

CULTURA E DIRITTI

3

2012

CULTURA E DIRITTI PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista trimestrale • anno I • numero 3 • luglio-settembre 2012

PISA
UNIVERSITY
PRESS

Cultura e diritti : per una formazione giuridica / Scuola superiore dell'avvocatura, Fondazione del Consiglio nazionale Forense. - Anno 1, n. 3 (lug.-set. 2012)-. - Pisa : Pisa university press, 2012-. - Trimestrale.

340 (22.)

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

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

Scuola Superiore dell'Avvocatura

Fondazione del Consiglio Nazionale Forense

Piazza dell'Orologio, 7 - 00186 Roma

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

Sito web: www.scuolasuperioreavvocatura.it

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

Numero chiuso in redazione il 28/11/2012

Hanno collaborato a questo numero: Adelino Cattani, David Cerri, Paolo Doria, Durval de Noronha Goyos, Fausto Giunta, Alarico Mariani Marini, Dario Poto, Federico Puppo, Stefano Racheli, Paolo Sanna, Alexander Schuster, Lucia Tria, 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

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

ISSN 2280-6334

ISBN 978-6741-064-4

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

Indice

Fuoricampo

- 9 Problema avvocato: inseguire il futuro. Se intorno tutto cambia
Alarico Mariani Marini

Formazione giuridica, formazione forense

- 15 “Te l’avevo detto!”
Le osservazioni della Commissione Europea alla Corte di Giustizia
a proposito della mediazione civile italiana
David Cerri
- 21 Il profilo del nuovo avvocato internazionale
Durval de Noronha Goyos
- 25 Un discorso di verità (in margine a un recente libro)
Umberto Vincenti

Argomentazione e linguaggio

- 31 L’errore di chi “giudica”
Stefano Racheli
- 37 Crocefisso sì, crocefisso no. Le reazioni ad una sentenza
Adelino Cattani

Diritti umani e fondamentali

- 51 Quale uguaglianza per gli stranieri extracomunitari?
Lucia Tria
- 61 L’eguaglianza, vettore dell’integrazione europea
Alexander Schuster

Etica professionale e deontologia

- 73 Il fondamento dell’etica professionale
Federico Puppo

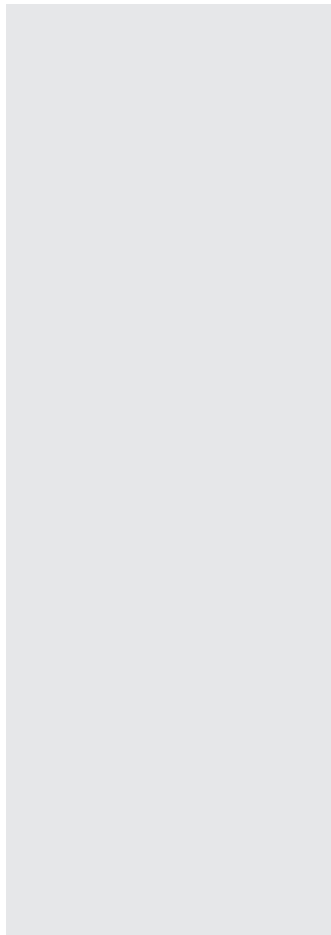
Approfondimenti

- 85 L'avvocato e la famiglia: osservazioni metodologiche e casistiche sulla separazione personale e sulla crisi coniugale - *Parte seconda*
Paolo Doria
- 93 Verso una nuova pericolosità sociale (perennemente in cerca d'autore)
Fausto Giunta

Cultura e professione

- 107 Due figure di Avvocati piemontesi che fecero l'Italia
Angelo Brofferio (1802-1866) e Tommaso Villa (1832-1915)
Dario Poto
- 117 Recensione a *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*,
a cura di Elena Falletti e Valeria Piccone
Alarico Mariani Marini
- 121 Recensione a *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, a cura di Denise Amram e Angela D'Angelo
Paolo Sanna

FUORICAMPO



Problema avvocato: inseguire il futuro

Se intorno tutto cambia

Alarico Mariani Marini

Si può inseguire il futuro conservando il passato? Enzo Biagi avrebbe detto che è come avere l'avvenire dietro le spalle (allora, decenni fa, si riferiva all'Italia).

Per l'avvocato è oggi il problema.

Intorno cambia il diritto, l'economia, la società, l'etica individuale e collettiva, la comunicazione, mentre il Paese affonda nello sperpero del pubblico denaro, nella corruzione, in una beffarda illegalità, nelle violazioni dei diritti umani e nel dissesto della giustizia.

Vi è il richiamo ad uno sforzo comune, soprattutto da parte di chi, persona o gruppo, rivesta una rappresentatività o un rilievo sociale, ognuno sul proprio terreno che è parte del terreno di tutti; il terreno dell'avvocato è la giustizia e il diritto, il legame con gli altri è la responsabilità sociale, nella quale oggi anche autorevoli economisti scorgono una delle condizioni per uscire dalla crisi.

Tuttavia, in questo scenario l'avvocato, demotivato e rassegnato, si racchiude nella illusoria risorsa di un passato elitario archiviato dalla storia, al punto da non avvedersi di un futuro nel quale è già costretto a vivere e ad operare, come il paladino Orlando che seguiva a combattere ed era morto.

Il tempo delle "nicchie alte" dell'avvocatura è trascorso quasi da un secolo, la legge professionale del 1933 è un dinosauro, ma ancora vi siamo adagiati, mentre dobbiamo misurarci con una incontrollata inflazione di iscritti, con il declino della qualità, con l'accidia disciplinare, che hanno risvegliato i peggiori riflessi: deriva demagogica, indifferenza per i giovani, e, soprattutto, la protesta che si risolve in una residuale conservazione dell'esistente.

La società, l'opinione pubblica, i media guardano e giudicano, mentre i gruppi che contano immaginano come piegare una professione, comunque necessaria, al servizio dell'economia e del profitto, cioè di un sistema che ha dato sinora il peggio di sé ma è ancora rappresentato come la sola via di uscita da questo modello zoppicante di finanza globale.

Gli interventi sulla professione del governo "tecnico" riflettono questa monomania di asservimento di ogni sapere al mercato che stride con una radice identitaria dell'avvocato fatta di cultura, di indipendenza, di difesa dei diritti di tutti. Ma sono interventi che soddisfano, a loro modo e con una certa dose di approssimazione, una esigenza reale che è quella di sostituire modelli obsoleti che sinora nessuno ha dimostrato di voler rimuovere.

E così il potere ha messo la mano sugli avvocati, un po' alla cieca, un po' interpretando i propri spiriti, che sono quelli di un sistema da alcuni definito come

un nuovo feudalesimo nel quale «è determinante il dominio dell'economia sulla vita pubblica e sui diritti e soprattutto la confusione tra ricchezza e autorità», che sottrae sovranità allo Stato e alle sue istituzioni democratiche ridotte ad esecutori di politiche economiche, monetarie e sociali decise da altri (Guido Rossi).

* * *

E gli avvocati? Ovviamente protestano.

È a volte giusto e legittimo dire di no, ma non si può dire sempre di no. Quando la realtà ti spinge al cambiamento, a rimuovere modelli consunti, a inserirti costruttivamente in un progetto globale per il futuro, a dare nuove risposte a nuovi problemi, al rifiuto di una soluzione è doveroso unire una proposta alternativa coerente alla realtà, non anacronistica, che tenga anche conto del punto di vista degli altri.

È stato scritto l'elenco dei "no" degli avvocati: no sulle tariffe, sul potere disciplinare, sulle soluzioni per eliminare l'arretrato giudiziario, sulla mediazione, sulle circoscrizioni giudiziarie, sulle società professionali miste, sulla semplificazione dei riti e via dicendo. Certo, si tratta di accuse viziate da semplicismo sbrigativo e polemico, ma se è questo che viene percepito dall'opinione pubblica una ragione ci deve pur essere.

Vi sono anche voci fuori dal coro della piazza, dai cortei contro, dai fuochi di artificio di certe assemblee e di certi congressi, e vi sono anche esempi di ragionevolezza; ad esempio, il Consiglio nazionale forense ha tentato di aprire un dialogo che ponesse riparo alla grandinata riformista che si è abbattuta sulla professione, ma se non si ha il coraggio di uscire dal coro, e purtroppo si è rimasti nel coro, è difficile far sentire la propria voce, ed è inevitabile non riuscire a distinguersi nella falsa unità dei congressi e confondersi nel tumultuoso rumoreggiare della protesta che non riesce ad esprimere una civile dignità ed una responsabile e costruttiva partecipazione.

E così nel migliore dei casi ci si trova messi all'angolo su posizioni difensive, che sono sterili perché non sono in grado di esprimere un valore sociale percepito dalla comunità, e si è inesorabilmente risucchiati nel gorgo di un corporativismo fuori tempo e senza futuro.

* * *

Ci sono alternative? Modelli culturali, organizzativi, etici nella professione debbono restare immutati se intorno, nella società, tutto è cambiato?

Se si ha la pazienza di leggere il conciso ma significativo preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, alla quale il trattato di Lisbona ha riconosciuto il valore giuridico di legge sovraordinata in crescente espansione nell'ordinamento interno, vi si colgono le linee essenziali di un progetto, non solo giuridico, per il futuro. Un progetto europeo che, sebbene

oggi ostacolato dalla crisi economica e da rigurgiti di egoismi nazionalisti, è un richiamo soprattutto per chi, come l'avvocato, si proclama difensore dei diritti di tutti e portatore di un ruolo di rilievo pubblico.

La Carta riconosce i diritti fondamentali come espressione di valori comuni, la cui efficacia giuridica poggia su fondamenti morali, li indica come fattore che concorre all'evoluzione della società, al progresso sociale, e richiama inoltre tutti alle responsabilità e ai doveri che sorgono da questi diritti, verso gli altri, verso la comunità umana, verso le future generazioni.

Guardando fiduciosi a questa nuova frontiera si può cominciare ad immaginare una linea alternativa anche all'interno della professione: ad esempio, investendo, più e più di quanto fatto sinora, nella qualità non solo tecnica ma culturale e sociale nella formazione dei giovani e nella formazione continua, attuando una presenza responsabile nelle commissioni di esame e in ogni altra sede, esercitando il potere disciplinare come dovere di difesa della società e non come ottusa protezione della categoria, per affermare in controtendenza al potere tecnico che l'etica professionale costituisce una precondizione per esercitare la professione, che si può pretendere che dica il legislatore.

Ma per compiere queste scelte occorre innanzitutto liberarsi da un sistema dell'avvocatura parcellizzato e dispersivo, fatto di frazioni in perenne fibrillazione.

Come per la novizia manzoniana scomparsa dal convento di Monza se anziché cercare lontano si scavasse vicino vi sarebbero maggiori probabilità di risolvere i molti problemi.

* * *

L'organizzazione dell'avvocatura è infatti rimasta quella che Francesco Carrara denunciò inutilmente oltre un secolo fa. Centosessantacinque ordini (ora ridotti dalla riforma), sinora centri decisionali autonomi nella disciplina, nella formazione, nell'interpretare il ruolo dell'avvocatura, attorno ai quali si agitano decine di associazioni settoriali che si sovrappongono tra loro sui temi di carattere generale per contendersi primati di rappresentatività, e un organismo nazionale assediato da ogni parte per ridurne i suoi pur limitati poteri e del quale si propongono alternative di più agevole accesso per i tanti aspiranti in lista di attesa.

La contestazione dei poteri rappresentativi degli organi istituzionali agita inutilmente nell'avvocatura, da decenni ed ancora oggi, acque già mosse da ben altri venti di tempesta.

È il momento di immaginare un sistema meno dispersivo, nel quale sia chiaro chi rappresenta tutti gli iscritti agli ordini in quanto tali e chi rappresenta soltanto i propri associati, chi è istituzionalmente chiamato a tutelare interessi generali e chi ha liberamente scelto di organizzare e rappresentare interessi settoriali, chi ha veste pubblica e chi ha veste privata.

Le molte voci sono importanti, ma poi ci deve essere una sintesi nell'interesse generale, diversa dal ring congressuale, altrimenti vi è, e sinora vi è stato, solamente disordine, in una confusa ossessione di protagonismo dove tutti vogliono parlare di tutto a tutti in nome di tutti, ma nessuno li ascolta perché molte voci che si sovrappongono sono soltanto rumore.

Da qui ci si può volgere all'esterno con qualche credibilità, per interpretare l'interesse dei cittadini alla attuazione dei principi della Costituzione e dello Stato di diritto in un paese crocifisso dalla corruzione, dai profitti illeciti, dalle diseguaglianze, dagli intrighi di Stato, dalle violazioni dei diritti dei cittadini senza potere e dei diversi, di chi non conosce i propri diritti inviolabili e di chi, conoscendoli, non ha mezzi e condizioni per farli valere; ma sono vizi curabili in una democrazia se da più parti emerge la volontà di porvi rimedio.

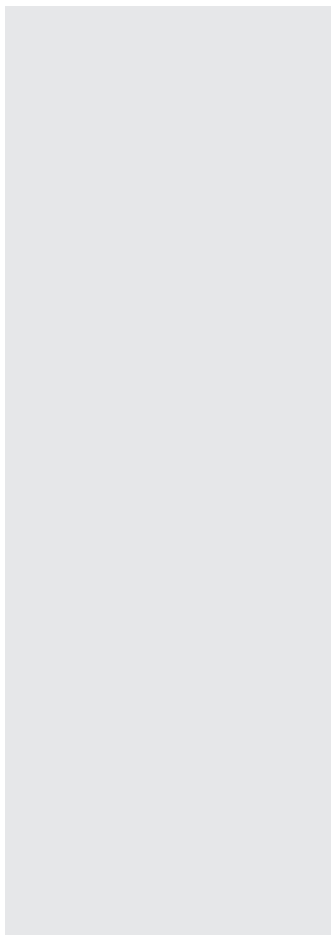
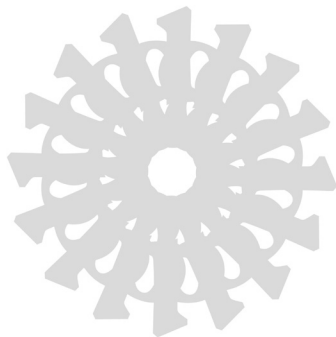
Su questi problemi soprattutto l'avvocato una volta tanto si interroghi nelle molte, troppe assemblee e negli immancabili congressi, e dia a se stesso una coscienziosa risposta su ciò che l'avvocatura non ha fatto e avrebbe potuto fare se non si fosse logorata in conflitti intestini nel recinto della categoria, e non avesse troppo spesso avuto il timore di comprometersi, di uscire allo scoperto sui problemi degli altri.

Oggi l'avvocatura ha una grande risorsa di energie che non riesce ad esprimere, sono i giovani, sono le donne, e sono gli avvocati che stanno fuori dal coro, tutti ancora ingabbiati in un modello professionale irrigidito e infecondo, ma implacabile con chi pretende di metterlo in discussione: un modello che produce conformismo e spegne creatività.

Si può cominciare dunque, se si vuole, ad allontanare dal tempo che verrà il fantasma dell'avvocato senza qualità, di un avvocato servente anziché garante del cittadino e della società.

Ma il tempo è già qui e se si vuole si può.

**FORMAZIONE GIURIDICA,
FORMAZIONE FORENSE**



“Te l’avevo detto!”

Le osservazioni della Commissione Europea alla Corte di Giustizia a proposito della mediazione civile italiana

David Cerri

È Gore Vidal, il brillante e caustico scrittore statunitense, recentemente scomparso, ad aver scritto che le quattro parole più belle della lingua inglese sono: «*I told you so*».

Esse tornano irresistibilmente di attualità grazie alle osservazioni formulate dalla Commissione Europea (come previsto dall’art. 23, c. 2, dello Statuto della Corte di Giustizia) nel procedimento aperto in seguito alle questioni pregiudiziali poste dal Giudice di Pace di Mercato S. Severino con suo provvedimento del 21 settembre 2011, con riferimento alla Direttiva 2008/52/CE, alla quale si richiama l’art. 60 della legge n. 69/2009 e della quale il d.lgs. n. 2/2010 ha costituito l’attuazione¹.

Le questioni di cui non ci occuperemo, per quanto comunque interessanti, concernono la facoltà per il giudice di dedurre argomenti di prova dalla mancata e ingiustificata partecipazione al procedimento di mediazione (e di condannare per il medesimo motivo al pagamento di una somma pari al contributo unificato: “nuovo” c. 5 dell’art. 8 d.lgs. n. 28/2010, come risultante dall’integrazione disposta dall’art. 2, c. 35-*sexies*, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. dalla l. 14 settembre 2011, n. 148); il ritardo “sostanziale” determinato dalla dilazione di quattro mesi nelle ipotesi di mediazione obbligatoria (questioni entrambe risolte negativamente dalla Commissione); l’onerosità del procedimento, sempre nei casi di mediazione obbligatoria (che si è ritenuta in linea di massima violare la Direttiva, lasciandosi però al giudice nazionale la valutazione della “sproporzione” dei costi rispetto all’obiettivo di una composizione più economica delle controversie).

Quella che invece ci interessa era stata posta poco prima, più o meno negli stessi termini, anche dal Tribunale di Palermo, sez. Bagheria, con ordinanza del 16 agosto 2011², ed è articolata mediante la ricostruzione del cortocircuito determinato dal collegamento delle “sanzioni” (termine che è la Commissione a virgolettare) economiche previste dal d.lgs. n. 28/2010, alla possibilità che il

¹ Il parere del 2 aprile 2012 (est. M. Wilderspin e F. Moro) si legge, insieme all’ordinanza di rimessione, sul sito del Laboratorio Lider-Lab della Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa, <http://www.lider-lab.sssup.it/lider/it.html>.

