e non tanto come insieme di regole, quanto come costruzione a tutto tondo della figura dell'avvocato contemporaneo, che opera immerso in una rete di rapporti sociali.

to, 5/2011, p. 11 ss., e S. RACHELI, *Il Progetto-libro della Scuola Superiore dell'Avvocatura*, in *Diritto e formazione*, 2011, pp. 319 ss.

<sup>25</sup> Sia consentito il rinvio a D. CERRI, *Il ruolo della letteratura nella formazione e nell'educazione del giurista*, in *Diritto e formazione*, 2011, pp. 312 ss.

<sup>26</sup> Intervista cit.

<sup>27</sup> C. OZICK, *Lo scialle*, Feltrinelli, Milano 2003.

<sup>28</sup> A. MAKINE, *La musica di una vita*, Einaudi, Torino 2003.

<sup>29</sup> J. GUIMARRÃES ROSA, *Grande Sertão*, Feltrinelli, Milano 1999.

<sup>30</sup> D. CERRI, *op. cit.*

Partendo da una definizione della giustizia (ed ancor prima della conoscenza<sup>31</sup>) come bene comune, scelgo allora l'impostazione di Michael Sandel, autore del celebre "Corso sulla Giustizia" ad Harvard<sup>32</sup> e di alcuni dei testi più noti degli ultimi anni<sup>33</sup>, che nella critica a posizioni come quelle di John Rawls<sup>34</sup> si distingue per la rivalutazione del concetto di persona. Non condividendo l'approccio utilitarista, per il quale "giusta" è ogni decisione e norma che conduce al maggior benessere per il maggior numero di consociati, né quello "liberale", fondato sulla più ampia libertà di scelta, Sandel indica che è al "fine" della "vita buona" (*good life*) che si deve puntare, per ricostruire appunto un significato di giustizia come bene comune. Se – con Ronald Dworkin<sup>35</sup> – pensiamo di dover porre l'accento sulla "performance" del vivere, il ricorso alla letteratura come strumento ermeneutico pare agevole e direi quasi conseguenziale.

L'opera della fantasia, più della saggistica stessa, può configurarsi come un laboratorio delle emozioni, che a loro volta stimolano la riflessione; come altrimenti "sperimentare" una serie di situazioni che i nostri clienti si possono trovare a vivere in prima persona? Come calarsi in realtà sociali ed in subculture settoriali? Ovvero, in quale altro modo confrontarsi con le scelte che epoche storiche diverse e la stessa contemporaneità hanno posto e continuano a porre agli uomini, ed agli avvocati in particolare?

Quando ci occupiamo di diritto e di letteratura, quindi, non "divaghiamo" né perdiamo tempo, ma semplicemente curiamo la nostra formazione, dotandoci anche in quel modo di strumenti indispensabili; se poi questi strumenti sono particolarmente piacevoli, è un problema per qualcuno?

<sup>31</sup> L. GALLINO, *La conoscenza come bene pubblico globale nella società delle reti*, che cita J.S. STIGLITZ, *Knowledge As a Global Public Good*, in I. HAUL - I. GRUENBERG - M.A. STERN (eds.) *Global Public Goods. International Cooperation in the 21st Century*, U.N. Dev. Programme, New York 1999.

<sup>32</sup> Disponibile per tutti sulla rete: <http://www.justiceharvard.org/>.

<sup>33</sup> Come *Il liberalismo e i miti della giustizia*, Feltrinelli, Milano 1994; *Giustizia: il nostro bene comune*, Feltrinelli, Milano 2010. Michael Sandel è professore di Filosofia politica e teoria del governo alla Harvard University.

<sup>34</sup> Di J. RAWLS *Una teoria della giustizia* [1<sup>a</sup> ed. 1971], Feltrinelli, Milano 2008; *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Feltrinelli, Milano 2002.

<sup>35</sup> R. DWORKIN, *Una vita "buona": che cos'è?* in «451», 4/2011, pp. 28 ss.

# L'ordinamento dell'isola che non c'è.

## Intersezioni e presagi tra diritto e letteratura: angoscia del futuro e futuro del diritto

Lineamenti di “diritto costituzionale” della distopia

Roberto Negro

---

### Premessa

Il presente scritto è un tentativo di utilizzare i metodi di ricerca elaborati dalla corrente “diritto e letteratura”<sup>1</sup>, che intendiamo qui applicare ad un genere letterario particolare e, cioè, a quella che viene convenzionalmente chiamata letteratura dell’antiutopia o della “distopia” e cercando di descrivere gli ordinamenti giuridici presenti in tali opere letterarie. Tali metodi di ricerca paiono di qualche utilità perché chi si interessa di cose giuridiche nel nostro paese si basa, in sostanza, su una o sull’altra delle due “classiche” metodologie di approccio al diritto e cioè o a quella normativistica o a quella istituzionalistica, con la conseguenza che i relativi svolgimenti delle stesse o si irrigidiscono, nel primo caso, in sterili esercizi di analisi logica del linguaggio normativo, ovvero, nel secondo, approdano a mere indagini, neppure sociologiche, ma puramente statistiche, sul diritto in azione o (miseramente) vivente.

L’approccio a quella misteriosa entità che chiamiamo diritto, sulla scorta dei criteri di ricerca che ci forniscono gli studi di “diritto e letteratura”, può essere compiuto utilmente e senza nulla togliere alla validità dei criteri tipici della teoria e della filosofia del diritto, attraverso una sorta di “terza via”, che consiste nel collegare il fenomeno giuridico alle coeve grandi narrazioni culturali e esaminando, quindi, la “narrazione giuridica”<sup>2</sup> quale risulta dalle reciproche intersezioni con le “narrazioni” di altri sistemi concettuali, diversi, ma simili, in ordine allo sguardo sulla società, *in primis* dalla letteratura, in quanto la visione della stessa, più libera e meno vincolata a categorie tipizzate, rispetto a quelle del diritto, può meglio cogliere i nessi tra il diritto e il mondo concreto in cui il diritto opera e, quindi, individuarne le basi ed i “nuclei fondanti”.

---

<sup>1</sup> Forse sarebbe più esatto parlare di “griglie interpretative” proposte dalla corrente “diritto e letteratura”. Cfr.: F. OST, trad. it., *Mosè, Eschilo, Sofocle. All’origine dell’immaginario giuridico*, il Mulino, Bologna 2007.

<sup>2</sup> Il diritto se esaminato alla luce dei principi della corrente “diritto e letteratura”, deve intendersi non tanto come un complesso di norme, ma come una narrazione su norme o come un complesso racconto che tratta di norme.

Gli approcci al diritto tradizionali dimenticano che stiamo assistendo ad un passaggio, magari poco percepibile, da un sistema giuridico rigido ad un ordinamento a struttura impregnata da mutevole “liquidità” o da pressanti ed ineludibili esigenze. Ora, le visioni del diritto del futuro sono strettamente collegate a quelle del diritto del presente ed entrambe inter-reagiscono tra di loro; si tenga presente che l’ordinamento deve intendersi come una complessa rete, non tanto di norme ed istituzioni, quanto di visioni del mondo e di varie e complesse “narrazioni”, che vengono ad essere il terreno su cui le varie fiction (racconti, narrazioni) del diritto, siano esse giudiziali o legislative, vengono a confrontarsi e magari trovando un, però, sempre instabile punto d’incontro. Qui si vuole sottolineare come l’approccio al diritto attraverso la letteratura ha un preciso carattere di critica della ideologia e cioè della “falsa coscienza” che è sottesa alle varie “narrazioni giuridiche”.

### La visione della distopia

È sempre, allo stesso tempo, facile e difficile, parlare di un diritto per così dire virtuale, quale quello che qui esaminiamo. Facile perché in tal caso l’interprete può dar libero sfogo alla sua fantasia; difficile perché qui si deve svolgere un lavoro di decrittazione su di un testo, il libro, il romanzo, il racconto, appunto, che descrive un ordinamento giuridico immaginato, ma non per questo meno “reale” e sapendo già che il suo unico interprete (autentico), lo scrittore, ci potrà tutt’al più far sapere che sono possibili solo interpretazioni multiple; si tratta, in definitiva, per quanto riguarda le opere qui esaminate, di un’esegesi che può compiersi solo indirettamente, in quanto le norme giuridiche che reggono un ordinamento immaginale (e immaginario), sono nascoste nel testo il quale va, per così dire, decrittato attraverso una decifrazione di simboli.

Intendiamo qui parlare del diritto costituzionale della distopia<sup>3</sup>. Prenderemo in esame alcune opere, come temi narrativi, a carattere distopico e contenenti in maniera evidente tutti i più importanti modelli di un ordinamento costituzionale del futuro, o al limite, anche del presente, ma in situazioni di estrema emergenza o eccezionali. Da ciò l’interesse che il giurista dovrebbe avere per la letteratura cd. di “anticipazione”, sempre estremamente attenta su possibili “derive” degli ordinamenti giuridici e sociali. Ed allora, proprio dai modelli forniti dalla corrente “diritto e letteratura” possiamo trovare aiuti e suggerimenti, almeno per darci qualche indicazione di quello che il diritto può essere come sistema sociale o “cosa” potrebbe divenire, senza volere a tutti i costi spiegare il sistema giuridico esclusivamente *iuxta propria principia*, che, spesso, si rivelano mere tautologie e tentando di rintracciare la fenomenologia del diritto

<sup>3</sup> Il termine distopia è l’equivalente di utopia negativa; mentre l’utopia è il luogo che non c’è, o non c’è ancora (ou-topos) e che può essere un luogo desiderabile o auspicabile (eu-topos), invece la distopia (dis-topos) è il luogo che non dovrebbe essere e che si auspica che non ci sia.

proprio nel sistema di narrazione, al diritto più affine e, cioè, nelle opere letterarie. Certo, gli autori espongono, nella *fiction*, una loro propria ideologia, ma è anche vero che il loro sguardo è uno sguardo critico e mai apologetico, come invece spesso accade per i “partigiani dell’utopia”, con riferimento alla società da loro immaginata ed auspicata.