² Trib. Palermo, sez. Bagheria, 16.08.2011, in *Guida al Diritto*, 43/2011, p. 18.

mediatore possa (o addirittura debba) formulare una proposta anche senza il consenso delle parti, ed anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento.

Il giudice rimettente aveva posto quali parametri di riferimento gli art. 6 e 13 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo (rispettivamente sul diritto ad un equo processo ed a un ricorso effettivo dinanzi al giudice nazionale: riferimenti che sono rimasti estranei al lavoro della Commissione), ed all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (c.d. Carta di Nizza) che assicura il diritto ad un ricorso effettivo dinanzi a un giudice.

La Commissione fa precedere l'esame della ricevibilità delle questioni da una puntuale ricostruzione del diritto dell'Unione (con un esteso richiamo dei considerando della Direttiva cit., e la ormai consueta considerazione che l'originario ambito transfrontaliero della normativa europea non costituisce ostacolo alla sua applicabilità alle legislazioni interne) e della normativa nazionale; la ricevibilità è quindi ritenuta sulla base della consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo la quale la competenza della Corte si estende anche alle questioni vertenti su fatti estranei al campo di applicazione del diritto comunitario, quando questo sia stato reso applicabile dal diritto nazionale (come infatti è avvenuto a proposito della Direttiva 52/2008/CE in virtù del d.lgs. n. 28/2010), non senza superare qualche incertezza, sorta sotto il profilo della pertinenza delle questioni rispetto alla risoluzione della controversia principale, col richiamo alla presunzione di pertinenza che si deve riscontrare ogni qualvolta si tratti di interpretare il diritto dell'Unione (cfr. § 38/52).

Chiarite queste premesse, l'analisi della Commissione muove da un punto fermo, sul quale già concordavano tutti i commentatori.

Esso è costituito dalla volontarietà del procedimento intesa come requisito essenziale dell'istituto, temperata dalla possibilità per il legislatore nazionale di prevedere incentivi e sanzioni per il ricorso alla mediazione, nonché la stessa obbligatorietà, giustificata dall'obiettivo di realizzare fini di interesse generale come quello di una composizione più rapida delle liti, come riconosciuto dal c. 2 dell'art. 5 della Direttiva 2008/52/CE; sono infatti ben presenti alla Commissione l'avallo già dato dalla Corte di Giustizia europea (sentenza 18.3.2010 nei proc. C-317/320 2008³) giusto a proposito della normativa italiana in materia di telecomunicazioni, ritenuta non costituire un intervento sproporzionato ed inaccettabile tale da ledere la sostanza dei diritti garantiti, ed anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 sull'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri [2011/2026(INI)].

Che la volontarietà costituisca un tratto fondamentale della mediazione è considerazione sulla quale non vi è dissenso, né nelle esperienze dei Paesi che

³ In *Foro it.*, IV/2010, con il commento di G. ARMONE - P. PORRECCA, *La mediazione civile nel sistema costituzional-comunitario*, p. 372.

da tempo vi ricorrono, né nella prospettiva comunitaria, né, infine, nei commenti alla nuova normativa italiana.

Un rinnovato e forte impulso nel senso della facoltatività delle procedure alternative è da ultimo contenuto nella proposta di direttiva formulata nel novembre 2011 dal Parlamento europeo e dal Consiglio sulle controversie dei consumatori, frutto di vaste consultazioni (2011/0373 (COD))⁴.

Dove la Commissione coglie veramente nel segno, però, è nell'individuare in un fine deflattivo ("meramente" deflattivo, preciserei) la *ratio* generale della normativa delegata, al di là di posticci richiami ai più alti scopi di giustizia delle procedure alternative, traditi nei fatti; e non voglio in questa sede porre il quesito se «l'abuso del diritto alla tutela giurisdizionale» al cui contenimento secondo la relazione illustrativa al d.lgs. n. 28/2010 la normativa è espressamente diretta «possa essere legittimamente e genericamente visualizzat[o] a termini dell'ordinamento nazionale vigente», come ha rilevato il TAR Lazio nella nota ordinanza del 12 aprile 2011 con cui ha sollevato diverse questioni di legittimità dinanzi alla Corte Costituzionale⁵.

Non è interessato (e non interessa tuttora) al nostro legislatore il "valore aggiunto" dalle procedure di mediazione alla composizione delle controversie, che trova la sua origine nel carattere contrattuale e quindi volontario⁶, e che si può constatare con facilità analizzando le risalenti esperienze di altri ordinamenti; non interessano le chiare indicazioni della stessa Direttiva per una conciliazione di tipo "facilitativo": o meglio, i proclami di principio cedono il passo ad una serie di meccanismi che mirano all'unico scopo di abbattere il contenzioso giudiziale, costi quel che costi. Non di diritti né di soddisfazione delle parti (si potrebbe dir di più: non di miglioramento dei rapporti sociali) si è curato il legislatore del 2010, ma di risparmi per le casse dello Stato, intento indubbiamente coltivato anche da quello del 2011 e del 2012.

L'attenzione della Commissione si è concentrata proprio su uno di quei meccanismi, quello che costringe le parti ad un accordo (se ci si perdona l'ossimoro) sommando l'effetto "stravagante" della facoltà per il mediatore di formulare spontaneamente una proposta con le sanzioni economiche previste per la sua mancata accettazione. Stravagante è termine etimologicamente corretto, nella specie, perché il legislatore delegato ha veramente "vagato fuori" dalla Direttiva,

⁴ V. i commenti di V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in *Rass. forense*, 2011, pp. 319 ss.

⁵ L'ordinanza si legge in *Corriere giuridico*, 2011, pp. 1001 ss., con nota di I. PAGNI.

⁶ Simili accenti in R. CAPONI, *Mediazione: il quadro delle ultime novità*, in *Foro it*, V/2011, pp. 198 ss.; F.P. LUISSO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Giusto processo civ.*, 2011, p. 325 e www.judicium.it; ID., *L'arbitrato e la mediazione nella esperienza contemporanea*, in *Quinto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, a cura di ISDACI (2012), pp. 147 ss. (e-book scaricabile dal sito www.isdaci.it). Sulla conciliazione-contratto tra gli altri M. BOVE, *L'accordo conciliativo*, in *Società*, 2012, p. 82 e www.judicium.it.

che «non dovrebbe applicarsi... ai procedimenti gestiti da persone od organismi che emettono una raccomandazione formale, sia essa legalmente vincolante o meno, per la risoluzione della controversia» (Considerando 11), pregiudicando nel contempo il rispetto di un altro carattere essenziale, quello della riservatezza⁷ (profilo peraltro sul quale le Osservazioni sono meno critiche: cfr. § 61).

Oggetto dell'attenzione è quindi la compatibilità con la Direttiva del meccanismo punitivo previsto dal c. 1 dell'art. 13 del d.lgs. 28/2010, secondo il quale se il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente alla proposta redatta dal mediatore, alla parte vincitrice che l'abbia rifiutata non è concessa la refusione delle spese processuali e di mediazione successive alla proposta⁸ (con l'aggravio della condanna al versamento allo Stato di un'ulteriore somma pari al contributo unificato dovuto); mentre il c. 2 prevede che se la decisione non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, «se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni», da motivare espressamente, può comunque escludere la ripetizione delle spese. Da aggiungere, oggi, un'ulteriore conseguenza negativa che giudice rimettente e Commissione non hanno potuto prendere in considerazione: vale a dire l'impossibilità di ottenere l'«equa riparazione» di cui alla legge 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto), grazie all'estensione prevista dall'art. 55 del c.d. decreto sviluppo 2012 (d.l. 22 giugno 2012 conv. in l. 7 agosto 2012 n. 134).

La Commissione sottolinea – dopo aver ribadito che il procedimento si caratterizza proprio per la «ricerca di un accordo spontaneo con la semplice assistenza del mediatore» (§ 66 che richiama l'art. 3, lett. a) della Direttiva ed il decimo e il tredicesimo considerando), e pur nella consapevolezza della riserva affidata ai legislatori nazionali sulla possibile obbligatorietà del ricorso alla mediazione – che se il tentativo di conciliazione può esser reso obbligatorio, mai si potrà dire altrettanto dell'accordo: le parti infatti (recita il tredicesimo considerando) devono poter porre fine al procedimento in qualsiasi momento. Se pertanto nelle ipotesi di mediazione facoltativa la questione non sorge neppure (perché è appunto in facoltà delle parti ricorrere subito al giudice), la coercizione determinata dai meccanismi ricordati è invece incisiva qualora il ricorso alla mediazione sia reso obbligatorio. Se è infatti vero che per la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia (il rimando è alla menzionata sentenza del 18.3.2010) i diritti fondamentali possono soggiacere a restrizioni per motivi di interesse generale, gli interventi non possono però mai essere «sproporzionati ed inaccettabili»; e se quindi è certamente lecito cercare di ridurre i tempi della giustizia, è tutto da dimostrare che l'ulteriore elemento di coercizione co-

⁷ Sia consentito il rinvio a D. CERRI, *Di cosa parliamo quando parliamo di... mediazione*, in *Diritto e formazione*, 3/2010, pp. 347 ss.

⁸ Quando sarebbe bastato il riferimento all'art. 91 c.p.c., come suggeriva il Consiglio Nazionale Forense: v. l'estratto dal verbale della Commissione per lo studio e le riforme del codice di procedura civile del 29 ottobre 2009, nel sito istituzionale www.consiglionazionaleforense.it.

stituito dai costi della “punizione” agevoli il raggiungimento di tale obiettivo (e chi scrive pensa, meno diplomaticamente della Commissione, che è anzi vero il contrario). La realtà è che «tale misura sembra idonea a realizzare principalmente l'effetto deflattivo del contenzioso, effetto che seppure legittimo non può tuttavia esser disgiunto dall'obiettivo della risoluzione più rapida delle liti, ovvero quello perseguito nell'interesse delle parti» (§ 78): *quod erat demonstrandum...* con buona pace dell'ottimismo della volontà di alcuni autori, che in linea generale minimizzano la questione dei costi della mediazione⁹.

La conclusione formale del parere sul punto è quindi che «La direttiva 2008/52/CE, letta alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, osta ad una normativa nazionale, come quella italiana, che assortisce il procedimento di mediazione di tipo obbligatorio di sanzioni economiche in grado di incidere sulla libertà delle parti di porre fine al procedimento di mediazione in qualsiasi momento e pertanto di limitare, in maniera sproporzionata, l'esercizio del diritto d'accesso al giudice».

Il mercato ha del resto già risposto, dopo che da più parti era stato segnalato come l'unica soluzione corretta sarebbe stata quella di prevedere la richiesta concorde dei partecipanti perché il mediatore possa formulare la proposta (ma per il nostro legislatore, anche se la cosa spinge al sorriso, la proposta può essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento... d.m. 180/2010, art. 7, cui ha poi fatto un convinto riferimento la Circolare del 4 aprile 2011¹⁰; e del resto non manca neppure chi è più realista del re, come quel giudice di merito che non ha esitato addirittura a sindacare la scelta dell'organismo di mediazione¹¹); praticamente nessun

⁹ Come G. ARNONE - P. PORRECA in *Costi della mediazione tra dubbi di costituzionalità e giustizia coesistenziale*, in *Foro it.*, V/2011, pp. 205 ss.; eppure quell'Europa tanto spesso invocata a sproposito ha ben presente come queste procedure – in particolare quelle che coinvolgono i consumatori – dovrebbero essere tendenzialmente gratuite: cfr. la già ricordata proposta di direttiva 2011/0373, e soprattutto le considerazioni svolte a luglio 2012 al suo riguardo dalla Commissione del Parlamento europeo per il mercato interno e la protezione dei consumatori (IMCO), leggibili anch'esse sul sito del Laboratorio Lider-Lab della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa. Sul profilo dell'onerosità v. anche l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale del Trib. Genova, 18.11.2011, in *Nuova giur. ligure*, 2012, p. 47 ss. con nota di C.M. GALIMBERTI.

¹⁰ A. SANTI (commentando l'art. 11 del d.lgs. n. 28/2010 in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di M. BOVE, CEDAM, Padova 2011, pp. 282-283) parla di «vera e propria aberrazione». In linea generale parlano di “ambiguità” della normativa G. ALPA - S. IZZO in *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso*, nel *Quinto rapporto ISDACI*, cit., pp. 161 ss.

¹¹ Trib. Vasto 8 luglio 2012, in www.ilcaso.it: nel provvedimento – più abnorme che illegittimo – si legge che le parti dovranno rivolgersi ad organismo «a condizione che il regolamento dell'ente non contenga clausole limitative della facoltà del mediatore di formulare una proposta conciliativa, subordinandone – in particolare – l'esercizio alla condizione della previa richiesta congiunta di tutte le parti»: Gesù, fate luce!

Organismo di mediazione ha adottato regolamenti di procedura che prevedano quella insindacabile facoltà del mediatore, così seguendo le indicazioni formulate tra i primi dal Consiglio Nazionale Forense, con la Proposta di Regolamento unitario per gli Organismi di mediazione costituiti dai Consigli dell'Ordine degli Avvocati (che aveva individuato le sole comprensibili eccezioni per i casi di in materia di responsabilità civile automobilistica e medica¹²), così come dalla dottrina maggioritaria¹³.

¹² La Proposta è consultabile sul sito istituzionale <http://www.consiglionazionaleforense.it>.

¹³ Per tutti M. BOVE, *Mediazione civile: una disciplina poco liberale che richiede una visione legata agli interessi*, in *Guida al diritto*, 13/2010, pp. 11 ss.

Il profilo del nuovo avvocato internazionale*

Durval de Noronha Goyos

La pratica del diritto del commercio internazionale è complessa e richiede la conoscenza e la sensibilità per alcuni aspetti di carattere sociologico, economico, storico e culturale, in aggiunta alla conoscenza dei più specifici settori legali. Questi comprendono, naturalmente, i fondamenti di base del diritto internazionale pubblico, senza il quale la navigazione nelle acque infide del conflitto di leggi e delle diverse leggi nazionali diventerebbe un'impresa molto ardua. E allora, è essenziale che il "giocatore" abbia una laurea nazionale in giurisprudenza e l'ammissione alla professione legale nel suo paese. Questi due requisiti devono poi essere integrati dalla conoscenza di sistemi giuridici diversi. L'avvocato internazionale diventerà senza dubbio completo dopo qualche esperienza pratica nella risoluzione di controversie internazionali, sia dinanzi a un tribunale nazionale che negli arbitrati internazionali. Attenzione, però: questo processo di apprendimento è continuo e dipende molto dalle trasformazioni socio/economiche e politiche che gli Stati subiscono nel corso del tempo.

Tuttavia, tradizionalmente la formazione di un avvocato internazionale ha assunto un approccio etnocentrico, derivante da un'arroganza culturale che lascia la professione in questione senza le risorse necessarie per affrontare le nuove realtà del mondo. Per esempio, un recente studio¹ condotto da una società di consulenza, Leaders in Excellence Partners, ha confermato la predominanza del modello anglosassone. Il ritratto disegnato per lo studio fa riferimento ad un modello ideale che prevede, *inter alia*, una formazione legale duale (paese di origine più LLM), esperienza nel sistema giudiziario e in uno studio legale internazionale e familiarità con l'ambiente economico anglosassone.

Dal punto di vista economico, questo punto di vista era in parte giustificato fino al 1985, quando l'economia degli Stati Uniti d'America rappresentava il 37,5% del prodotto interno lordo globale. Tuttavia, da un punto di vista strettamente giuridico, la maggior parte dei paesi del mondo, compresi gli Stati comunisti come l'URSS, hanno adottato il modello di diritto codificato, piuttosto che variazioni del diritto inglese. Inoltre, il diritto internazionale pubblico è stato sviluppato solo in forma codificata, per mezzo di trattati.

* Il testo riproduce parte della lezione *Understanding International Legal Practice in a Global Law Firm*, tenuta nell'ambito della Scuola di dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei, Università di Trento, 17 maggio 2012.

¹ www.legalteam-solutions.com/legal-departments-and-law-firms (11 maggio 2012).

La situazione oggi si presenta sotto una luce completamente diversa. Gli Stati Uniti rappresenteranno alla fine del 2012 meno del 20% del PIL mondiale, praticamente lo stesso del gruppo dei paesi del BRIC². Secondo il Fondo Monetario Internazionale (FMI), l'economia cinese supererà quella degli Stati Uniti entro il 2016. L'economia brasiliana ha superato l'economia britannica nel 2011 e supererà la Germania nel corso dei prossimi anni.

La Cina è ormai diventato il più importante partner commerciale della maggior parte dei paesi del mondo e rimarrà in tale posizione per molti anni a venire. La Cina è stata il principale partner commerciale del Brasile per 4 anni consecutivi e negli ultimi due anni è stato il principale investitore in questo paese. Nel 2011, il Brasile ha ricevuto circa 70 miliardi di dollari in investimenti esteri diretti, mentre la Cina ha ricevuto 110 miliardi di dollari.

Di conseguenza, seguendo le nostre proiezioni interne, dodici anni fa i soci del Noronha Advogados hanno deciso di spostare il focus strategico della società dai paesi sviluppati a quelli in via di sviluppo. A quel tempo, lo studio legale aveva uffici internazionali negli Stati Uniti (due), nel Regno Unito (UK) (uno), in Portogallo (uno) e in Argentina (uno). Abbiamo deciso di chiudere uno degli uffici negli Stati Uniti (Los Angeles) e di aprire due sedi in Cina (la prima 11 anni fa), una nell'Africa del Sud e una in India. Le strutture restanti sono state mantenute.

Allo stesso modo, ritengo che gli avvocati internazionali dovrebbero adottare strategie individuali di carriera per il medio e lungo termine seguendo la realtà del mercato. Il campo di azione sarà il diritto internazionale pubblico o privato? Nel primo caso, l'avvocato desidera agire come agente governativo o come professionista privato che assiste gli Stati o enti di diritto internazionale pubblico?