Si esamineranno due romanzi: *1984* di George Orwell<sup>4</sup>, e *Il Signore delle mosche* di William Golding<sup>5</sup>; ed due racconti brevi: *Il pedone* di Ray Bradbury<sup>6</sup>, e *La lotteria* di Shirley Jackson<sup>7</sup>. Si tratta, comunque, di “poetiche” del negativo, come, ad esempio, nella descrizione di Oceania.

### **1984. L'occhio totale e il collettivismo oligarchico**

Nell'impero di Oceania, perennemente in guerra con gli imperi rivali di Eurasia ed Estasia, e che è fondato sui principi del Socing (acronimo per Socialismo Inglese), Winston Smith, addetto alla riscrittura, in particolare dei giornali del passato, per adeguarlo alla pratica della neolingua e del bispensiero, tiene segretamente un diario, nonostante la strettissima sorveglianza sulla vita privata ed attraverso teleschermi installati in ogni abitazione, del Grande Fratello, che è una sorta di ipostasi del Partito Interno che governa Oceania.

Si incontra con O'Brien, che, pur facendo parte del Partito Interno, parrebbe essere un adepto della così detta Fratellanza, guidata dal nemico storico del Socing, Emmanuel Goldstein e viene in possesso dello scritto di opposizione, attribuito allo stesso Goldstein, dal titolo di *Teoria e prassi del collettivismo oligarchico*. Si è, quindi, macchiato del reato del futuro, il più grave, lo psicoreato. Scoperto, si rende conto di essere stato ingannato da O'Brien e, incapace di resistere alla tremenda pressione di torture fisiche e psicologiche, finisce per tradire anche la donna che ama, Julia.

Il romanzo termina a dimostrazione che non vi è speranza alcuna, neppure nei prolet, classe sociale diseredata, in cui Winston Smith aveva riposto speranze di rivolta, con un atto di fede finale ed addirittura di amore, nei confronti del Grande Fratello, da parte del protagonista.

### **Il Signore delle mosche. L'illusione di Robinson Crusoe**

A seguito di una imprecisata catastrofe un gruppo di ragazzi si trova, senza presenza alcuna di adulti, in un'isola sconosciuta e deserta, popolata solo da maiali selvatici. I ragazzi si adattano a vivere di pesca e di caccia e riescono a sopravvivere in tal modo.

---

<sup>4</sup> G. ORWELL, *1984* (trad. it.), Mondadori, Milano 2002.

<sup>5</sup> W. GOLDING, *Il signore delle mosche* (trad. it.), Mondadori, Milano, 2001.

<sup>6</sup> R. BRADBURY, *Il pedone* (trad. it.), in C. FRUTTERO - F. LUCENTINI (a cura di), *Le meraviglie del possibile. Il secondo libro della fantascienza* (trad. it.), Einaudi, Torino 1972.

<sup>7</sup> S. JACKSON, *La lotteria*, Adelphi, Milano 2007.

Dopo un tentativo di costituzione di una sorta di democrazia di “emergenza”, in breve tempo, però, i ragazzi prendono le abitudini di una tribù primitiva e iniziano a vivere in un ambito di rapporti basati sulla violenza e sulla legge del più forte. Passa poco tempo ed i ragazzi iniziano a venerare un mostruoso idolo, che è poi un *totem* archetipico, e che dovrebbe assisterli ed aiutarli nella caccia, e, cioè, una testa di maiale conficcata su di un palo e circondata da nugoli di mosche; il passaggio dalla civilizzazione alla barbarie avviene in tempi brevissimi e quasi senza che nessuno dei protagonisti se ne renda conto.

Il romanzo è contestualmente intessuto, pur nella eccezionalità della situazione, di una sorta di normale quotidianità della ricaduta nello stato selvaggio e di una progressiva “educazione sentimentale” all’acoglimento della barbarie; non vi è posto qui alla calvinistica rassegnazione ed alla industriosa accumulazione primitiva del capitale che, invece, permea la speranza e l’aspettazione del pre-illuminista Robinson Crusoe; non esiste, allora, alcun buon selvaggio, come Venerdì: nello stato d’eccezione la “regola” si trasforma e diventa la regola della barbarie.

### ***Il pedone: eccentricità e reato***

Il protagonista passeggia, di notte, per le silenziose e deserte strade della città, mentre tutti gli altri abitanti sono in casa a guardare la televisione; gli si accosta un auto e un poliziotto-robot, incorporato nel veicolo, gli chiede spiegazioni sul suo inusuale comportamento. Non essendo in grado di dare giustificazioni valide, il protagonista viene arrestato per comportamento antisociale e deviazionismo psicologico e portato in un centro di rieducazione. Si ricorda qui che Ray Bradbury aveva anche scritto un romanzo, *Fabreneith 451* in cui si ipotizzava un futuro ordinamento sociale che prevedeva come gravissimo reato, la lettura di libri e con un organo di polizia, i *Pompieri*, addetto proprio al loro rogo. Si è voluto rimproverare a Bradbury una visione sulla società di tipo reazionario ed una difesa, in retroguardia, di un passato mondo pre-tecnologico: la critica dell’ordine futuro di Bradbury sarebbe l’incubo di un inguaribile reazionario; resterebbe invero da vedere se, oggi, lo sguardo sul futuro dell’autore, sia poi tanto così in contrasto con ciò che potremmo aspettarci.

### ***La lotteria. Il “capro espiatorio”***

In una piccola città americana di provincia, la lotteria è divenuta un mezzo per reperire il *pharmakòs*, che deve scacciare i mali dalla comunità e si è perso, pertanto, il senso dell’origine e della originaria funzione della lotteria stessa. Annualmente, da una scatola nera, vengono tratti a sorte e, con una sorta di distribuzione per famiglie, dei biglietti con il nome degli abitanti; quello con un segno particolare indica chi verrà lapidato dagli altri. Il lettore pian piano e con crescente sgomento, perviene alla scoperta dell’orrore finale. Senza dubbio, *La lotteria*, pur priva di ornamenti di tipo “fantascientifico” è l’opera più inquietante, fra quelle qui esaminate.

## L'ordinamento e la Costituzione dell'utopia negativa

Il mondo del diritto sfuma nei rapporti di potere che determinano la vita concreta nelle società distopiche; viene messa in dubbio e dimenticata ogni distinzione tra diritto e potere, diritto e tecnica, diritto ed efficienza. Il diritto, allora, è solo un mezzo di controllo sociale. Sparisce il principio di separazione dei poteri e delle funzioni; quello che conta è l'efficienza ed il controllo: si tratta di società assolutamente "conservatrici" anche se situate in un futuro più o meno lontano. Viene meno il concetto di progresso dialettico, in quanto è necessario tutelare, in primo luogo, la stabilità del sistema sociale.

Si deve notare che in tutte le opere qui prese in esame, i vari ordinamenti hanno una "Costituzione" che può essere scritta o non scritta ed anche una o più norme costituzionali fondamentali: in *1984* abbiamo i principi del Soving, «la Guerra è Pace, la Libertà è Schiavitù, l'Ignoranza è Forza», con i loro corollari, la "neolingua" e il "bispensiero", e la riscrittura e la re-invenzione del passato, che diventa pertanto "liquido". L'ordinamento de *Il Signore delle mosche* è basato sui principi della legge del più forte e a cui si adeguano i ragazzi dispersi sull'isola; qui abbiamo un ordinamento costituzionale di tipo barbarico, regolato dalla legge della caccia e da un progressivo slittamento in forme religiose totemiche; come si è detto i ragazzi prendono a venerare un idolo mostruoso, da essi stessi creato e concepito.

La norma costituzionale fondamentale de *Il pedone* si basa su di un principio non scritto, l'eliminazione della diversità o della semplice eccentricità: in una società totalmente uniforme e basata sul controllo sociale tramite l'uso dei media, in questo caso la televisione, la diversità è un pericolo; come tale non può essere tollerata: questo principio non scritto si traduce in norme a carattere meramente regolamentare, ma del tutto cogenti, che il poliziotto-robot rammenta allo sfortunato protagonista, che passeggia di notte da solo, il pedone, appunto e che a differenza degli altri non guarda, e chiuso in casa, la televisione. Nell'incubo de *La lotteria*, la Costituzione di una piccola comunità, in un mondo futuro, è basata su di un gioco e precisamente su di un gioco di sorte, la lotteria, di cui si è perduto l'originario significato e che serve, non a premiare, ma, bensì, a sacrificare chi verrà estratto a sorte; la *grundnorm*, infatti, è da rinvenirsi nella scelta del "capro espiatorio", ma "con norme precostituite generali ed astratte"; a questo serve la lotteria, a reperire, annualmente, il *pharmakòs* sacrificale, che dovrà stornare i mali dalla comunità.

In tutte le opere il diritto, anche se visto come mero potere coercitivo, è, però, essenziale; serve infatti al mantenimento dell'ordine sociale e a controllarne lo sviluppo e, quindi, le deviazioni che non possono essere tollerate in un ordinamento che si autorappresenta come perfetto. In definitiva, il diritto della distopia è un diritto "statico" della conservazione, opposto al diritto "dinamico" del cambiamento.

L'aspetto del controllo sociale presenta varie sfumature: al grado massimo in *1984* e più discreto, salvo il *climax* finale, in *La lotteria*. In tutte le opere esami-

nate, e qui ne sta sia l'aspetto distopico sia quello atopico, nel senso di straniamento e *detournement*, il diritto e le istituzioni risultano imbarbariti, anche se spesso si tratta di un "imbarbarimento tecnologico"; il "concetto di futuro" è non solo straniante, ma addirittura angosciante. In questo senso si può parlare di un fondamentale pessimismo della letteratura della "distopia". Nella teoria generale del diritto e dello stato della utopia negativa, non vi è posto per "diritti umani", ma tutto è previsto per il mantenimento dell'ordine così come è e che costituisce l'inveramento del migliore dei mondi possibili. Ciò conferma il fatto che l'ordinamento "della" distopia (meglio, "nella" distopia) è a carattere "conservatore".

Comune a tutte le utopie negative è la critica del carattere totalitario dell'ordinamento, che è tale talvolta in forme manifeste, talaltra in forme più sfumate. L'universo distopico è un mondo illiberale perché tende al controllo totale dell'uomo.