Se l'area sarà il diritto internazionale privato, quale sarà il focus geografico di azione? Quali saranno i campi? Lo sviluppo professionale sarà in direzione della consulenza interna all'azienda o dell'avvocato indipendente? Le attività del professionista riguarderanno il contenzioso o la consulenza? In quest'ultimo caso, quale sarà la specializzazione?

Tornando al punto dei modelli giuridici istituzionali, il Brasile ha sempre adottato la legge codificata, in primo luogo dal sedicesimo secolo come colonia portoghese e dopo l'indipendenza, nel 1822, come paese sovrano. Una situazione simile si riscontra in tutta l'America Latina. D'altra parte, la Cina ha adottato una legislazione codificata dalla proclamazione della repubblica, nel 1911, quale sistema che sostituisce il confucianesimo, che è stato la legge generale del paese per oltre due millenni.

Pertanto, perché paesi come Argentina, Brasile e Cina dovrebbero ricorrere alle variazioni del diritto inglese, a volte indicato come diritto anglosassone, nei

² Il PIL della Cina è stimato per il 2012 a circa 7 trilioni di dollari, del Brasile a 2,5 trilioni, della Russia a 2 trilioni, dell'India a 2 trilioni.

loro rapporti commerciali internazionali? Questa situazione, tuttavia, sembra essere diversa rispetto alla lingua inglese, uno strumento di comunicazione più accessibile e oggi mezzo indispensabile per i rapporti di diritto internazionale.

Lo stesso ragionamento sembra essere applicabile alle relazioni tra i paesi in via di sviluppo in generale e anche tra questi ultimi e i paesi europei. Sia l'Unione Europea che i singoli paesi dell'Europa continentale adottano una normativa codificata. Lo stesso vale per gli altri paesi del BRIC, tra cui l'India, che ha una Costituzione scritta molto estesa. La liberazione dal colonialismo culturale è benvenuta, ma per gli studi legali pratiche commerciali efficaci e dirette sono ancora meglio.

Ho fatto riferimento all'inizio di questa presentazione alla conoscenza del diritto pubblico internazionale, come prerequisito della formazione dell'avvocato internazionale di oggi, perché fornisce anche la componente etica fondamentale che è necessaria nelle relazioni d'affari internazionali. Senza tale componente etica, molto spesso le transazioni con i paesi in via di sviluppo non saranno possibili. Non è mai superfluo ricordare che l'etica e la legge devono sempre camminare insieme.

L'elemento culturale, anch'esso accennato in apertura, è importante. La conoscenza delle lingue fornirà elementi per una migliore comprensione di una società, di un ambiente imprenditoriale e del sistema giuridico. Molti errori si possono evitare in questo modo, e non ho bisogno di ricordare che gli avvocati non hanno molto margine di errore professionale. Informazioni sulla storia di un determinato paese spiegheranno molte leggi e idiosincrasie del rispettivo sistema giuridico.

L'esperienza nella risoluzione delle controversie permetterà all'avvocato internazionale di agire in questo settore in espansione, che cresce in proporzione allo sviluppo delle relazioni economiche internazionali. E consentirà anche all'avvocato di consigliare il cliente sul conflitto di leggi e sul forum shopping, un problema che si pone molto spesso nelle relazioni commerciali internazionali.

La conoscenza delle pratiche contabili e la capacità di leggere un bilancio può rivelarsi essenziale in materia di diritto societario internazionale, fiscale e del lavoro, di fusioni e acquisizioni, nonché nel settore del *commercial banking*. Com'è fatto un bilancio in Messico? E in India? Quali sono le regole contabili in Cina?

Per coloro che sono coinvolti nel mondo da incubo delle banche di investimento, la comprensione delle attuali pratiche di mercato e dei prodotti finanziari è essenziale. Pertanto, il professionista legale nel settore deve sforzarsi di conoscere il mondo etero dei derivati, per limitarsi ad un solo esempio. Oggi più di 10 volte il PIL mondiale è espresso in derivati, un casinò dove tutto è permesso, con gravi implicazioni giuridiche ed economiche.

Per concludere, devo dire che, in base alla mia esperienza di quasi 40 anni come avvocato internazionale, il nostro processo di apprendimento è continuo. La legge cambia come le società, i regimi politici e gli Stati. Nuovi campi del dirit-

to, come quello di Internet, appaiono. Le Costituzioni cambiano. I governi sono sempre alla ricerca di maggiori entrate fiscali. Nuove leggi sono emanate, altre revocate, in alcuni casi con un miglioramento, in altri con un peggioramento.

Nel mio tempo, ho accompagnato i cambiamenti drammatici nel diritto cinese, da quelli della Rivoluzione Culturale tra il 1966 e il 1976, a quelli della Primavera di Deng Xiaoping, alla modernizzazione di alcune delle 9.000 nuove leggi e regolamenti entro la data di adesione della Cina all'Organizzazione Mondiale del Commercio nel dicembre del 2001. Ho visto il limitato lavoratore giuridico dello Stato trasformarsi in avvocato moderno, nei primi anni '90.

Negli anni Ottanta, il processo di democratizzazione è stato consolidato in Brasile e Argentina, dove centinaia di avvocati perirono per resistere alla dittatura militare. Ho anche visto la caduta del comunismo nell'Europa orientale e la fine dell'URSS nel 1991 con il trattato di Alma Ata e le trasformazioni che ne sono derivate.

Nel 1994, la democrazia è stata introdotta in Sudafrica in un processo guidato da quel formidabile statista che ha studiato come avvocato, Nelson Mandela. Nel mese di ottobre dello scorso anno, ho visto la professione legale inglese degradata, declassata e prostituita in una sorta di parodia della banca d'investimento. Quest'ultima è certo molto lontana da un modello ideale di decenza.

Ora devo confessare che quasi tutte le leggi che erano in vigore quando mi sono laureato in giurisprudenza nel 1974 sono state modificate. Anche il Codice del Vaticano di diritto canonico è una novità per me. Solo la non scritta Costituzione inglese rimane immutata in una densa nebbia legale.

Un discorso di verità (in margine a un recente libro)

Umberto Vincenti

Un bel libro è *La politica negata* di Nello Preterossi uscito nel maggio 2011 da Laterza.

Un libro che ci vuole scaldare il cuore e, forse, è quello di cui ora abbiamo più bisogno; un libro in un certo senso profetico alla luce di quanto è accaduto nei mesi successivi alla sua uscita; un libro certamente duro, qualche volta impietoso, ma veritiero, sull'essere della vita pubblica e istituzionale nell'Occidente contemporaneo, in particolare nel nostro Paese dove, a differenza di altri, sembriamo disporre o, per lo meno, spiegare meno energie progettuali di quanto sarebbe assolutamente necessario.

La politica vera, la politica alta, quella capace di appassionare i cittadini ai grandi temi del progresso civile, della cooperazione virtuosa, dell'acculturamento diffuso e progressivo, questa politica sembra rarefatta; e Preterossi pensa che essa sia senz'altro negata. Ma negata da chi? Nel libro vi è un censimento rigoroso delle cause responsabili: la perdita di "sostanza" del grande progetto democratico occidentale, le tendenze demagogiche di un populismo nascente o rinato, l'assenza di una classe dirigente provveduta di ideali civici e consapevole del da farsi, lo svuotamento degli spazi pubblici di discussione, il processo di de-nazionalizzazione, il decadere dell'impegno o anche solo dell'interesse per quanto è pubblico nel senso più nobile del termine, il formalismo delle procedure e delle varie tecniche (da quella economica a quella giuridica).

Tutto vero, e nel libro vi è più di una ricetta per cercare di riprendere la vita della crescita democratica. Per esempio, occorre tornare a compulsare e a lavorare sulle grandi idee che a partire dall'Illuminismo hanno dato sostanza all'Occidente migliore: torniamo ad interrogarci sull'idea di libertà (la libertà dei neo-liberali o la libertà come autodeterminazione?), sull'idea di eguaglianza (*chances* eguali per tutti a prescindere poi dagli esiti della corsa nella vita o eguale accesso a taluni beni fondamentali?), sull'idea di individualismo (promotore della creatività o responsabile della deriva materialista ed edonista?), sull'idea di universalismo (diritti universali od omologazione universale al modello occidentale?), ancora sull'idea di giustizia sociale, del primato del pubblico sul privato, ecc.

Insomma, conclude Preterossi, occorre un progetto di riqualificazione culturale del Paese, basato su idee e valori nuovi di umanità e di convivenza civile; e questo postula la ricostruzione di un'egemonia politica pur rispettosa del pluralismo delle idee e dei diritti, degli individui della società contemporanea.

Se questa è la diagnosi dei mali – o dei mali più gravi – che affliggono la Repubblica, è da dire che essa appare fondata e, purtroppo, confermata dall'evidenza dei fatti dell'attualità. Ma sulla terapia proposta vi sono margini per un confronto e una discussione. Vediamo.

Che da noi ci sia un assoluto bisogno di un'iniezione robusta di cultura ed etica istituzionale è un fatto più che certo; ma che la loro immissione nelle fibre della società civile e dello Stato postuli la comparsa – o la ricomparsa – di un'egemonia ideologica con funzioni di guida di un processo di risanamento suscita perplessità e qualche preoccupazione. Perché v'è da domandarsi se vi sia il rischio di ritrovarci, traducendo nella realtà questa proposta, un gruppo ristretto di illuminati che si dichiara rappresentante e interprete degli interessi di tutti. E poi: è così facile coniugare un'egemonia del genere con il pluralismo delle opinioni e delle aspirazioni individuali? Ancora: dominio e direzione sono davvero compatibili con i nuovi contesti di questa complessissima contemporaneità? Vi è – più o meno criptato – un timore verso quell'energia popolare di cui si riconosce la vitalità e l'insopprimibilità e che, tuttavia, si vuole affidare al controllo di forme e limiti normativi? E quest'ultima cautela è congrua rispetto a un regime che è – e resta – repubblicano?

Preterossi pensa e si augura per noi la diffusione di un sentimento di patriottismo costituzionale, non so se *à la Habermas*, certo uno spirito pubblico capace finalmente di unirci (e di unione abbiamo davvero bisogno) attraverso i principi, gli ideali, le norme della Costituzione repubblicana del '48. In questa prospettiva si è, in effetti, registrato negli ultimi anni un potente sforzo a fare della Costituzione il simbolo primario, unico o quasi, dell'unità del Paese, un simbolo di nitore istituzionale, di umanità e di progresso, capace di garantirci un'architettura dello Stato che ci rassicura: e, qualcuno osserva, che per fortuna *questa* Costituzione c'è, altrimenti l'arroganza neo-liberista – che indubbiamente ha dimostrato di essere capace di attivare un potere volgare, debordante, incompetente – avrebbe finito con l'occupare definitivamente la democrazia per poi sospenderla. Ma è proprio così? Siamo proprio sicuri che abbiamo trovato il simbolo giusto o giustamente rappresentativo? Siamo proprio sicuri che la nostra sia la costituzione più bella del mondo?

Io vi vedo parecchi e gravi difetti nel senso proprio di lacune. A parte che prevale il tono declamatorio a discapito della chiarezza normativa che troppo spesso non c'è e al cui posto residua piuttosto, al di là dell'ottimo esercizio della lingua italiana, l'ambiguità. Comunque mancano gli antidoti più classici della tradizione repubblicana (che è innanzi tutto italiana) ad evitare la naturale arroganza del potere (perché, scriveva Montesquieu, «chiunque abbia il potere è portato ad abusarne»): quegli antidoti che ci avrebbero garantito un'autentica possibilità di alternanza o avrebbero interdetto a chi avesse una posizione di dominio nella società civile di aggiungervi una posizione di dominio istituzionale ufficiale. Mancano, cioè, i divieti di iterazione del mandato (almeno) presidenziale (Presidente della Repubblica e del Consiglio dei Ministri) come pure

un regime appropriato di incompatibilità quali vi sono in altre Costituzioni repubblicane e, comunque, erano stati ritenuti essenziali da tutta una tradizione (non solo di pensiero) precedente.

Ancora. Siamo proprio sicuri che la degenerazione contemporanea non sia dovuta (a parte che non si può escludere l'insorgenza di una nuova, minore, politica frutto dell'incrocio tra incompetenza e flusso massmediatico) all'emergere di certi nodi irrisolti dell'originario progetto democratico? Penso alla contraddizione interna nella figura della rappresentanza politica e alle molte tentazioni dei rappresentanti in carne e ossa. Penso alle deviazioni indotte dalle esigenze della ricerca del consenso: Preterossi ha ragione nel sostenere che la democrazia non può risolversi tutta nel momento elettorale, ma è irrefutabile che questo momento condizioni pesantemente la possibilità di svolgere un'azione politica in funzione della promozione dell'interesse generale o bene comune.

Comunque tre mali di questa politica negata mi paiono più pericolosi.

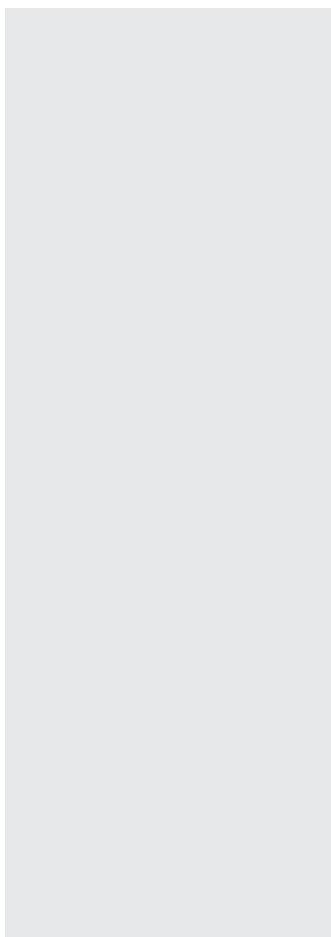
Il primo è il proceduralismo da cui siamo afflitti: alludo, con le parole di Preterossi, a quell'«eccesso di giuridificazione che allontana i cittadini dal diritto, perché percepito come macro-apparato tecnico, pervasivo e strumentalizzabile in ogni direzione». Quest'eccesso sta invadendo gran parte della vita pubblica e istituzionale ad amministrazione che ha ormai perduto, al di là delle parole anche di legge o di costituzione, ogni reale possibilità di essere "buona amministrazione. È tutto un "procedere", di qua e di là poi non interessa, perché conta il "procedere" in sé a prescindere dalla meta. Un vagare procedurale assolutamente insensibile e, dunque, inidoneo a risolvere i problemi della convivenza civile. Lo vediamo inequivocabilmente in quanto accade nei processi, civili e penali, e civili prima che penali. L'obiettivo di sostanza è quello della giustizia; ma al processo giudiziario quest'obiettivo sfugge ogni giorno di più. Conta che l'apparato sia messo in campo e spieghi tutta la gamma delle forme di cui è corredato: la forma o rappresentazione è elevata ad essenza e con essa confusa. Se il proceduralismo impedisce alla politica di conseguire il buon governo, esso impedisce ancor più al suo più potente alleato, il diritto, di perseguire la giustizia.

Il secondo male è la facile impunità, almeno in certi contesti: le sanzioni non solo sono necessarie, ma devono essere applicate innanzi tutto al governante o amministratore corrotto. Diversamente è minata la fiducia del cittadino verso le istituzioni e, alla lunga, la stessa concordia: per convincerene, se mai ve ne fosse bisogno, andiamo a rivederci – come faceva Vittorio a Santa Croce con le tombe dei grandi – quell'iconografia pubblica (un esempio: il ciclo di Lorenzetti al Palazzo pubblico di Siena) di cui si corredevano, in funzione simbolica, i liberi comuni repubblicani del tardo medio-evo italiano.

Occorre dire di un ultimo male di questa pseudo-politica spettacolare e mercantile: un male che, a ben vedere, si riannoda a quella angoscia del consenso elettorale già qui denunciata, della sua conquista come del suo mantenimento o del suo recupero. Alludo al dilagare della menzogna istituzionale: politici e

governanti faticano a dire quel che è perché preferiscono dire quel che è più conveniente. Così i discorsi di verità non si fanno e, anzi, sono sgraditi a molti a cui piace l'illusione, la *fiction*. Dobbiamo invece costruire uno spazio pubblico di discussione ispirato kantianamente alla realizzazione del principio della massima trasparenza: quel che concerne il diritto o i diritti dei cittadini deve essere sempre accessibile pubblicamente e non può essere occultato o artefatto o comunque manipolato. Se l'uomo delle istituzioni – o chi aspira a diventarlo – mente per non vanificare lo scopo perseguito, vuol dire che questo scopo è ingiusto e quasi sempre anche illegittimo. Bandire la menzogna istituzionale è assolutamente necessario; diversamente sarà molto difficile dare una *chance* alla politica migliore perché possa inverarsi tra noi.

ARGOMENTAZIONE E LINGUAGGIO



L'errore di chi “giudica”

Stefano Racheli

Senza alcuna pretesa di completezza (né nello svolgimento di questo scritto né nelle sue conclusioni), vorrei svolgere alcune considerazioni a margine di un tema di attualità: la sanzionabilità degli errori dei giudici (e, ovviamente dei PM).

Parto da un famoso testo di Kant, il quale così recita: «Se l'intelletto, in generale, viene definito come la facoltà delle regole, la capacità di giudizio è allora la facoltà di sussumere, sotto le regole, cioè di distinguere se qualcosa cada o no sotto una regola data (*casus datae legis*). [...] Allora risulta chiaro che l'intelletto è bensì capace di venir istruito e provveduto mediante regole, ma che la capacità di giudizio è un talento particolare, il quale non può essere insegnato, ma può soltanto essere esercitato [...]. Perciò un medico, un giudice, o un uomo politico, può avere in capo molte belle regole patologiche, giuridiche o politiche, al punto di poter diventare un profondo insegnante in proposito, e tuttavia cadere facilmente in errore nell'applicazione di esse, o perché manca di capacità naturale di giudizio (sebbene non manchi d'intelletto), ed egli può sì intendere l'universale *in abstracto*, ma non sa distinguere se un caso, in concreto, sia subordinato ad esso, o anche per il fatto che egli non è stato sufficientemente addestrato per questo giudizio mediante esempi e pratica diretta»¹.