Infine, la distopia è, anche una critica del sistema giuridico-politico esistente ai tempi dell'autore e di cui s'intravedono involuzioni e derive; la visione di un mondo distorto del futuro è un mezzo per la critica di quello che è la società e, quindi, la distopia è sì antiutopia, ma mantiene, in fondo, un *common core* di tipo critico-radical e spesso si fa addirittura "racconto morale" per avvertire su possibili involuzioni dell'ordinamento politico e giuridico, come avviene nel romanzo di Orwell<sup>8</sup>.

Le divergenze tra le visioni del futuro consistono proprio nella "situazionalità" dell'ordinamento di cui fanno parte: *1984* e *Il pedone* sono ambientati in un mondo ultra tecnologico, *Il Signore delle mosche* è ambientato in un'isola selvaggia e totalmente disabitata e *La lotteria* in una normale piccola comunità del tipo *middle west* americano; le risposte alle istanze dell'ordinamento, sono alquanto diverse, proprio per la diversità delle istituzioni (e situazioni) in cui i protagonisti vivono, con l'avvertenza che essi sentono anche inconsciamente "l'angoscia" e "il peso" delle istituzioni stesse, anche se, spesso, tale sentimento angosciante (*angst*) è, forse, solo sentito e "captato" dal lettore.

Abbiamo detto, da una parte, civiltà supertecnologica, invece, dall'altra, mondo selvaggio in *Il Signore delle mosche* e (forse) mondo rurale, nella *La lotteria*: non sono però mondi arcadici, questi due ultimi, in quanto, in entrambe le opere, si possono intravedere degli indizi che portano alla scoperta di una realtà angosciante fino a pervenire al *climax* finale. Vi sono altre palesi divergenze nell'immagine delle società descritte dalle opere prese in esame; Orwell e Bradbury si riferiscono ad una tecnocrazia invadente e ad un ordinamento giuridico di una società dominata dalla tecnica, talvolta così avanzata da "confondersi" con la magia; Jackson e Golding, invece, descrivono un mondo dove la tecnica è scomparsa.

<sup>8</sup> Sull'opera di Orwell si veda il fondamentale saggio di R. POSNER, *Orwell versus Huxley: Economics, Technology, Privacy and Satire*, in *John M. Olin Law and Economics Working Paper N. 89*, Chicago che mi è stato segnalato da David Cerri.



Il punto d'incontro tra gli autori, pur nelle diversità delle situazioni e dei temi trattati, si può trovare nel loro "pre-figurare" una evoluzione nella barbarie della società (anche in caso di "perfezione della tecnica") e nel loro fondamentale pessimismo sul problema del potere, potere, che diventa causa ed effetto, insieme, del "ritirarsi" del diritto dal mondo. *La lotteria* e il romanzo di Golding differiscono dalle altre opere, perché l'ordinamento di cui parlano, si fa man mano, sempre più "arcaico": l'ordinamento, cioè si ritira e ripiega su sé stesso, divenendo "estraneo" a tutto il possibile "altro"; anche il fuoco, che su di un'altura, i ragazzi, nella catastrofe narrata da Golding, tengono perennemente acceso, si trasforma, da originario "segnale", in mero "simbolo" mitico, privo di ogni razionale scopo.

Nell'incubo orwelliano la forma di Stato di tipo imperialistico è basata sui principi del "collettivismo oligarchico". Il governo, in sostanza è costituito da un'oligarchia, espressione del Partito Interno e di cui il Grande Fratello non è altro che una terrorizzante epifania del potere e del potere che si occupa e si preoccupa, non di "fini", ma solo di "mezzi"; è, in definitiva, la transustanziazione del Partito Interno e dei principi del Socing, che informano la Costituzione dell'impero di Oceania, la cui organizzazione amministrativa si basa sul Partito Interno, che ha compiti direttivi e sul Partito Esterno, che ha compiti meramente esecutivi. In capo alla gerarchia vi è la "figura" del Grande Fratello e il governo è strutturato in ministeri, tra cui il Miniamor che è una sorta di Ministero degli Interni. Dal Minamor dipende la Psicopolizia, che si occupa del reato di pensiero, lo *psicoreato*, appunto. La gran massa della popolazione è costituita dai *prolet*, che non hanno particolari diritti, ma neppure particolari doveri, e che non fanno parte né del Partito Interno, né del Partito Esterno.

Nel romanzo di Golding, dopo un fallito tentativo di instaurare una forma di democrazia diretta e con un capo elettivo, si ricade nella forma della comunità barbarica. In Golding, lo stato di natura è esso stesso ordinamento e forma di Stato: il governo è inteso come necessità di natura, incarnato dal capo del gruppo, a carattere carismatico e la legge è, ormai, la legge del più forte e della cogenza della naturalità.

Lo Stato intravisto ne *Il pedone* è una forma distorta di Stato di Polizia; il potere esecutivo, che si occupa solo della devianza consiste in un governo "neutralmente meccanico" ed incentrato sull'orrore della diversità.

Ne "La lotteria" non si può, a stretto rigore, parlare di una forma di Stato; tutt'al più vi è una generica forma di democrazia diretta, mentre il governo, nell'annuale ricorrenza della scelta del *pharmakòs* è posto nelle mani della casualità, incarnata nell'urna della lotteria, con una sorta di giuridica transustanziazione di un gioco di puro azzardo.

Possiamo allora classificare i fondamenti del diritto nella narrazione della "distopia" come segue: il diritto è mera tecnica di controllo e scompare il riferimento alla giustizia; in tutti gli autori vi è una sorta di preoccupazione e di angoscia per le possibili derive della società in cui vivono; è spesso forte

la critica della società futura intesa come “possibile deriva” del presente; la democrazia scompare ed è sostituita dalla tecnocrazia, forte dei “prodigi della tecnica”. L’ordinamento diviene, nella prospettiva dell’antiutopia, e come sua caratteristica peculiare, tendenzialmente regressivo.

### Conclusioni (provvisorie)

Quello che qui si vorrebbe sottolineare è il carattere di critica radicale delle istituzioni politico-giuridiche che la letteratura della distopia “ri-guarda”, ma trasportando il lettore, nella finzione letteraria, in un futuro prossimo o lontano. La cosa è chiarissima nel romanzo di Orwell nonché ne *Il pedone*; un po’ meno chiara nelle altre opere prese in esame: però in tutte esiste una sorta di “angoscia del futuro” che è indizio di una possibile ansia del (“sul”) presente.

La caratteristica tipica delle opere distopiche, per quanto riguarda il diritto del futuro (e la vita nel futuro), è un radicale pessimismo che, talvolta, sfocia in una sorta di nichilismo giuridico; il diritto è inteso come “la teoria e la prassi” di un potere oppressivo e totalizzante. L’ordinamento della distopia è basato sullo stato di eccezione che inverandosi nella prassi, viene a trasformarsi nello stato di eccezione della, quindi, “terrificante e spaventevole normalità”; lo stato di eccezione della quotidianità diventa, quindi, la maschera di una sovranità schizofrenica, che ha smarrito e perso di vista la propria teleologia (o teologia?) identificando i fini con i mezzi e in un sogno, o in un incubo, di (im) possibile autosufficienza. In definitiva, la visione ideologica della utopia e della antiutopia, in sintesi, prende in considerazione le seguenti possibilità di evoluzione o di “ri-uscita” dell’ordinamento del futuro e cioè:

- 1) la barbarie senza progetto;
- 2) il progetto più barbarie;
- 3) il progetto senza barbarie.

L’utopia prevede (ed auspica) quest’ultima possibilità, la distopia prevede (e non auspica) le prime due. Possiamo solo dire che, in parte, la scelta del futuro è anche basata sulla nostra valutazione del presente e che, in un certo senso, noi stessi siamo gli artefici del nostro futuro prossimo o lontano.

La letteratura dell’antiutopia, allora, diventa una delle armi della critica del “potere e della sovranità snaturata”, che, cioè, ha perso o smarrito la sua vera natura e ne “dis-vela” pertanto il volto e, cioè, scopre il velo di Maya di un diritto che è solo più mero potere tecnico e, come tale, e proprio come tale, indifferente nei confronti di chi ne fruisce o sempre più spesso ne soffre; diventa allora un diritto unicamente autoreferenziantesi.

Il *common core* e il fondamento teorico-ideologico (ma ideologia del “dis-velamento”, e quindi, anti-ideologia), di tutta la letteratura sulla distopia è pertanto, un tentativo, certo più o meno riuscito a seconda della perizia narrativa e dalla sensibilità, anche giuridica, degli autori, di sollevare la maschera del (“sul”) diritto, per farci intravedere e solo intravedere, perché la visione com-

pleta sarebbe per noi insopportabile, il volto di Gorgona del potere: la letteratura della distopia, al di là delle particolari ideologie dei singoli autori, in fondo, è “tutto qui”; ma non crediamo, obiettivamente, che ciò sia da considerarsi cosa da poco.



## **Recensione a *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello stato policentrico* di Domenico Notaro**

Alessandra Bozza

---

Il volume affronta il tema delle Autorità amministrative indipendenti la cui introduzione – avvenuta anche sulla scorta di esperienze straniere – caratterizza il panorama legislativo più recente.

Scopo dell'opera è quello di svolgere un'indagine sulle ipotesi di illecito penale ed amministrativo in cui si riscontra un coinvolgimento dei garanti, al fine di mettere in evidenza gli aspetti problematici legati all'osservanza del principio di legalità e di riserva di legge in particolare.

L'autore prende le mosse da una chiara e scorrevole analisi dell'attuale contesto storico, evidenziando i fattori che avrebbero determinato la proliferazione dei nuovi enti, e fornisce al lettore interessanti spunti di riflessione sulla situazione che il nostro paese sta vivendo.

Notaro afferma, infatti, che l'avvento delle Autorità indipendenti sia da imputare ad una crisi del modello democratico-rappresentativo dello Stato di diritto e ad una perdita di "credibilità" delle sue istituzioni.

Del resto sono, purtroppo, molti i casi in cui è emersa una palese incapacità, sia degli organi del "circuito politico", sia della pubblica amministrazione (ma anche della stessa magistratura) di far fronte ai bisogni nascenti all'interno della comunità.