Il primo dato da tenere presente è che – sebbene il termine “giudizio” evochi, nei più, aule giudiziarie, giudici e avvocati – in realtà con questo termine si indica una facoltà (che chiamerò Giudizio per distinguere quest'ultimo dal suo corollario: il “giudizio” effettuato nei tribunali²) che, comune a tutti gli esseri umani, è stata, nei secoli, oggetto di particolare indagine. L'agire di questa facoltà non si muove lungo binari meramente logici ed è più simile all'agire di chi “inventi” il da farsi che non di chi si limiti ad ossequiare un da-farsi bello e preconfezionato. Né il da-farsi che impegna i giudici, nel loro “giudizio”, si differisce dal da-farsi che, più in generale, interroga ogni uomo che sia impegnato in un Giudizio.

Che l'applicazione della norma (giuridica o non giuridica) – vale a dire l'individuazione della norma (generale) sotto il cui imperio va ricondotto il “caso” (individuale) – non sia una faccenda risolvibile in chiave meramente logica, ma impresa ben più ardua è consapevolezza assai antica: «Gli uomini pensano che sia in loro potere commettere ingiustizia e che perciò anche il giusto sia facile. Ma non è così [...]. Pensano anche che per conoscere ciò che è giusto e ciò che

¹ Così I. KANT, *Critica della ragion pura*, Adelphi, Milano 1976, pp. 21 ss.

² Non si tratta dunque di facoltà diverse: chiamo “giudizio” il Giudizio che avviene nelle aule giudiziarie, per evidenziare il fatto che esso (il giudizio del giudice) implica un problematica più vasta e più profonda (quella correlata al Giudizio) di quella giudiziaria.

è ingiusto non occorra essere un sapiente, perché non è difficile arrivare a comprendere ciò che dicono le leggi (ma il giusto non è questo se non per accidente). Ma sapere come si debbono distribuire le cose perché risultino giuste, questa, certo, è un'impresa *più grande* che non sapere ciò che fa bene alla salute, benché anche in questo caso sia sì facile conoscere il miele, il vino, l'elleboro, la cauterizzazione, l'incisione; ma sapere come, a chi e quando bisogna distribuirli per produrre salute, è un'impresa *tanto grande* quanto l'essere medico»³.

Ancora una volta, com'è nel caso di Kant, si fa riferimento all'agire del medico. Perché il giudice – come chiunque sia chiamato ad emettere un Giudizio – spesso, come il medico, brancola nel buio poiché la norma, così come nota, non è di alcun aiuto quando si tratta di decidere se un dato “caso” appartenga o meno al dominio della norma stessa: il “caso” è noto, ma spesso è ignota la “legge”, o comunque non è chiaro qual essa sia, che lo disciplina.

Non deve dunque stupire che, nella prassi medievale, la responsabilità del giudice fosse di tipo professionale e comparata a quella del medico⁴. Siffatto orientamento culturale trae le sue origine dalla cultura greca: in essa, ancora una volta, il giudizio che conduce al “giusto” viene apparentato al giudizio del medico, là dove si tratta di ricondurre un'individualità (e cioè il “caso” preso in esame) sotto l'imperio di una regola⁵. Sicuramente il parallelismo è funzionale a indirizzare il sapere saggio – in un mondo, come il nostro, dominato dall'accidentalità⁶ – in una direzione affatto diversa dal sapere matematico.

Un siffatto modo di vedere le cose affonda le radici non solo nella tradizione “tragica”⁷, ma, prima ancora, nella grande tradizione medica di Cos e di Cnido: vasto oceano nel quale la ricerca tecnica (nel senso in cui usiamo oggi questo termine) si mescola con l'indagine filosofica, come accade allorché la scienza medica si dà a indagare il non-visibile⁸, così aprendo la strada alla “scienza” dell'oltre-ciò-che-appare-fisicamente ovvero, detto altrimenti, alla metafisica: l'arte medica inizia con una fenomenologia, per aprire poi la strada a un'ontologia.

Il parallelismo tra giudice e arte medica è dunque utile per evidenziare come, nell'arte di giudicare, “buon giudice” non è (tanto) chi conosca tutti i “casi” accaduti, ma (soprattutto) chi sa che «il ‘caso’ proprio in quanto avvenimento in-previsto, fa eccezione all'uniformità e, mettendo in crisi la regola che di quella uniformità si è fatta eco, obbliga la regola a rivedere se stessa»⁹.

³ ARISTOTELE, *Eth. Nic.*, 1137a5 ss.

⁴ Cfr. A. GIULIANI - N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Giuffrè, Milano 1987, pp. 24 ss.

⁵ Numerose sono le volte in cui Aristotele, in materia di Giudizio, chiama in causa l'arte medica: *Metaph.*, 1027 a22 ss; *Eth. Nic.*, 112b4; 1114a14; 1114 b 30, 1138 b 30; 1141 b 20, ecc.

⁶ Cfr. P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, Puf, Paris 1976, p. 96.

⁷ Cfr. *op. ult. cit.*, pp. 155 ss.

⁸ Si veda A. JORI, *Medicina e medici nell'antica Grecia*, il Mulino, Bologna 1996, pp. 417 ss.

⁹ Mi sia consentito di citare S. RACHELI, *Difesa, giudizio, processo: pluralità di deontologie?* in *Il linguaggio, la condotta, il metodo*, Il Sole24Ore, Milano 2000, p. 84.

I brani sopra riportati – nei quali ho cercato di evidenziare alcuni punti che meritano particolare attenzione – distinguono tra conoscenze (bagaglio necessario per l'esercizio della professione) ed "essere medico" (sottolineo ed evidenzio "essere"!)). Per essere medico non basta infatti avere conoscenze generali, ma occorre – per cogliere la norma sotto cui ricondurre l'individualità del caso – un *quid pluris*, un far-si¹⁰ che – solo – consente un agire prudenziale (o saggio che dir si voglia), del quale può dirsi che, in quanto virtù (o "capacità di") «non è scienza, ma un diverso genere di conoscenza»¹¹. Se ciò è vero per l'ardua opera del medico (che perciò, e non per il mero sapere, è cosa "tanto grande"), è vero ancor di più per la difficile arte del giudice (che, non a caso, è detta "impresa più grande" di quella del medico).

E infatti siamo tutti convinti che non basti un giudice che, per usare le parole di Kant, si limiti ad avere "le belle regole in capo", ma tutti auspichiamo che egli sia anche (soprattutto?) pieno di buon senso, di comprensione, di umanità; sia pieno cioè, detto in breve, di saggezza, senza la quale difficilmente il sapere del giudice apprenderà ad una decisione condivisibile. «Ho conosciuto giudici» scrive L.A. Muratori «che s'erano logorato il capo in leggere libri di giurisprudenza ed avevano sottomano zibaldoni grossissimi e notandi, tutti scritti dalle loro infaticabili mani [...] Ma per disgrazia mancava loro il meglio, cioè quel giudizio, di cui ora parlo. Non sapevano essi trovar le ragioni e le diversità delle cose, dette anche dagli altri, non entravano queste nelle ristrette lor teste. Possedevano gran copia di conclusioni, ma senza conoscere quali calzari si dovessero applicare ai diversi piedi»¹².

Ma proprio il contesto che postula la saggezza e nel quale questa si esplica – quello, sopra ricordato, delle mutevoli circostanze – impedisce che il giudizio – quale riconoscimento dell'appartenenza del caso a una regola – possa essere frutto di sola deduzione logica. Infatti "ciò che è utile oggi può non esserlo domani, utile per l'uno, ma non per l'altro, utile in certe circostanze, ma non in altre"¹³. "Saggio" non è chi conosce in anticipo tutti i "casi possibili", ma chi è fatto di pasta tale da saper affrontare il "nuovo" rivisitando, se necessario, la regola¹⁴. E dunque il comportamento "saggio" non può essere stabilito in anticipo né la saggezza può essere imparata sui libri né programmata né procedimentalizzata. Il saggio è, in qualche modo, regola a sé stesso: non una verità immutabile è parametro, platonicamente, per misurare l'agire e la saggezza dell'uomo, ma, al contrario, è il comportamento del saggio che consente di apprezzare la

¹⁰ Sul punto mi permetto di rinviare a S. RACHELI, *L'argomentazione come professione (ovvero, se il tuo cuore è una rosa, la tua bocca dirà parole profumate)*, in *Diritto e formazione*, 2003, pp. 151 ss.

¹¹ ARISTOTELE, *Eth. Eud.*, 1246 b 35.

¹² COSÌ L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Rizzoli, Milano 1958, p. 81.

¹³ ARISTOTELE, *Magna moralia*, 1197a 38 ss.

¹⁴ Cfr. *supra* nota 9.

bontà della regola applicata in concreto¹⁵. Se dunque la sanzionabilità dell'errore che procede da ignoranza del giudice (tanto quella che concerne la legge quanto quella che attiene alle carte processuali) è non solo possibile, ma addirittura auspicabile¹⁶, la decisione non-saggia del giudice sembra – quanto alla sua sanzionabilità – cozzare contro la non prevedibilità del comportamento “manchevole”, poiché esso si palesa tale a posteriori e dunque, pur denotando una grave inidoneità, deve rendere ossequio al principio che – pur formalizzato solo in materia penale (*nulla poena sine lege*) – statuisce un principio generale di civiltà: nessuno può essere punito se non per un'azione o omissione che egli sa, preventivamente, essere causa di sanzione o di responsabilità. Sul punto necessita però un qualche approfondimento.

È opportuna a questo punto una precisazione. Le argomentazioni fin qui svolte non alludono ad una problematica analoga a quella che, a suo tempo, fu sottoposta all'esame della Corte Costituzionale, allorché fu impugnato¹⁷ l'art. 18 r.d.l. 31.5.1946 n. 511 «nella parte in cui sottopone a sanzione disciplinare il magistrato che tenga in ufficio o fuori condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere e che comprometta il prestigio dell'Ordine giudiziario». Fu sostenuto, da coloro che avevano sollevato questione di legittimità costituzionale, che la norma impugnata doveva considerarsi illegittima «stante l'estrema genericità della stessa quanto all'individuazione dei comportamenti qualificabili come illeciti disciplinari».

Si trattava di una genericità lessicale, al di là della quale era ben possibile individuare (come rilevò, nella citata sentenza, la Corte costituzionale) un insieme di valori (tutelati e noti) i quali rendevano possibile individuare il comportamento doveroso (così come quello colpevole), dato che il principio di legalità – affermò la Corte Costituzionale – «si attua non soltanto con la rigorosa e tassativa descrizione di una fattispecie, ma, in talune ipotesi, con l'uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta l'abbia o meno violato»¹⁸.

Al contrario, la problematica che ho sopra cercato di evidenziare – quella che nasce dall'interrogarsi circa il “da farsi” – in nessun modo può essere risolta

¹⁵ Cfr. P. AUBENQUE, *op. cit.*, pp. 44 ss.

¹⁶ Non esamino qui il problema – pratico e politico – del “come” e “in quali limiti” la sanzione deve essere applicata (azione diretta contro il giudice, azione contro lo Stato con possibilità di rivalsa sul giudice; responsabilità per colpa grave o anche per colpa lieve, ecc.). Non posso però, in proposito, non osservare come, in via di principio, non possa accettarsi un sistema che approdi, nella sostanza, ad una generale e indifferenziata irresponsabilità.

¹⁷ Cfr. C. cost., sent. n. 100/1981.

¹⁸ Così C. cost., sent. n. 191/1970. Sarà interessante notare come il ritenere che la norma individui o meno (lessicalmente) il comportamento dovuto sia questione ampiamente controvertibile (si veda in proposito Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 2.8.2001 in Cass. pen., 2002, p. 815) e del tutto diversa da quella della individuazione “ontologica”.

sulla base di criteri di comportamento codificati¹⁹. Né si deve essere tratti in errore per il fatto che alcune volte il comportamento doveroso è ben individuabile in base ad una saggezza stratificatasi nel tempo, la quale, se pur non codificata, ha assunto le forme del "buon senso comune": la colpa – ci è stato insegnato – è la mancanza della diligenza media del *bonus pater familias* (cfr. art. 1176 cod. civ.).

Ma l'agire del "buon padre di famiglia" si fonda sul "buon senso comune", mentre la saggezza entra in azione quando il "buon senso comune" non basta. Essa non si limita a nutrirsi di buon senso comune, ma, pur ricomprendendolo, lo sovrasta, decidendo accortamente e sapendo orientarsi anche nei casi in cui il "buon senso comune" è disorientato: non a caso il buon senso è comune, mentre la saggezza è rara: il buon padre di famiglia osserva le regole della consolidata diligenza, mentre il saggio è regola a sé stesso.

Concludendo, quel che qui interessava mettere in risalto, sia pur brevemente, era, per un verso, la distinzione tra errori (in fatto e/o in diritto), violazione del "buon senso comune" e comportamenti "non saggi", e, per altro verso, una lettura, per dir così ontologica, dei limiti che detta distinzione pone al legislatore che quella decisione voglia mettere a fondamento di una qualche responsabilità (civile o disciplinare) di chi sia chiamato a Giudicare.

¹⁹ Si veda *supra* note 9 e 13.

Crocefisso sì, crocefisso no

Le reazioni ad una sentenza

Adelino Cattani

Di fronte ad un'argomentazione ritenuta non "buona", un "obiettore" può compiere almeno sei mosse. Può, nell'ordine:

1. *Ignorarla*
 - 1.1. *Ignorarla puramente e semplicemente*
 - 1.2. *Ignorarla mediante sostituzione di problema*
2. *Accettarla*
3. *Accettarla solo in parte*
 - 3.1. *mediante incorporamento*
 - 3.2. *mediante minimizzazione*
4. *Chiederne ragioni o prove*
5. *Rifiutarla o confutarla*
 - 5.1. *Puntando ai fatti, se è un'induzione,*
 - 5.2. *Puntando al principio o al nesso, se è una deduzione*
 - 5.3. *Puntando alle somiglianze, se è una analogia*
6. *Attaccare chi la sostiene*¹.

Proviamo a testare concretamente questo schema di possibili modalità di replica di fronte ad un verdetto, che è una decisione ragionata, una deliberazione argomentata, un giudizio motivato.

Una rassegna delle svariate e opposte reazioni ci permetterà anche di tracciare un'articolata e utile tassonomia di modalità di contestazione di natura non prettamente giuridica, ma di generico buon senso.

Una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, del 3 novembre 2009, vietava il crocefisso usualmente presente nelle aule scolastiche in Italia perché violerebbe la libertà di religione, precisamente «il diritto dei genitori ad educare i figli secondo le loro convinzioni» e «il diritto dei bambini di credere o non credere». Il crocefisso sarebbe «una violazione della libertà di religione degli alunni», essendo un "segno religioso" che può condizionarli, "incoraggiando" i bambini cattolici e "importunando" i non cattolici o gli atei. Ai fini di una disamina della questione, è utile inquadrarla rispondendo a cinque interrogativi preliminari.

¹ Cfr. A. CATTANI, *Botta e risposta. L'arte della replica*, il Mulino, Bologna 2006, pp. 87-163.

1. Chi l'ha deciso?

Il tribunale istituito dalla Convenzione europea dei diritti umani, incaricato di stabilire se un certo atto leda i diritti dell'uomo.

2. Da chi era formato questo tribunale?

Da sette giudici, dei quali uno italiano e gli altri provenienti da Belgio, Portogallo, Lituania, Serbia, Ungheria, Turchia. Quattro maschi e tre donne (la Presidente belga e i giudici lituano e turco).

3. Perché hanno deciso così? Sulla base di quale ragionamento?

La sentenza contro il crocefisso nelle scuole è stata così argomentata: «La presenza del crocefisso, che è impossibile non notare nelle aule, potrebbe essere facilmente interpretata dagli studenti di tutte le età come simbolo religioso. Avvertirebbero così di essere educati in un ambiente scolastico che ha il marchio di una data religione. Tutto potrebbe essere incoraggiante per gli studenti religiosi, ma perturbante dal punto di vista emozionale per gli studenti di altre religioni o che non ne professano alcuna. Inoltre la Corte non è in grado di comprendere come l'esposizione nelle classi, delle scuole statali, di un simbolo che può essere ragionevolmente associato con il cattolicesimo, possa servire al pluralismo educativo che è essenziale per la conservazione di una società democratica così come è stata concepita dalla convenzione europea per i diritti umani, un pluralismo che è riconosciuto dalla Corte Costituzionale italiana». L'esposizione di un "segno esteriore così forte" sarebbe quindi un atto di prevaricazione e possibile motivo di importuno disturbo.

4. Perché è sorto il problema?

I sette giudici sono intervenuti in merito perché una signora, Soile Lautsi, di origine finlandese, ma residente ad Abano Terme, madre di Dataico e Sami, sposata in Albertin, medico, nel 2002 aveva chiesto al preside della scuola media Vittorino da Feltre di togliere il crocefisso che campeggiava sopra la lavagna. L'Istituto si rifiutò. La madre avviò una battaglia legale che passò per il Tar, il Consiglio di Stato e la Corte Costituzionale. Sempre ne ottenne una sentenza sfavorevole. Nel 2007 si rivolse, anche a nome dei figli allora minorenni alla Corte europea, che nel novembre 2009 ribaltò il verdetto.