Gli organi del "circuito politico" troppo spesso sono dominati da logiche partitiche, la pubblica amministrazione dimostra evidenti inadeguatezze tecnico-professionali oltre ad un forte condizionamento politico, e la magistratura, dal canto suo, è dominata da procedure lente che non le consentono di rispondere prontamente in materie che invece richiederebbero un intervento tempestivo e costante.

Le Autorità amministrative sono sorte proprio nel tentativo di porre rimedio a tali inconvenienti.

A seguito del processo di integrazione europea, vi è stato un arretramento dello Stato dal mercato ed è venuto meno il modello di intervento pubblico dirigitico nell'economia.

Per effetto delle determinazioni comunitarie si è infatti diffusa la logica per cui l'intervento pubblico non deve interferire con il mercato, ma deve piuttosto dettare le regole per salvaguardarne la "concorrenzialità", al fine di ottenere, in tal modo, efficienza economica.

Ciò ha sicuramente contribuito a far sorgere la necessità di prevedere diverse e nuove forme di tutela degli operatori sul mercato e degli utenti.

Accanto ai fattori che hanno determinato la nascita delle Autorità indipendenti l'autore mette in luce un altro aspetto importante: la "crisi" in cui versa la legge dello Stato.

Il nostro sistema prevede una Costituzione rigida a tutela di un ordine gerarchico delle fonti normative. Tuttavia, sebbene orientato ad assicurare il primato della legge formale sulle norme di rango secondario, esso contempla varianti che consentono ad atti normativi, pur sorretti da un minor tasso di democraticità, di intervenire con efficacia primaria anche in materie soggette a riserva assoluta di legge.

In particolare, nel corso degli anni, si è verificato un ricorso sempre maggiore a meccanismi di delegificazione innescato dall'investitura di atti di rango secondario al fine di disciplinare settori a connotazione tecnica.

In maniera molto efficace l'autore spiega come il sistema delle fonti tenda sempre più ad orientarsi verso un *continuum* indistinto in cui la legge si combina con fonti secondarie che ne completano la disciplina.

Per questa via si spiega, altresì, come la portata del principio di riserva di legge abbia accusato nel tempo un'erosione: dall'iniziale orientamento contrario a qualsiasi intervento di fonti secondarie si è passati a posizioni decisamente più flessibili.

Anche in materia penale non si afferma più il potere esclusivo del legislatore di assumere determinazioni, ma si consentono apporti integrativi del precetto penale provenienti *ab externo*.

In tale contesto rientra anche il fenomeno delle Autorità indipendenti.

Proprio al fine di valutare gli aspetti problematici legati al principio di legalità e di riserva di legge, lo studioso conduce il suo esame mettendo in luce le caratteristiche che accompagnano queste istituzioni, le esigenze sociali cui esse devono rispondere, i poteri di cui sono dotate.

Viene, altresì, elaborata una rassegna delle fattispecie penali ed amministrative che implicano un intervento delle Autorità evidenziando, con estrema nitidezza, il contributo dei nuovi enti alla descrizione dell'illecito.

Per gli illeciti penali gli enti di garanzia sono chiamati a concorrere a completare la descrizione del precetto, mediante atti regolamentari o provvedimenti amministrativi; per gli illeciti amministrativi, al compito d'integrazione si affiancano quello di qualificazione e sussunzione del fatto sotto la fattispecie tipica e quello di determinazione e irrogazione della sanzione.

Ciò che colpisce, analizzando la rassegna proposta dall'autore, è la discrezionalità dei poteri di cui le Autorità dispongono.

Nel settore della *privacy*, in particolare, si registra il più rilevante fenomeno di etero-integrazione delle fattispecie: al Garante sono affidati compiti pervasivi in sede di qualificazione della disciplina cui accedono illeciti penali oltre che amministrativi.

Nel testo sulla protezione della *privacy*, anche dopo la sistemazione seguita al codice unico (d.lgs. n. 196/2003), rimane elevato il numero di reati che apprestano sanzioni a discrezionali determinazioni del Garante.

Colpisce, inoltre, l'evidente carenza d'indicazioni legislative circa i presupposti e, soprattutto, i contenuti dei provvedimenti che i nuovi enti emanano.

Come noto, l'attribuzione di poteri e compiti alle autorità è stata da molti giustificata affermando la settorialità e la specificità delle cognizioni richieste da taluni settori, e l'impossibilità per il legislatore di effettuare a monte scelte normative che dipendono dalla considerazione di fattori esposti a continui cambiamenti e, dunque, non predeterminabili in astratto.

Tuttavia, la delega conferita alle Autorità è a tal punto ampia da comprendere fenomeni di integrazione che probabilmente sfuggono ad una qualificazione in termini di specificazione tecnica.

Tutto ciò rappresenta un chiaro segno della crisi delle tradizionali istanze rappresentative.

In particolare, ciò che suscita non poche perplessità è che le prescrizioni generali e astratte delle Autorità di garanzia, almeno nei settori in cui manchi una determinazione di legge, pur incarnandosi in fonti di rango formalmente subordinato alla legge, finiscono con l'assurgere al livello di normazione primaria.