5. Quali sono i riferimenti legislativi?

Nel 1924: si prescrive l'esposizione della foto del capo dello stato e del crocefisso nelle aule scolastiche e nei tribunali. La presenza del crocefisso è garantita da una legge del 1949 e confermata dal Concordato del 1962 nelle aule scolastiche in cui la maggioranza degli alunni appartenga ad una delle confessioni cristiane.

Il giudizio fu accolto ovviamente da opposte reazioni, alcune enunciate come semplici espressioni di entusiasmo o di sdegno, altre che giustificavano

l'approvazione e soprattutto la disapprovazione. Qui ne abbiamo raccolte alcune a scopo di documentazione e di analisi.

Reazioni favorevoli di pura approvazione

«Giusto così».

«Sentenza storica».

«Sentenza inevitabile».

Reazioni favorevoli di approvazione motivata

«Una inversione culturale» l'hanno definita i legali della famiglia Albertin-Lautsi.

«Non è possibile maltrattare neanche l'1% della popolazione non consenziente» (Massimo Albertin, ricorrente). Quand'anche un solo individuo si sentisse ferito o sopraffatto da una religione dominante che lo esclude, uno stato democratico avrebbe l'obbligo di aprire un ombrello a sua difesa.

«La religiosità alberghi nei cuori e nei comportamenti».

«I crocefissi nelle aule sono proselitismo religioso».

«Sentirsi diversi non è bella cosa. È discriminante. La croce non fa che marchiare il territorio».

«La scuola è di tutti e quindi non deve discriminare».

«La sentenza ci segnala come giustamente uno stato laico debba rispettare tutte le diverse religioni ma non identificarsi con una di esse».

«In Europa, solo Austria e Polonia ammettono il crocefisso nei luoghi pubblici. L'Italia è minoranza».

«La croce oggi è simbolo del potere temporale della Chiesa, non simbolo della rivolta contro il potere, come poteva essere un tempo. Gesù Nazareno era palestinese».

«La storia del crocefisso di Stato è storia di divisione e di esclusione, di sopraffazione dei più e di umiliazione dei meno».

«No, per ragioni anche socio-politiche. Per sottrarsi al rapporto di dipendenza funzionale con il Vaticano e l'Oltretevere».

«La presenza del crocefisso è una limitazione alla libertà di *non* credere».

«I cattolici sono intolleranti perché non mi hanno consentito di esporre in tribunale altri simboli a fianco del crocefisso» (un magistrato di Bologna che si rifiutò di presiedere in un'aula dove era esposto il crocefisso, giudicato un attentato alla laicità dello stato).

Naturalmente ciascuna di queste prese di posizione suscitò altre reazioni, che vogliamo qui utilizzare per una verifica di applicabilità. Precedentemente abbiamo proposto sei possibili mosse che un "obiettore" può compiere di fronte ad un'argomentazione ritenuta non "buona". Quando una parte avanza una tesi, dicevamo, la controparte può scegliere, nell'ordine, di:

1. *Ignorarla*
 - 1.1. *Ignoranza pura e semplice*
 - 1.2. *Tattica della sostituzione di problema*
2. *Accettarla*
3. *Accettarla solo in parte*
 - 3.1. *mediante incorporamento*
 - 3.2. *mediante minimizzazione*
4. *Chiederne ragioni o prove*
5. *Rifiutarla o confutarla*
 - 5.1. *Puntando ai fatti, se è un'induzione,*
 - 5.2. *Puntando al principio o al nesso, se è una deduzione*
 - 5.3. *Puntando alle somiglianze, se è una analogia*
6. *Attaccare chi la sostiene.*

Proviamo a testare concretamente questo schema di possibili modalità di replica, anche con un verdetto, che non è un ragionamento, ma comunque è una decisione ragionata, una deliberazione argomentata, un giudizio motivato.

Una rassegna delle svariate e opposte reazioni ci permetterà anche di tracciare un'articolata e utile tassonomia di modalità di contestazione.

Vi sono state innanzitutto delle *reazioni contrarie di pura disapprovazione*:

«Decisione aberrante».

«Un errore e un atto di insensibilità».

«Una sentenza assurda».

«Un atto di stupidità».

«È un peccato contro la storia».

«È un sintomo della dittatura del relativismo».

«Un colpo mortale all'Europa dei valori e dei diritti».

Reazioni contrarie di disapprovazione motivata

Vediamo le reazioni addotte sulla base di ragioni, motivi, cause. Questi tre concetti, a prima vista equivalenti, sono in realtà ben distinti. Sia ragione, sia motivo, sia causa, rispondono alla domanda "perché?" Perché c'è stato l'11 settembre? Il crollo delle Torri Gemelle fu causato dall'impatto di due aerei, fu motivato da una volontà di punizione-depurazione e le sue ragioni sono politico-ideologiche. "Ragione" è ciò che spiega giustificando logicamente, "motivo" è ciò che spiega in quanto fattore psicologicamente trainante, "causa" è ciò che spiega in quanto fattore oggettivamente determinante.

Sotto la prima voce *Ignorare* si iscrivono le reazioni dell'Istituto scolastico di Abano Terme, che tace, in attesa che giungano disposizioni dall'alto, nonché quella di alcuni giornali di partito che relegano la notizia in un trafiletto interno: più segno di imbarazzo, di attendismo, di mancanza di idee chiare che di tattica. Una diversa categoria di risposta nella modalità 1.1 *Ignoranza pura e*

semplice è data dalle canoniche risposte interlocutorie: «in attesa di leggere le motivazioni della sentenza».

«La presenza del crocefisso (insieme con le foto dei Savoia e del Capo dello Stato) nei luoghi pubblici fu imposta nel 1924, durante il fascismo. Nel 2009 se ne impone l'assenza. Per me pari sono» è invece un esempio di 1.2 *Tattica di sostituzione di problema*, così come:

«Il segno matematico + è una croce: dobbiamo eliminarlo dalle calcolatrici?»

«E la Croce Rossa che fine farà?»

«Fa sorridere che sia stato liquidato un “danno morale” di cinquemila euro in nome della violazione di un diritto umano “fondamentale”. Cristo oggi, con la rivalutazione, non vale più trenta denari, ma cinquemila euro».

Nella modalità 2 (*Accettare per respingere*) rientrano solitamente le migliori fra tutte le possibili risposte in quanto non negano, almeno totalmente, la premessa dell'interlocutore, ma fingono di comprenderla, nel doppio senso di farla propria e di intenderla. Esempi di repliche che non rigettano, ma ritorcono, sono i seguenti.

«Il cattolicesimo non è più la religione di stato, ma resta la religione storica della Nazione; senza di essa non ci sarebbero la nostra identità di popolo e quella civiltà che ha permesso all'Italia di primeggiare nel mondo».

Si usano le premesse dell'avversario per farlo sbilanciare. La migliore trappola per un cattivo è quella stessa che lui tende, perché egli non si attende che l'avversario si voglia servire proprio del linguaggio, dei valori e delle mosse stesse che lui usa. Chi concepisce la discussione come una guerra non si aspetta che l'altro faccia la benché minima concessione.

Una seconda risposta, meditata e ponderata, che mostra di accettare per poi respingere, fu: «L'intenzione della Corte era quella di garantire la libertà di tutti. Ma il risultato è stato quello di impedire la libertà dei singoli». Il ritorcere contro un avversario un suo stesso argomento ha un effetto garantito, anche quando è fallace.

«Deplorano l'ingerenza della religione nella società. Curioso! Sono gli stessi che deplorano la non ingerenza della Chiesa e di Pio XII sui campi di concentramento».

Ancor più ritorsiva, con tentativo di riduzione all'assurdo fu la seguente: «Via dagli uffici la foto di Napolitano. Seguendo questa logica, dovremmo rispettare anche i sentimenti politici. Perché non togliere anche la foto del Capo dello Stato? La sua esposizione può offendere i sentimenti di chi non è stato d'accordo con le sue posizioni politiche e con il partito da cui proviene».

Sulla stessa linea, gravata altresì da un carico aggiunto di sospetta perversità e del rovesciamento degli effetti: «Si otterrà l'opposto, una ribellione del mondo cattolico e un risveglio della identità cattolica».

In terza istanza (punto 3.1) si può *Accettarla* solo *in parte* mediante *incorporamento*.

Esempi:

«Non è una buona risposta alla domanda di laicità dello Stato». Risposta blanda 1.

«La presenza del crocifisso in classe non significa adesione al cattolicesimo, ma è un simbolo della nostra tradizione». Risposta blanda 2.

Modalità 3.2: *Accettare solo in parte mediante minimizzazione*

«Non eliminare il cristianesimo, ma aggiungere altri insegnamenti religiosi». Risposta conciliante-lungimirante. Possiamo aggiungere anziché togliere. Possiamo allestire un muro colorato dove campeggino i simboli di ogni religione e anche lo stemma di chi non ha religione. Per i laici basterebbe il faccione corrugato di Voltaire (Michele Ainis). O la doppia elica del Dna, simbolo degli esseri umani, come proposto dal presidente degli ebrei italiani.

«Qualsiasi simbolo, religioso, culturale, sportivo deve poter essere esposto». Risposta generalista, rischiosamente assolutistica, che ammetterebbe come facile controp replica: «anche i simboli nazi?» Affermazioni così totalitarie sono a male pena sopportabili se riferite alle “tutte belle mamme del mondo” e ai loro “scaraffoni”.

«È diventato un simbolo passivo, che non viola alcuna libertà religiosa».

«Quella croce di legno non fa male a nessuno: è diventata un dettaglio di arredamento trascurato». Obiezione avanzata: curiosa difesa della rilevanza pubblica del crocifisso in nome della sua irrilevanza pubblica.

Modalità 4: *Chiedere ragioni o prove*

«Questa giustizia all'europea la trovo goffa, irrispettosa, ridicola. Peggio: ignorante. In nome di una presunta laicità presuntamente corretta si tende a mortificare le ragioni e la storia di un popolo». La richiesta, indiretta, è di operare una differenziazione dei diversi valori simbolici della croce.

«È una sentenza laicista (e non laica), che calpesta il ruolo del cristianesimo nella storia e nella cultura dell'Europa, che considera la libertà nella sua degenerazione di licenza».

«Sopravvento di una visione parziale ed ideologica, che ignora o trascura il molteplice significato del crocifisso, considerato non solo simbolo religioso ma anche segno culturale».

«Mi auguro che la sentenza non venga salutata come giusta affermazione della laicità delle istituzioni, che è valore ben diverso dalla negazione del ruolo del cristianesimo nella nostra società».

«Io, ateo, dico che la croce non offende più nessuno. Da segno di appartenenza confessionale è diventata icona culturale. E oggi il suo significato è quello della tolleranza». Replica sorprendente, che richiede una risposta.

Modalità 5.1: *Rifiutare o confutare puntando ai fatti*

«Ignorato o trascurato il molteplice significato del crocifisso, che non è solo simbolo religioso, ma anche segno culturale». Risposta cauta 1.

«Su questioni delicate qualche volta il buon senso finisce per essere vittima del diritto». Risposta cauta 2.

«Non dà fastidio neppure ai musulmani italiani». Risposta minimalista.

«Soprattutto non è rispettosa della realtà. Visto che il nostro Paese non può non dirsi cristiano, come ebbe a dire Benedetto Croce». Replica basata sull'autorità.

«Non è forse vero che si riposa di domenica, il “giorno del Signore”, che si contano gli anni a partire dalla nascita di Cristo? E allora il crocefisso è un simbolo civile, allora la laicità si nutre di valori religiosi: nel 2006 lo ha scritto anche il Consiglio di Stato». Si brandisce qualche fatto e si fa ancora giusta leva su qualche forma di autorità.

«La cristianità ha cambiato il mondo, Gesù ha patito la croce, il crocefisso non genera nessuna discriminazione, il crocefisso c'è sempre stato». Obiezione istantaneamente sollevata: la croce (trionfante) è una cosa, il crocefisso (dolente) un'altra.

Modalità 5.2: Rifiutare o confutare puntando ai principi

«Non è un problema di maggioranza, ma di libertà individuali».

«Non c'è il Concordato che ci obbliga a tenere la croce in aula? Patti concordatari e Costituzione rendono inapplicabile la sentenza».

La decisione rivela «un'ottica miope e sbagliata, accolta in Vaticano con stupore e rammarico. Stupisce che una Corte europea intervenga pesantemente in una materia molto profondamente legata alla identità storica, culturale, spirituale del popolo italiano». Risposta perplessa e amareggiata del portavoce della Santa Sede.

«Secondo i soloni dei diritti umani addetti a stabilire ciò che offende la persona mettendola a disagio nella società multietnica, il simbolo per eccellenza del cristianesimo, ossia Cristo sottoposto al giudizio romano, va sacrificato in omaggio al dovere dell'ospitalità. Già. Se un alunno, putacaso musulmano, alza gli occhi e vede quell'oggetto (ormai classificato “stravagante”) rischia di essere turbato e di perdere la propria identità, il proprio equilibrio psicologico». Risposta seriosa-risentita.

Modalità 5.3: Rifiutare o confutare puntando alle analogie

«Ci sono otto paesi d'Europa che hanno la croce nella loro bandiera. Finlandesi, Inglesi, Svizzeri eccetera dovrebbero forse cancellarla e cambiare stendardo visto che ci sono stranieri che hanno preso la cittadinanza di quei paesi e hanno altre fedi?» Confutazione analogica.

«È un diritto della maggioranza. Se io sono monarchico, forse che posso pretendere che si elimini ogni simbolo della Repubblica perché mi dà fastidio?»

Obiezione possibile: il diritto deve garantire le minoranze, non la maggioranza. La garanzia del diritto, fosse pure quello di uno solo, è un criterio di misura di civiltà.

Modalità 6: *Attaccare l'avversario*

Mossa certamente deplorabile, non contemplata tra le regole, controproducente agli occhi di un uditorio neutro, ma qualche effetto può ottenerlo (per questo la vediamo spesso messa in atto nei dibattiti pubblici).

«Pronunziamento di una corte europea ideologicizzata». Blanda invettiva contro giudici ritenuti non imparziali.

«Un atto di violenza, deciso da giudici lontanissimi dalla tradizione cristiana... sette giudici... tra cui un italiano di origini russe, Vladimiro Zagrebelsky».

«Crocefissi vietati a scuola? I giudici bevono troppo» (sarcasmo alla Vittorio Feltri).

«Lei è ignorante, non ateo. L'ateo non è contro Dio, se ne sbatte di Dio, non si preoccupa di eliminare Dio».

«No, io non voglio mettermi alla pari dei talebani, non voglio essere incivile, io!»

«Bandiamo anche campanili, cappelle che sono ugualmente sotto gli occhi sensibili di stranieri emigrati... E gentaglia come San Francesco, Dante... via perché nocivi per il benessere altrui. E se invece si chiudesse il manicomio di Strasburgo?» Invettiva contro l'avversario combinata con una riduzione all'assurdo sarcastica.

Le buone ragioni dello humor

In alcune delle precedenti repliche è presente un tocco canzonatorio, un misto di arguzia e di aikido retorico. Anche nei dibattiti più seri lo *humor* svolge una preziosa funzione che di volta in volta può essere distensiva, autopromozionale, diversiva. L'arguzia di una critica anche pesante ne potenzia la forza dirompente e nel contempo ne attenua la carica ostile: oggettivamente è più devastante, soggettivamente è vissuta come meno minacciosa. Lo *humor* serve a sdrammatizzare le situazioni più gravi. Richiesto di commentare la dichiarazione di guerra all'Inghilterra da parte di Mussolini, W. Churchill se ne fece pubblicamente una ragione: «Oggi gli Italiani hanno dichiarato che entreranno in guerra a fianco della Germania. Mi pare giusto: ce li abbiamo dovuto prendere noi la volta scorsa». E a chi lo accusava di avere una doppia faccia, Abramo Lincoln rispose: «Vi pare che se avessi due facce avrei indossato questa?»

Ecco quindi una serie di risposte di spirito di fronte alla sentenza in esame: «Crocevia» (titolo umoristico del quotidiano *Liberazione*).

«Hanno scelto di nuovo Barabba» (vignetta di Giannelli, con Cristo che porta la croce fuori dell'aula dove ora sventola la bandiera europea).

«L'Europa abolisce Gesù Cristo» (*II Giornale*).

«Cara maestra unica, intanto mi scusi se non sono venuto in classe in questi primi mesi di squola, ma c'era ancora il crocefisso picato sul muro ed ero profondamente offeso, Sa, va bene stare al freddo... va bene anche che ci siano classi di ottanta alunni, ma cosa sono queste cose di fronte alla gravità di un crocefisso in aula?... Adesso sono molto più sereno e posso tornare a lezione

parche la squola no interferirà con l'educassione che il mio popà mi vuole trasmettere (ricordo che a casa mia la cosa tacata sul muro è il poster delle femene di pleibòì) (Marco e Pippo, *Il Padova-Epolis*, 5.11.2009, in stretto vernacolo locale, di ardua comprensione per i giudici di Strasburgo).

Anche lo *humor* però ha un limite, costituito dalla sua natura e dall'uditorio. Funziona al contrario se non è raffinato e faceto. Peggio ancora se una battuta mordace è fuori luogo. Lo è, ad esempio, con un pubblico ostile: con un uditorio simpatetico o neutro lo spirito fa miracoli, mentre è controproducente in un contesto animosamente maldisposto. *Humor*, ironia, satira, sarcasmo sono armi a doppio taglio e come tutte le armi si devono usare con precauzione.

In alternativa, chi vuole evitare rischi o non è dotato di *humor* può servirsi dei semplici giochi di parole. E chi non è ferrato in logica, può ricorrere al facile e sempre valido chiasmo, che dopo la metafora è una delle più belle ed efficaci creazioni retoriche.

«Via il crocefisso dalle aule pericolanti e fatiscenti? Meglio, via le aule dal crocefisso».

«L'inutile Europa ci toglie il crocefisso. Togliamoci dall'inutile Europa».

«In attesa delle motivazioni della sentenza, motiviamo la nostra opposizione alla sentenza».

«I cattolici devono comprendere le ragioni dei laici, i laici devono comprendere le ragioni dei cattolici».

Nel contesto che stiamo analizzando, un buon para-chiasmo potrebbe essere: «Noi vogliamo un Islam d'Europa, non un Islam in Europa».

Se non basta appellarsi ai fatti, ai principi, alle analogie; se non è sufficiente far rilevare la non verità, la non coerenza, la non completezza, la non pertinenza del ragionamento contestato, restano da metter in campo e da far sventolare le possibili conseguenze. Bisogna però esser pronti a controreplicare ad una facile accusa di fallacia del piano inclinato o di brutta china.

Soprattutto in ambito etico o sociale spesso si contesta un progetto, magari intrinsecamente valido, presentandolo come il primo di una serie di passi che porterebbero a esiti indesiderati: «Ma ti immagini cosa succederebbe se fosse vera la tua ipotesi? Pensa alle conseguenze politicamente dirompenti del tuo progetto»; dalla paventata catastrofe si inferisce l'inopportunità o l'erroneità dell'iniziativa proposta. La forma dell'argomento è di tipo consequenziale: «Se si accetta X, ne conseguirà Y; Y provocherà W; W causerà Z. Ma nessuno vuole Z».

Abbiamo costruito una bella sequenza, come si fa nel gioco del domino, accostando bene tessera a tessera. Quindi va tutto bene se ciascuno degli anelli di questa concatenazione è saldamente agganciato al precedente e al successivo, se non presenta cedimenti strutturali e soprattutto se è l'unico possibile; meno bene se nel corso di questa lunga marcia proiettiva il podista stacca i piedi dal terreno e si mette a correre. Se la giuria se ne avvede è la squalifica e addio al traguardo e addio alla conclusione forzata. Ma qualcuno ci proverà sempre.

Un effetto notevole si può ottenere adottando questa fallacia nella variante definita “tesi della perversità”, la quale non si limita a prospettare effetti indesiderati, ma dichiara che il risultato finale sarà esattamente l’opposto di quello voluto. È una tattica allarmistica, giustificata se la sequenza di eventi fino a quello finale indesiderato è retta da un ininterrotto rapporto causale dimostrato; illecita in caso contrario.

Tattica prevalentemente difensiva, è utile quando si vuole contrastare in sede di dibattito l’adozione di un provvedimento. Basta tracciare sulla carta, metro dopo metro, una strada che finisca in un baratro e nessuno la imboccherà.

Nel nostro caso tendono a scivolare sul fondo sdruciolevole della brutta china le seguenti repliche.

«Oggi se la prendono con il crocefisso. Domani pure con il Natale ed intanto qualcuno ha tirato fuori l’idea dell’ora di religione islamica». Si paventa il rischio della china fatale.

«Non è per questa via che si viene attratti ad amare e a condividere di più l’idea europea, che come cattolici italiani abbiamo fortemente sostenuto fin dalle sue origini; sembra che si voglia disconoscere il ruolo del cristianesimo nella formazione dell’identità europea, che invece è stato ed è essenziale». Risposta brutta china blandamente ritorsiva.

«Sarebbe un errore drammatico fare dell’Europa uno spazio vuoto di simboli, pensieri, tradizioni e cultura». Risposta generalista e suscettibile di una obiezione di brutta china.

«La sentenza è fortemente ideologica e non è certamente condivisa dalla maggior parte della gente. Se continua su questa strada temo che l’Europa si allontani dalla gente».

Per controbattere gli argomenti della china scivolosa si suggeriscono le seguenti mosse tattiche:

- negare che ne deriveranno le temute conseguenze;
- citare l’incertezza del futuro;
- modificare lo scopo per eliminare le conseguenze negative;
- far prevalere sui piatti della bilancia le conseguenze positive;
- scegliere mezzi alternativi, che siano esenti dalle temute conseguenze negative, per raggiungere lo scopo che ci si prefigge;
- cercare di dimostrare che diversamente si avrebbero conseguenze ancor peggiori.

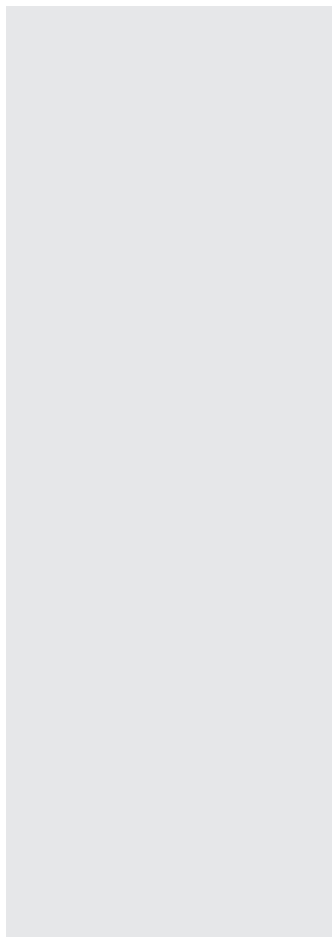
A utile completamento riportiamo altre reazioni alla sentenza e contestazioni più o meno estemporanee, più o meno meditate, più o meno fondate, ma che hanno trovato spazio nel dibattito e quindi ritenute non del tutto inconsistenti. Questa sequenza di repliche è confortante per chi teme di non sapere cosa dire quando si confronta in un dibattito ed attestano che abbiamo possibilità innumerevoli di dire ciò che vogliamo dire. Noi dobbiamo solo scegliere di dire una cosa in modo particolare, a modo nostro. Ad esempio, in modo:

- Storicizzante 1: «Il crocefisso fa parte della nostra storia».
- Storicizzante 2: «Un'antica tradizione non può essere offensiva per nessuno».
- Storicizzante 3 motivato: «La libertà di coscienza è nata col cristianesimo. Il cristianesimo è alla radici del liberalismo, democrazia, pluralismo e del laicismo».
- Ridimensionante: «Sentenza impregnata di vecchio illuminismo».
- Operiamo le debite distinzioni: «Laicismo illiberale, non liberale» (facile “distinguo”, come si usava fare nelle dispute scolastiche).
- Allarmato: «Non vogliamo morire islamici».
- Istigante: «Adesso si teme il radicalismo cattolico. Non dormite. Alzate la voce. Essere miti non significa dormire. Senza cristianesimo l'Europa non è».
- Dispettoso-sobillante: «Invito tutti gli insegnanti, i magistrati e tutti i Veneti ad esporre crocefissi in aule ed uffici».
- Reattivo-operativo: «Se qualcuno tenterà di rimuovere il crocefisso, troverà un muro umano guidato da Forza Nuova».
- Reattivo-normativo: «Una multa di 500 euro a chi non espone la croce».
- Legalistico qualunquista: «Sentenza senza capo né coda. Se ne sospenda l'esecutività».
- Legalistico esecutivo: «Quella sentenza non è in alcun modo vincolante. I crocefissi resteranno nelle aule».
- Noncurante: «Noi i crocefissi non li togliamo» (sindaco e amministrazione comunale).
- Linea di rappresaglia: «Io estremista? Caso mai, lo è la sentenza. Non potevo che agire, rispondendo in modo uguale, attraverso una imposizione, ma di segno opposto» (un sindaco che emise un'ordinanza di obbligo di presenza del crocefisso in aula).
- Provocatorio-ritorsivo: «I miei abitano all'incrocio di Via Lenin e Via Stalingrado. Non mi sento infastidito quando vado a trovarli, pur non essendo comunista».
- Mistico-ottimistico: «Caro Gesù, dai non prendertela. Sai perfettamente che chi ci prova, con tutte le sue forze, ad allontanarti, in verità non sta facendo altro che struggersi per la distanza che lo separa da te» (lettera al direttore).
- Interpellante ironico: «Demoliamo le cattedrali come i talebani hanno demolito i Buddha?»
- Fallace: «I cristiani sono ammazzati e perseguitati in 80 paesi del mondo» (due colpe non fanno una virtù, due asini non fanno un destriero).
- «Chi è contro il crocefisso vorrebbe gli italiani diversi. Chi è a favore, ha timore che lo diventino o lo siano già diventati. Cambiamento contro inerzia».

La sentenza fu alla fine nuovamente ribaltata. La Corte europea dei diritti dell'uomo, il 19 marzo 2011, con 15 voti a favore e 2 contrari, ha definitivamente stabilito che il crocefisso può restare in aula perché non è strumento di “indottrinamento” e la sua esposizione non influenza gli studenti: «se è vero

che il crocefisso è prima di tutto un simbolo religioso, non sussistono tuttavia nella fattispecie elementi attestanti l'eventuale influenza che l'esposizione di un simbolo di questa natura sulle mura delle aule scolastiche potrebbe avere sugli alunni». Mantenendo il crocefisso nelle aule «le autorità scolastiche hanno agito nei limiti della discrezionalità di cui dispone l'Italia nel quadro dei suoi obblighi di rispettare il diritto per i genitori di garantire l'istruzione conformemente alle loro convinzioni religiose». Grazie a Dio e per merito/causa di corti d'appello, argomentazioni e controargomentazioni.

DIRITTI UMANI E FONDAMENTALI



Quale uguaglianza per gli stranieri extracomunitari?

Lucia Tria

Arricchiamoci delle nostre reciproche differenze.
Paul Valéry

Le peculiarità della condizione giuridica dello straniero

La caratteristica peculiare della condizione giuridica degli stranieri migranti è rappresentata dalla soggezione a due diversi ordinamenti giuridici quello nazionale e quello dello Stato in cui si trovano, salva restando la condizione degli apolidi, per i quali ovviamente il suddetto dualismo non si verifica, ma si pongono problematiche specifiche, derivanti dalla particolare criticità della persone che «nessuno Stato, in base al proprio ordinamento giuridico», considera come propri cittadini (secondo la definizione di apolidia contenuta nell'art. 1 della Convenzione ONU relativa allo *status* degli apolidi, firmata a New York il 28 settembre 1954, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 1 febbraio 1962, n. 306).

La suddetta peculiarità comporta che la prospettiva dalla quale affrontare la questione non possa non essere molteplice cioè internazionale, sovranazionale e nazionale.

Nei Paesi europei, inoltre, si deve tenere conto del diverso percorso che hanno seguito nella materia rispettivamente il sistema CEDU e il sistema UE.

Va comunque considerato non solo che gli strumenti giuridici che regolano, sia a livello internazionale (e sovranazionale) sia al livello nazionale, la condizione dello straniero sono coordinati e complementari, ma anche che l'efficacia di tali strumenti rappresenta, in un certo senso, il banco di prova delle democrazie contemporanee.

Si tratta, infatti, dell'ambito in cui più di ogni altro emerge la necessità di assicurare un ragionevole bilanciamento tra libertà e sicurezza¹ e tra i diversi diritti che ne conseguono e che comunque risultano essere compresi tra i diritti e le libertà fondamentali.

Ciò significa che, come in effetti è accaduto, un ruolo determinante per consentire tale difficile operazione è quello che hanno svolto e svolgono i Giudici.

¹ A. PATRONI GRIFFI, *Lo statuto giuridico sovranazionale del migrante e la politica comune europea dell'immigrazione: considerazioni introduttive*, in *Europa e migranti*, in *Quaderni di Diritto pubblico europeo*, ESI, Napoli 2011, pp. 3 ss.

Del resto, come è stato autorevolmente sostenuto da Valerio Onida², «il diritto dei diritti fondamentali» oggi non è tanto di competenza del legislatore (le cui scelte sono spesso condizionate dal dare risposta ai transeunti problemi che, via via, sono sentiti come urgenti dalla volontà popolare), quanto piuttosto dei giudici, perché involge problemi di equilibrio di fondo che possono essere assicurati meglio in sede giudiziaria, a condizione che i giudici siano aperti al soprannazionale e all'internazionale e, cioè, ad instaurare un dialogo tra loro, non solo all'interno dei singoli ordinamenti di appartenenza, ma anche con le Corti soprannazionali, come la Corte EDU e la Corte di giustizia UE. In tal modo, si potrà creare un nuovo modello di produzione del diritto in senso oggettivo – una sorta di diritto comune dei diritti fondamentali – che avvicina i Paesi di *civil law* a quelli di *common law*.

Tra i giudici comuni la nostra Corte di Cassazione ha contribuito in modo significativo a rendere migliore il livello di tutela degli stranieri nel nostro Paese, con decisioni di grande interesse, sintomo dell'apertura dell'istituzione.

Comunque, dal punto di vista istituzionale, il primo giudice chiamato a dare un importante contributo alla suddetta difficile impresa è stata ed è la Corte Costituzionale. Non va dimenticato, del resto, che molti anni fa Luigi Mengoni – sul finire del suo mandato di Giudice costituzionale³ – significativamente sottolineò che il «problema centrale della giurisprudenza costituzionale» è quello di pervenire ad un equo bilanciamento tra principi o diritti fondamentali, avendo l'«abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato e in pari tempo di ridurlo là dove occorre dare spazio a nuovi punti di vista». Infatti, «non c'è nessun diritto – nemmeno i *preferred rights* o “valori supremi” – che, a partire da un determinato contesto, non possa essere limitato sulla base di un *test* comparativo con altri diritti o principi divergenti».

In ambito europeo un ruolo di grande rilievo ha avuto la Corte di giustizia UE, infatti come ha sottolineato il Presidente Giorgio Napolitano in un suo intervento dinanzi a questa Corte⁴, essa ha dimostrato, nel lungo, faticoso e non lineare cammino dell'integrazione europea cominciato più di cinquanta anni fa, di essere l'istituzione che più di ogni altra ha tenuto fermo il timone della visione originaria della costruzione europea e ne ha garantito il graduale, deciso progredire». E anche Jacques Delors, di recente, ha sostenuto che «l'Europa di Robert Schuman non sarebbe stata possibile senza la giurisprudenza», rilevando, in particolare, come proprio il diritto e la giurisprudenza abbiano «posto su

² V. ONIDA, relazione di sintesi del Convegno organizzato dalla sezione di Milano dell'Associazione nazionale magistrati il 21 maggio 2008 su *La viva voce della Costituzione nei suoi sessant'anni*.

³ L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi* in *Ars interpretandi*, Carocci, Roma 1996, pp. 95 ss.

⁴ Intervento davanti alla Corte di giustizia UE, tenuto a Lussemburgo il 4 febbraio 2009, consultabile sul sito della UE, www.europa.eu.

basi nuove – pacifiche, di reciproca comprensione, di rispetto di regole comuni – i rapporti tra gli Stati riconosciuti nel progetto europeo» e come proprio il diritto debba restare «alle fondamenta della costruzione europea».

Ovviamente, anche la Corte di Strasburgo ha avuto un ruolo molto significativo non solo per l'innalzamento del livello di tutela dei diritti umani in generale, ma soprattutto per l'ampliamento dell'ambito di tutela degli stranieri, principalmente grazie al suo "indomabile dinamismo interpretativo", che – ancorché sia inserito in un sistema che purtroppo non sempre ne garantisce l'effettiva utilità per l'interessato – comunque ha portato la Corte EDU ad emettere, soprattutto negli ultimi tempi, significative sentenze in questa materia, molto innovative rispetto alla sua precedente giurisprudenza e che sono fra le cause del pesante attacco che l'istituzione ha subito da parte del Primo Ministro inglese David Cameron, nel suo intervento svolto al Parlamento del Consiglio d'Europa, all'inizio della presidenza inglese del Consiglio stesso⁵.

È però evidente che l'importante lavoro svolto dalle Corti e dai Giudici non basta. Infatti, se, nel dossier statistico sull'immigrazione della Caritas-Migrantes del 2010, risulta che: «La metà dei nordamericani e degli europei, vede l'immigrazione come un problema» e la motivazione di questo atteggiamento deriva dall'ancora fortemente misconosciuta entità del contributo che la componente immigrata della popolazione continua a offrire allo sviluppo dei Paesi industrializzati, ciò significa che è necessario che, al livello informativo e soprattutto politico, il suddetto contributo emerga in modo più chiaro. Non tutti infatti hanno presente che la suddetta componente è cresciuta a ritmo accelerato negli ultimi vent'anni e che in Italia essa è arrivata non solo a coprire il deficit demografico, ma anche ad arginare gli effetti della crisi economica degli ultimi anni. Gli immigrati residenti in Italia, rivela la Caritas, sono pari a uno ogni 12 residenti, in prevalenza d'origine romena, albanese e marocchina (ed anche cinese e ucraina).

Nell'edizione 2011 del medesimo dossier la Caritas-Migrantes sottolinea che, nel corso dell'anno, la presenza degli stranieri regolari in Italia non risulta aumentata numericamente rispetto all'anno precedente (attestandosi intorno a 5 milioni di persone), comunque appare sempre più costante e strutturata, anche se non sempre è assecondata dalla legislazione «sia per quanto riguarda l'offerta di pari opportunità per l'inserimento sia per la garanzia della stabilità del soggiorno». Inoltre, anche in un momento di forte crisi economica, gli stranieri

⁵ Nel corso dell'intervento, formalmente diretto a rendere più efficiente il lavoro della Corte di Strasburgo, Cameron ha anche affrontato un argomento "cruciale" nei rapporti tra Regno Unito e Corte dei diritti dell'uomo, rappresentato dalle numerose sentenze di condanna emesse dalla Corte nei confronti del Regno Unito (così come nei confronti dell'Italia) a causa dell'inesistenza della normativa nazionale di strumenti che impediscano di effettuare il rimpatrio di soggetti colpiti da provvedimenti di espulsione verso Paesi ove vi sia l'incolumità personale dell'espulso sia in pericolo.

regolari appaiono come una risorsa per il Paese e complessivamente rendono di più (incidendo positivamente sull'equilibrio demografico e sulle nuove forze lavorative disposte ad inserirsi in tutti i settori) di quel che costano allo Stato. Viceversa molto costosi sono i rimpatri forzati degli irregolari, la gestione dei Centri di identificazione ed espulsione (CIE) e il sovraffollamento delle carceri determinato dall'uso frequente della detenzione nei confronti degli stranieri extracomunitari, per non parlare del forte nesso tra immigrazione irregolare ed economia sommersa che incrementa l'evasione fiscale e contributiva, e si traduce in forme di deprecabile sfruttamento.