Occorre, allora, domandarsi se le ragioni di tecnicità ed efficienza, invocate per spiegare la diffusione delle Autorità indipendenti, possano giustificare un ridimensionamento delle ragioni di garanzia sottese al principio di legalità e di riserva di legge, a loro volta legate a presupposti di rappresentatività democratica delle determinazioni.

A questo proposito l'autore fornisce interessanti suggerimenti.

Sicuramente prevedere attribuzioni precettive e sanzionatorie in capo alle Autorità facilita il perseguimento di esigenze di economicità ed efficienza quando siano in gioco profili tecnici dei quali può meglio occuparsi l'organo di settore.

Certamente anche in materia penale non è possibile fare a meno di apporti integrativi da parte di fonti specifiche le quali, senza dubbio, sono in grado di adattare meglio alle dinamiche concrete la fisionomia del fatto tipico e di rendere più preciso il messaggio generalpreventivo.

Tuttavia, la legge dovrebbe tracciare i parametri cui le Autorità debbano attenersi al fine di ridurre al minimo il loro margine valutativo; in altri termini, il legislatore dovrebbe fissare le linee generali della tutela e rimettere solo gli aspetti di dettaglio agli organi di settore.

Solo stabilendo in maniera sufficiente il criterio di riferimento o il parametro applicativo che la fonte secondaria deve rispettare nella precisazione dell'elemento oggetto del rinvio, sarà possibile evitare problemi sotto il profilo del rispetto del principio di legalità.

Se, invece, il legislatore si limiterà ad invocare parametri insufficientemente determinati non si riuscirà a delimitare la discrezionalità dell'autorità competente e a preservare quel principio.

L'autore mette in evidenza anche un altro problema di non poco rilievo: la dimensione monistica e democratico-rappresentativa dello stato-comunità si

sta trasformando in una dimensione pluricentrica, nella quale al tradizionale binomio stato/cittadino si affianca o si sovrappone un complesso di rapporti più ricco di soggetti e meno fondato sulla contrapposizione.

È in atto un processo di frammentazione della sovranità statale in centri di potere capaci di influire sulle scelte di indirizzo della comunità.

Può quindi legittimamente preoccupare il fatto che siano stati attribuiti compiti e poteri rilevanti a soggetti che non rivestono crismi di rappresentatività elettiva e che, anzi, sono dotati di notevole indipendenza rispetto al governo e agli organi politici.

Il pericolo reale è che il Parlamento venga in tal modo escluso dalla cura di certi settori e che, di conseguenza, la “sovranità” di pochi tecnici esperti si sostituisca alla sovranità popolare.

Come sottolinea Notaro, l'essenza democratica del principio di legalità consiste nella possibilità dei destinatari del precetto di controllare e di correggere l'esito delle determinazioni deputate a tradurre in norme le aspirazioni sociali. In tale prospettiva dovrebbero essere predisposti ulteriori meccanismi legislativi di partecipazione democratica che consentano alla collettività di rendersi conto delle scelte effettuate dalle Autorità indipendenti e di reagire all'eventualità che gli assetti regolati dagli enti di settore non corrispondano al modo di sentire collettivo.

Tale prospettiva *de iure condendo* completa in modo appropriato la puntuale analisi condotta dall'autore, la cui accuratezza merita peraltro di essere segnalata anche in riferimento alle copiose indicazioni bibliografiche contenute nelle note a piè di pagina.



## Notizie sugli autori

### **Francesco Agostinelli**

Avvocato in Livorno.

### **Valentina Bazzocchi**

Avvocato in Bologna. Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso le Università di Bologna e Strasburgo.

### **Alessandra Bozza**

Avvocato in Livorno.

### **Luciana Breggia**

Magistrato

### **David Cerri**

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

### **Paolo Doria**

Avvocato in Vicenza.

### **Rossana Ducato**

Dottore di ricerca in Studi Giuridici Europei e Comparati presso l'Università di Trento

### **Arianna Enrichens**

Avvocato in Torino.

### **Aurelio Gentili**

Avvocato in Roma. Professore ordinario di Istituzioni di diritto civile presso l'Università degli Studi di Roma Tre.

### **Luca Licitra**

Avvocato in Modica.

### **Cesarina Manassero**

Avvocato in Torino. Dottore di ricerca in Diritto pubblico.

### **Maurizio Manzin**

Professore ordinario di Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi di Trento. Presidente del CERMEG - Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica.

### **Alarico Mariani Marini**

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

**Roberto Negro**

Avvocato in Genova.

**Giulio Ramaccioni**

Avvocato. Dottore di ricerca in Diritto civile presso l'Università degli Studi di Firenze.

**Federica Resta**

Dottoressa di ricerca in Diritto penale. Funzionario del Garante per la privacy.

**Umberto Vincenti**

Avvocato in Padova. Preside della Facoltà di Giurisprudenza e professore ordinario di Istituzioni di Diritto romano presso l'Università degli Studi di Padova.



Finito di stampare nel mese di settembre 2012  
da Tipografia Monteserra S.n.c. - Vicopisano  
per conto di Pisa University Press