In tale situazione, sarebbe necessaria una diffusione sempre più capillare dell'importanza e anche della "convenienza" di una tutela più efficace – a tutti i livelli – dei migranti, quali soggetti estremamente deboli, visto che l'emigrazione il più delle volte nasce appunto – come ci hanno insegnato i nostri progenitori – da disagi economici, sociali (tra i quali la bassissima preparazione scolastica) e territoriali. Non andrebbe, inoltre, dimenticato che i maltrattamenti che facilmente si possono infliggere agli immigrati possono creare sensi di vendetta o comunque di ribellione⁶.

Del resto, per citare ancora le parole del Presidente Napolitano⁷, «non comprendere la portata del fenomeno migratorio e non capire quanto sia stato e sia necessario il contributo dell'immigrazione per il nostro Paese significa semplicemente non saper guardare alla realtà e al futuro».

Ovviamente non si può negare la limitatezza delle risorse, ma neppure l'impossibilità di avere "frontiere ermetiche"⁸ sicché la strada migliore da percorrere è quella di incentivare i flussi regolari, visto che la presenza irregolare nel territorio nazionale, nella maggior parte dei casi non è dovuta all'ingresso senza autorizzazione ma alla permanenza protratta oltre il dovuto (c.d. *overstaying*)⁹. Al contempo sono necessarie anche altre misure come quella della intensificazione del dialogo con i Paesi di provenienza degli immigrati, salvo restando che nella gestione del fenomeno è opportuno creare una rete di maggiore solidarietà tra gli Stati UE, secondo la logica cui risponde il c.d. nuovo codice dei visti Schengen (Regolamento CE n. 810/2009), in vigore dal 5 aprile 2010. Tale codice ha, infatti, ampliato le disposizioni comuni da appli-

⁶ Basta pensare, a titolo di esempio, alla rivolta delle *banlieues* in Francia (cominciata nell'autunno 2005, durata per oltre 20 giorni e che, ogni tanto, rischia di riesplodere) e alle scene di guerriglia urbana verificatesi a Rosarno (nella Piana di Gioia Tauro) nel gennaio 2010, per la rivolta di alcune centinaia di lavoratori extracomunitari impegnati in agricoltura e accampati in condizioni inumane in una vecchia fabbrica in disuso e in un'altra struttura abbandonata.

⁷ Intervento all'incontro dedicato ai *Nuovi cittadini italiani*, Roma, Palazzo del Quirinale, 15 novembre 2011 in www.quirinale.it.

⁸ Dossier statistico dell'immigrazione della Caritas-Migrantes per il 2011.

⁹ European Migration Network (EMN), *Canali migratori. Visti e flussi irregolari. Quarto rapporto*, a cura di EMN/Ministero dell'Interno, Roma, marzo 2012.

care a tutto il territorio europeo in materia di visti, favorendo la collaborazione tra le sedi diplomatico-consolari degli Stati membri della UE onde concordare comportamenti omogenei, anche attraverso incontri periodici.

Bisogna, a livello europeo, affrontare, con particolare attenzione, la questione dell'identificazione del Paese responsabile della prima accoglienza dei migranti, nella consapevolezza che la normativa attualmente vigente ha dimostrato molti problemi applicativi – alcuni dei quali stigmatizzati dalle Corti CEDU e UE – principalmente per la non rispondenza alla realtà del presupposto su cui si fonda, rappresentato dall'equivalenza dei sistemi di accoglienza dei diversi Paesi europei¹⁰.

Va amaramente osservato, invece, che negli ultimi anni, in conseguenza della crisi economica globale, i singoli Stati occidentali – in particolare, europei – tendono ad assumere scelte non coerenti alla suddetta necessità di coordinamento delle politiche dell'immigrazione e che appaiono andare in controtendenza anche rispetto alle dichiarazioni di consapevolezza del ruolo determinante da attribuire al rafforzamento della tutela i diritti e le libertà fondamentali al fine di sviluppare e consolidare l'azione politica di pace all'interno dello spazio europeo e al livello mondiale.

Ciò, ad esempio, è accaduto in Francia con le espulsioni in blocco dei Rom, in Germania con la dichiarazione della Cancelliera Angela Merkel sul fallimento del multiculturalismo nel proprio Paese e l'attribuzione della relativa responsabilità agli immigrati, e ciò avviene normalmente negli scambi commerciali intrattenuti dai Paesi europei e occidentali, in genere, con la Cina, la cui condotta in materia di diritti e libertà fondamentali è universalmente nota (basta pensare ai *laogai*¹¹ e ai vari casi dei dissidenti, quale quello dell'avvocato cieco Chen Guangcheng).

Tutto ciò dà, emblematicamente, l'idea di come i diritti umani o fondamentali possano avere una pregnante valenza anche economica.

Per bilanciare quanto sin qui osservato si deve anche considerare che, oltre a fatti negativi, sul cammino per l'affermazione dei diritti umani o fondamentali si registrano anche fatti molto positivi e di grande valore anche simbolico.

Non bisogna, quindi, scoraggiarsi, ma è anche necessario rimanere vigili e mantenersi informati, soprattutto per evitare di commettere l'errore di pensare che le violazioni dei diritti umani o fondamentali riguardino solo gli "altri", che cioè i Paesi con una tradizione democratica ed economica maggiormente consolidata ne siano esenti, mentre ciò è smentito dai fatti.

¹⁰ Vedi, per tutti: discorso di M. Antonio Guterres, Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati, in occasione della cerimonia di apertura dell'anno giudiziario della Corte europea dei diritti dell'uomo, Strasburgo, 28 gennaio 2012.

¹¹ Va tenuto presente che, significativamente, la parola cinese "laogai" vuol dire "riforma, rieducazione attraverso il lavoro".

La centralità del tema per i Paesi europei

Da queste notazioni di carattere generale emerge con chiarezza che il tema, particolarmente delicato e sensibile, della regolamentazione della condizione giuridica degli stranieri extracomunitari non può non risentire di grandi contraddizioni anche se è evidente che, nel corso degli anni, si siano avuti notevoli progressi, al livello normativo e nelle pronunce giurisdizionali, nonostante le maggiori difficoltà registratesi, soprattutto dopo la crisi economico-finanziaria degli ultimi anni, nelle attività dei Governi e quindi dei cittadini.

Va, comunque, tenuta presente la centralità del tema sia per i singoli Paesi europei sia per l'Europa nel suo complesso, dal momento che si tratta di un ambito nel quale l'integrazione dei diversi sistemi (nazionali ed eurounitari) è inevitabile (per quanto fin qui si è detto) e quindi la ricerca di una soddisfacente soluzione dei problemi che esso pone rappresenta una – o, forse, “la” – sfida che tutti noi – e, per primi, la UE, il Consiglio d'Europa, l'OSCE (Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa) – siamo chiamati a vincere nei prossimi decenni e che mette in gioco lo stesso ruolo del vecchio continente nel mondo e la sua capacità di partecipare da protagonista alla ridefinizione degli equilibri globali, salvaguardando i propri interessi ma anche riscoprendo la “sua anima”, cioè i propri nobili valori fondanti.

La suddetta indispensabile integrazione tra i vari sistemi, del resto, è riconosciuta anche dall'art. 10, secondo comma, della nostra Costituzione in base al quale: «La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali».

Il necessario riferimento ad un sistema di fonti complesso – internazionali, sovranazionali e nazionali – per il diritto dell'immigrazione rende sempre più difficile garantire l'effettività del principio dell'uguaglianza di tutti di fronte alla legge, sia per la continua evoluzione delle fonti sia per i conseguenti mutamenti delle regole di interpretazione e dei rapporti tra le Corti supreme (europee e nazionali) tra loro e con i Giudici chiamati a dare applicazione alle differenti norme.

Va comunque ricordato, per quel che riguarda il nostro Paese, che l'art. 2 Cost. stabilisce che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». E la suddetta tutela, come più volte sottolineato dalla giurisprudenza anche di recente, riguardando diritti fondamentali, deve essere riconosciuta indipendentemente dalla cittadinanza del beneficiario, in quanto pur riferendosi il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. ai soli cittadini, esso tuttavia vale anche nei confronti degli stranieri quando viene in considerazione il rispetto dei diritti fondamentali tutelati dall'art. 2 Cost. nonché dalle norme e dai trattati internazionali richiamati dall'art. 10, secondo comma, Cost.¹².

¹² Secondo un orientamento ormai consolidato della Corte Costituzionale e della Corte di

Analoghi riconoscimenti sono contenuti nelle principali Carte internazionali ed europee che costituiscono le fondamenta dell'attuale sistema di tutela dei diritti umani nel mondo occidentale, così come in gran parte delle Costituzioni degli Stati membri della UE.

In questo contesto si pone la questione delle modalità attraverso le quali, in Europa e in Italia, viene attribuito un contenuto concreto al suddetto principio di uguaglianza nei confronti degli stranieri, sulla base della premessa secondo cui il termine generico di "straniero extracomunitario migrante" accumuna realtà molto diverse (per Paesi di provenienza e situazioni soggettive) che ovviamente richiedono differenti discipline, pur dovendo tutte rispondere al canone fondamentale del rispetto della dignità umana.

La prima – generale – partizione tra le suddette diverse situazioni soggettive è quella tra soggetti che possono richiedere una delle diverse forme di protezione internazionale e soggetti che non possono richiederla.

Questo è l'ambito nel quale ha maggiore rilievo la disciplina europea e che ha priorità logica non solo perché l'ingresso degli stranieri in Italia, comporta quello in Europa, ma anche perché – diversamente da quel che si verifica per gli stranieri regolari, il cui numero negli ultimi anni è pressoché costante – dal 2010 in poi si è registrato un grandissimo aumento delle domande di asilo presentate nei diversi Paesi UE, e in particolare nel nostro Paese, con notevoli conseguenze sulla tenuta del sistema di accoglienza nazionale (e con riflessi su quello europeo). Inoltre questo è anche il settore nel quale entra maggiormente in crisi la distinzione tra stranieri regolari, irregolari (stranieri che hanno perduto i requisiti necessari per la permanenza sul territorio nazionale, per esempio perché è scaduto e non è stato rinnovato il permesso di soggiorno di cui erano però erano in possesso all'ingresso in Italia) e clandestini (entrati in Italia senza regolare visto di ingresso).

Da più parti, infatti, viene criticato lo stesso uso indiscriminato del termine "clandestino" – normalmente adoperato per indicare qualcosa che «ha carattere di segretezza in quanto difforme dalla legge o dalle norme sociali e quindi perseguibile giudizialmente o condannabile moralmente»¹³ – che, pur avendo una valenza di per sé negativa (anche simbolicamente), viene tuttavia utilizzato per indicare situazioni molto diverse tra loro e soprattutto finisce con il riguardare anche soggetti che si limitano a fuggire da realtà nazionali molto critiche per cercare semplicemente di sopravvivere.

Cassazione (vedi per tutte: Cass. 7 maggio 2009, n. 10504; Cass. 24 febbraio 2010, n. 4484; Cass. 11 gennaio 2011, n. 450).

¹³ Vedi F. SABATINI - V. COLETTI, *Dizionario della lingua italiana*, voce "clandestino".

Caratteri generali dello statuto giuridico degli stranieri extracomunitari in Europa

Quando si parla di “statuto giuridico” degli stranieri in Europa ci si riferisce principalmente a quelle situazioni e condizioni riconosciute agli stranieri in base alla politica dell’immigrazione che si è sviluppata nel corso degli anni sia nell’ambito della UE sia nell’ambito del sistema del Consiglio d’Europa e quindi tra i Paesi aderenti alla CEDU.

Tale cammino è partito da una situazione in cui in gran parte dei Paesi europei le uniche forme giuridicamente disciplinate di protezione internazionale erano rappresentate dal diritto di asilo (categoria ampia, costruita nel nostro Paese sulla base dell’art. 10, terzo comma, Cost., e che per sua natura non dà luogo ad uno stabile titolo di soggiorno, ma solo al diritto di ingresso ed eventualmente ad un permesso di soggiorno di natura umanitaria), dallo *status* di rifugiato (indefettibilmente collegato all’accertamento di un fondato *fumus persecutionis* nel Paese di provenienza) alla attuale situazione in cui, oltre alla situazione del richiedente asilo e allo *status* di rifugiato, sono previsti vari tipi di “qualifica” per la protezione internazionale – protezione sussidiaria, protezione umanitaria nonché protezione temporanea, legata ad eccezionali ipotesi di esodi di massa (dovuti a disastri naturali, calamità, rivolgimenti politici violenti e così via) – che danno diritto ad ottenere permessi di soggiorno (di diverso contenuto e di differente validità), pur non presupponendo la sussistenza dei requisiti previsti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, in base all’art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951.

Va, però sottolineato che anche in conseguenza della crisi economico-finanziaria di questi anni, la spinta ideale che ha determinato l’importante evoluzione normativa registratasi in materia, prioritariamente al livello europeo – e che naturalmente si è tradotta in significative modifiche delle legislazioni dei singoli Stati, compreso il nostro – attualmente appare un po’ appannata e vi sono notevoli chiaroscuri e contraddizioni, visto che in molti Paesi europei – compreso il nostro – la politica nei confronti degli stranieri sembra essere dominata dall’ostile “ossimoro allontanamento-trattenimento” nei centri di permanenza¹⁴.

Comunque, le criticità che si riscontrano nel sistema europeo, non esimono dal riconoscere che la situazione normativa italiana sia molto migliorata in conseguenza del recepimento delle numerose direttive emanate dalla UE in esecuzione del Regolamento Dublino II e della giurisprudenza (soprattutto della Corte di Cassazione) che ne ha interpretato le disposizioni in senso garantistico, sia con riguardo all’individuazione del contenuto delle situazioni soggettive correlate alle diverse misure di protezione internazionale, sia in riferimento alla

¹⁴ Da ultimo: G. BASCHERINI, *A proposito delle più recenti riforme in materia di trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione* in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 1/2012, www.costituzionalistitaliani.it

configurazione del procedimento giurisdizionale attraverso il quale lo straniero può far valere la propria istanza.

Lineamenti della normativa in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri in Italia

La normativa UE lascia alla competenza degli Stati – salvo restando che le diverse legislazioni nazionali, pur contenendo differenti discipline, si iscrivono sempre nell’ambito del sistema europeo di cui devono rispettare i principi – la determinazione dei requisiti cui sono subordinati l’ingresso e il soggiorno regolare nei territori di rispettiva appartenenza degli stranieri immigrati extracomunitari, specialmente con riferimento a coloro la cui immigrazione non sia determinata principalmente dalla necessità di avere protezione internazionale.

Le ragioni che, in questo ambito, possono giustificare il soggiorno nel nostro Paese sono le più varie, ad esempio, turismo, motivi di salute, studio, ricongiungimento familiare e lavoro. Statisticamente, la maggior parte delle persone che entrano nel nostro Paese per un soggiorno lungo lo fanno per ricongiungimenti familiari o per lavoro.

La nostra normativa è molto ampia e complessa pertanto in questa sede mi limito a sottolineare che – a parte le gravi questioni relative all’eccessiva “criminalizzazione” dei comportamenti – il maggiore difetto della disciplina è rappresentato dalla complessità dell’*iter* burocratico previsto per ottenere il titolo di soggiorno che, da un lato non favorisce il raggiungimento e il mantenimento, da parte dello straniero, di una posizione regolare e, d’altra parte, è causa di notevoli ritardi delle amministrazioni competenti che rischiano di provocare gravi danni agli interessati (quali la perdita dell’alloggio, del lavoro e così via), come si apprende ogni giorno anche dalle notizie giornalistiche.

Inoltre, nel caso del permesso di soggiorno per ragioni di lavoro, il tipo di immigrato al quale è permesso di insediarsi stabilmente e regolarmente nel mercato del lavoro nazionale è quello del lavoratore a tempo pieno e indeterminato che rimane alle dipendenze del medesimo datore di lavoro per un lungo periodo e ciò appare in contrasto con l’attuale struttura del mercato del lavoro dei Paesi occidentali.

Osservazioni conclusive

Va comunque, tenuto presente, al di là delle normative, per sperare di promuovere prassi virtuose – e fare sì che, nell’ambito della tutela dei diritti fondamentali, si faccia sempre più strada il “giudice diffuso” rappresentato dall’opinione pubblica – è molto importante che tutti gli operatori giuridici (principalmente giudici, avvocati, esponenti della dottrina), in primo luogo all’interno dei singoli Stati, parlino un linguaggio comune ed acquisiscano la consapevolezza di dover «lavorare ad una vocazione internazionale», sapendo che, per poter impegnarsi «a difendere chi ne ha bisogno» senza tralasciare di considerare le

esigenze di sicurezza e la limitatezza delle risorse disponibili, è necessario tenere conto, oltre che della normativa nazionale, anche di quella europea (come interpretata dalle Corti di Strasburgo e Lussemburgo), dei trattati internazionali ed, eventualmente, delle norme vigenti negli altri Paesi (anche extraeuropei)¹⁵.

Infatti, un impegno degli operatori giuridici del settore in tal senso è lo strumento migliore per provocare l'intervento interpretativo di segno evolutivo delle Corti supreme nazionali ed europee, che, da sempre, offre un contributo determinante all'aumento del tasso di effettività della tutela dei diritti fondamentali.

Ed è proprio questo aumento il vero obiettivo da perseguire, come è stato ribadito di recente nel Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia, presentato il 17 aprile 2012, ove si è proprio messo l'accento sulla necessità di ognuno di non dimenticare mai che non può esistere nessuna Costituzione, nessuna legge, in nessun Paese del mondo che possa prevedere che una donna o un uomo possano essere privati della propria dignità.

E, in questo contesto, il ruolo degli avvocati è centrale: essi fungono da "cerniera" del sistema perché, potendo istituzionalmente essere sia latori delle istanze di giustizia delle vittime, sia difensori dei pretesi responsabili delle violazioni, hanno modo di contribuire significativamente a diffondere la cultura del riconoscimento della pari dignità di tutti gli individui e, quindi, in ultima analisi a superare le paure del "diverso da sé".

In questo difficile momento, ogni componente della "famiglia europea", prefigurata da Winston Churchill – nella consapevolezza che, a causa di miopi e suicidi egoismi e particolarismi dei Governi, degli Stati e dei popoli, stiamo rischiando di disperdere i valori nobili che ispirarono quel progetto – deve cercare di fare di tutto perché ciò non accada e per continuare a credere che l'obiettivo comune debba essere quello di dare a tutti la «possibilità di godere di quelle semplici gioie e di quelle speranze che fanno sì che la vita valga la pena di essere vissuta»¹⁶.

Sarebbe bello ritrovare lo spirito che fece dire a Charlie Chaplin che la sua prima sensazione dopo il successo del personaggio Charlot fu quella di tristezza, per essere diventato ricco facendo la parte del povero.

¹⁵ Così, nel corso Convegno su *La difesa dei diritti umani e il ruolo dell'avvocatura*, organizzato nel 2010 dal CNF a Roma, si è espresso il Presidente e fondatore di "*Avocats sans frontières*", Francois Cantier.

¹⁶ Sono le parole pronunciate da Churchill nel famoso *Discorso alla gioventù accademica*, tenuto all'Università di Zurigo il 19 settembre 1946. Questo discorso è considerato come la prima tappa del percorso che portò alla firma del trattato di Londra (oggi conosciuto come Statuto del Consiglio d'Europa) che, il 5 maggio 1949, istituì il Consiglio d'Europa. Poco dopo, il Ministro degli Esteri francese Robert Schuman, in collaborazione con Jean Monnet, redasse il famoso "Piano Schuman", pubblicato il 9 maggio 1950, giorno che oggi è considerato la data di nascita dell'Unione Europea.

L'eguaglianza, vettore dell'integrazione europea*

Alexander Schuster

L'essenza della tutela europea dei diritti umani

«La dignità umana rappresenta il valore fondamentale che è al centro del diritto positivo europeo in materia di diritti umani – che si tratti della Carta sociale europea oppure della Convenzione europea per i diritti umani»¹. Ciò è quanto ribadì il Comitato europeo dei diritti sociali in una decisione di alcuni anni fa, dopo aver enunciato alcuni paragrafi prima che il sistema di tutela dei diritti offerto dalla Carta è complementare a quello convenzionale e poggia sui valori di dignità, autonomia, eguaglianza e solidarietà².

L'eguaglianza assume un ruolo assai rilevante nell'affermare l'essenza del sistema europeo di tutela dei diritti della persona. Certo ciò vale altresì con riguardo agli ordinamenti nazionali, in cui il principio di eguaglianza è immancabilmente parte dell'arco costituzionale che presidia i diritti inviolabili e intangibili della persona. È vero, inoltre, anche con riguardo all'ordinamento internazionale, in cui l'eguaglianza di tutti gli essere umani è riconosciuta sia in documenti fondanti come la Dichiarazione universale che nelle declinazioni dei diritti attuate con convenzioni specifiche (si pensi alla parità di genere o alla tutela dei minori).

Tuttavia, all'interno della dimensione giuridica propriamente europea l'eguaglianza ha acquisito connotazioni che la contraddistinguono rispetto alle evoluzioni e affermazioni che si sono realizzate altrove. Ciò è dovuto *in primis* al fatto che origina dalla ricchezza delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati

* Il presente contributo prende spunto dall'intervento tenuto in occasione della conferenza *Eguaglianza e giustizia. I diritti LGBTI nel XXI secolo*, 12-13 maggio 2011, Firenze, in occasione della presentazione del *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Unione Europea, Lussemburgo 2011, realizzata con la collaborazione della Scuola Superiore dell'Avvocatura e della Corte europea per i diritti umani. L'autore ha collaborato con l'Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea per la produzione dell'edizione italiana del manuale. Il volume, frutto di un progetto congiunto di Agenzia e Corte, è disponibile in diverse lingue e può essere ordinato in formato cartaceo oppure scaricato gratuitamente dai siti istituzionali, tra i quali quello della Scuola Superiore dell'Avvocatura. Nell'aprile 2012 è stata pubblicata anche un'appendice di aggiornamento.

¹ Così si è espresso il Comitato europeo dei diritti sociali nel ricorso collettivo *Federazione internazionale dei diritti umani c. Francia*, n. 14/2003, dec. 8 settembre 2004, pt. 31.

² Pt. 27. Si tratta di un fondamento comune e reiterato in diverse fonti (per esempio v. Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e si osservi come lo stesso preambolo del Trattato UE faccia riferimento ai diritti sociali fondamentali definiti nella Carta sociale europea del 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989).

membri e dal conseguente pluralismo interpretativo che ne discende. In secondo luogo il percorso di integrazione europea è costeggiato da un parallelo percorso di affermazione dei diritti umani in cui l'eguaglianza gioca un ruolo assolutamente preminente. Poiché tale percorso ha avuto diversi protagonisti, essa si è sviluppata in direzioni distinte. La molteplicità di fonti, interpretazioni e contesti applicativi ha determinato un *corpus* eterogeneo in cui per molto tempo i canali di comunicazione reciproca erano assenti. In particolare, l'approccio teorico e metodologico che ne discende diverge ampiamente da contesto a contesto, sì che ancora oggi si registra l'assenza di una prassi omogenea di ricostruzione delle fattispecie e di analisi delle disparità di trattamento.

Tuttavia, come si avrà modo di evidenziare, non si può non cogliere una nuova linea evolutiva. Negli ultimi cinque anni si è affermato un vero *mainstreaming* giurisprudenziale di tutela della non discriminazione, il cui effetto è quello di produrre una progressiva convergenza fra il sistema proprio del Consiglio d'Europa e quello dell'Unione Europea. L'avvocato così come il magistrato hanno l'opportunità di divenire attori primari di questa evoluzione e di fare di necessità virtù. Infatti, per gli operatori del diritto non è più possibile adottare una strategia processuale che reiteri la dicotomia CEDU/UE. Occorre ragionare oramai secondo un'ottica integrata di tutela, anche se questa fase di transizione da un contesto teorico frammentato ad uno più coeso comporta delle difficoltà pratiche importanti di cui gli operatori devono essere consapevoli. Abbracciando questo necessario approccio olistico gli operatori del diritto diventano però anche attori primari dell'integrazione europea.

Una pluralità di fonti e una tutela multilivello

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali adottata a Roma nel 1950 enuncia all'art. 14 il divieto di discriminazione. Il limite maggiore che conosce questa norma è la sua portata. Infatti, il divieto vale unicamente in relazione al godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella stessa Convenzione. Ciò implica, quindi, che non gode di autonoma diretta applicazione quale principio generale di non discriminazione. Ne consegue che situazioni soggettive che non sono connesse a diritti garantiti dalla CEDU, non possono essere conosciute dalla Corte, neanche quando si verifichi da parte dello Stato una violazione manifesta del divieto di non discriminazione. Quindi, l'articolo 14 è ancillare rispetto agli altri articoli, suoi presupposti logici necessari, e svolge una funzione complementare. La Corte tendeva a non procedere all'analisi dell'art. 14, ritenendo questa spesso superflua se prima aveva già ravvisato una violazione del diritto sostanziale. Le possibilità applicative del divieto di non discriminazione erano quindi limitate.

Ciò mutò con l'affermarsi di una giurisprudenza espansiva della Corte. Da una parte questa ha ampliato la casistica coperta dalla Convenzione, dall'altra, affinché l'art. 14 sia invocabile, è ora sufficiente che la fattispecie attenga ad

un diritto che cada “*sous l'empire*” della CEDU, secondo l'espressione usata dai giudici. Si crea così una zona di “penombra” convenzionale di cui la Corte ha fatto ampio uso per espandere la propria giurisprudenza. Ad esempio, la tutela dell'identità personale è protetta dall'art. 8 CEDU e consente di condannare lo Stato maltese che discrimina il minore nell'attribuzione della cittadinanza a causa dell'unione non coniugale dei genitori. Questi sviluppi spiegano perché negli ultimi cinque anni la giurisprudenza di Strasburgo assommi più della metà di tutte le decisioni fondate sull'art. 14 CEDU.

Questo trend si manifesta anche su un binario parallelo a quello giurisprudenziale. Infatti, il Consiglio d'Europa ha promosso un protocollo, il n. 12³, che enuncia un generale principio di non discriminazione, come tale scollegato dagli articoli sostanziali della Convenzione e quindi dotato di una portata generale. La mancata ratifica da parte di due terzi degli Stati può spiegare la ragione della recente azione espansiva facente leva sull'art. 14 CEDU da parte della Corte, il cui effetto in ultima analisi è quello di supplire alla diffusa resistenza da parte delle alte parti contraenti.

Le esitazioni da parte degli Stati dell'Europa occidentale e centrale si rispecchiano anche nella scelta di escludere detto Protocollo dalla bozza di accordo per l'adesione dell'Unione alla CEDU⁴. Se è chiaro che l'adesione prevista da Lisbona apre a tutto il sistema convenzionale, secondo l'attuale bozza oltre alla Convenzione del 1950 solo alcuni protocolli sarebbero firmati dall'Unione Europea in prima battuta. Ciò non toglie, comunque, che oltre alla CEDU stessa, anche i protocolli sono parte dei principi generali dell'ordinamento comunitario di cui la Corte di giustizia dell'Unione Europea deve garantire il rispetto. Ove così non fosse i giudici di Strasburgo potrebbero condannare gli Stati, quali agenti dell'Unione, per violazione ad esempio del diritto di proprietà, garantito dal primo protocollo⁵.

Il Consiglio d'Europa ha affiancato alla CEDU altri strumenti importanti di tutela dei diritti e in essi il principio di non discriminazione è presente quale manifestazione di un *mainstreaming* oramai consolidato. Uno degli strumenti più importanti per la sua portata generale attiene alla protezione dei diritti sociali. La Carta sociale europea, adottata nel 1961⁶ e riveduta nel 1996⁷, declina

³ Protocollo n. 12 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, STCE n. 177, aperto alla firma degli Stati membri firmatari della Cedu a Roma il 4 novembre 2000, entrato in vigore il 1° aprile 2005 e ratificato al 1° gennaio 2012 da diciotto Stati, ma non dall'Italia.

⁴ *Projet d'instruments juridiques pour l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, CDDH-UE(2011)16, 19 luglio 2011.

⁵ Si veda a tal proposito la nota sentenza del 20 giugno 2005, *Bosphorus c. Irlanda* [GC], ric. n. 45036/98, CEDH 2005-VI.

⁶ Carta sociale europea, STCE n. 35, aperta alla firma a Torino il 18 ottobre 1961, entrata in vigore il 26 febbraio 1965.

⁷ Carta sociale europea (riveduta), STCE n. 163, aperto alla firma a Strasburgo il 3 maggio 1996 ed entrata in vigore il 1° luglio 1999.

il principio di parità di trattamento e di non discriminazione in diverse parti e ne offre un'enunciazione generale nella Parte V, art. e. Nonostante la delicatezza politica propria dei diritti sociali, la Carta non è sguarnita di strumenti di monitoraggio e di sindacato sulle violazioni dei diritti in essa affermati da parte degli Stati. Tramite lo strumento del ricorso collettivo è possibile portare casi di violazione all'attenzione di un Comitato *ad hoc*. Si tratta certo di un meccanismo diverso rispetto a quello della Corte europea dei diritti umani, ma che non di meno è capace di sancire una violazione del principio di non discriminazione e portarla all'attenzione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa.

Sempre con riguardo al contesto europeo e senza estendere il ragionamento alle fonti internazionali promosse dall'ONU, che pure svolgono un ruolo importante anche con riguardo a eguaglianza e non discriminazione, l'Unione Europea tramite i suoi trattati ha introdotto negli ordinamenti nazionali una nuova dimensione. Sin dal trattato storico della Comunità economica europea fino a quello dell'Unione Europea e alla Carta dei diritti fondamentali si è affermata la parità di trattamento fra uomo e donna, quindi la non discriminazione con riguardo ad alcune caratteristiche protette, giungendo, infine, all'affermazione di principi generali nella Carta di Nizza. L'integrazione europea ha così abbandonato il suo alveo originario di integrazione economica e ha assunto le vesti di una integrazione fondata anche sui diritti umani.

L'ordinamento comunitario sconta il fatto che il principio di eguaglianza si è per primo manifestato tramite l'obbligo in capo agli Stati di garantire la parità di trattamento, prima limitata al genere, poi estesa ad altri fattori tra cui l'origine etnica, la disabilità, la religione e le convinzioni personali, l'età, l'orientamento sessuale. Una dimensione peculiare assume invece la non discriminazione per nazionalità, per l'evidente ruolo trasversale che riveste nell'assicurare le libertà fondamentali e il mercato interno. È quindi un approccio frammentato, non generale, che pone il dubbio che all'interno della tutela comunitaria vi sia una gerarchia fra le caratteristiche protette, non foss'altro per la differente tutela accordata dalle stesse norme europee e una giurisprudenza della Corte di Lussemburgo che non fa chiarezza sullo stato privilegiato o meno che sarebbe da accordare ad alcune caratteristiche rispetto ad altre.

La Corte di giustizia ha sancito che il principio di eguaglianza è uno dei principi generali del diritto dell'Unione. La Carta di Nizza dedica ad esso tutto il titolo III (artt. 20-26), offrendo un'elencazione, comunque non esaustiva, che include caratteristiche quali il patrimonio e le caratteristiche genetiche. Vi sono, quindi, fattori che trovano una tutela nell'ambito di beni e servizi e in quello lavorativo, altri solo in quest'ultimo, altri ancora solo ai fini della Carta di Nizza, con tutti i dilemmi applicativi che quest'ultima fonte pone.

Gli operatori del diritto, quando si trovano chiamati ad analizzare situazioni concrete, devono avere in mente che, al di là della tutela garantita dall'art. 3 della Costituzione sia sotto il profilo dell'eguaglianza, che sotto quello intimamente connesso della ragionevolezza, lo Stato italiano deve garantire una

protezione che trae linfa da una molteplicità di fonti sovranazionali ed internazionali. Tale tutela multilivello fondata su fonti e attori distinti ha determinato l'emergere di un *corpus* giurisprudenziale cospicuo, ma anche di approcci teorici diversi. La Corte di Strasburgo ha un raggio di azione potenzialmente assai ampio, anche grazie ad un'interpretazione espansiva della "penombra" dei diritti sostanziali protetti dalla Convenzione e dai protocolli⁸. Essa manca, tuttavia, delle efficaci capacità di incidere sui diritti nazionali proprie del diritto comunitario. Per quanto questo abbia margini di intervento minori, il giudice italiano può invocarlo per disapplicare le fonti primarie o per sospendere il giudizio operando un rinvio ex art. 267 TFUE.

L'esistenza di differenze, ma anche l'emergere di convergenze

Di questo sistema articolato il giurista deve avere necessariamente padronanza per garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali e sviluppare la strategia appropriata. Infatti, sin dai primi atti giudiziari l'avvocato è chiamato a riflettere sulle possibilità di ricorrere presso organi giurisdizionali o paragiurisdizionali internazionali per tutelare le ragioni del proprio assistito. A pena di inammissibilità deve essere sollevata già avanti le corti nazionali la violazione del diritto tutelato dalle fonti sovranazionali. Si pensi alla giurisprudenza sviluppata dalla Corte di Strasburgo con riguardo all'art. 35, c. 1, CEDU, in tema di ammissibilità del ricorso individuale⁹, secondo cui, se non deve essere invocato davanti ai giudici nazionali specificamente il diritto protetto dalla CEDU, la doglianza deve essere sollevata «quantomeno nella sostanza».

L'analisi che deve essere condotta sin dall'inizio per non pregiudicare alcuna via di ricorso è resa difficile dal *corpus* giuridico eterogeneo fra Consiglio d'Europa e Unione Europea in materia di non discriminazione. Il formante legislativo non è l'unico a determinare questa divergenza di approccio. Ad esso si somma quello giurisprudenziale, il quale va ben oltre il dato che emerge dalla lettura delle sentenze. Infatti, gli approcci di un giudice di Strasburgo e di uno di Lussemburgo sulla medesima questione sono ispirati a presupposti metodologici e teorici differenti, fortemente radicati nelle tradizioni interpretative delle rispettive corti. Inoltre, anche il formante dottrinale non contribuisce ad avvicinare i due sistemi di protezione. Infatti, vi è una tendenza ad occuparsi o dell'ambito convenzionale o di quello dell'Unione, con scarsa propensione a riunire i due approcci a livello dogmatico.

Ciò detto, occorre tuttavia rilevare che importanti elementi inducono a ritenere che le due Corti tenderanno a convergere sempre di più e che i formanti menzionati stiano già ora contribuendo ad avvicinare i due sistemi. A livello

⁸ Si ricorda, infatti, che l'art. 14 CEDU è complementare anche ai protocolli.

⁹ Si veda Corte europea dei diritti umani, *Guide pratique sur la recevabilité*, Strasbourg, 2011, disponibile sul sito istituzionale <http://www.echr.coe.int>.

istituzionale si profila l'adesione dell'Unione alla CEDU, il che determinerà necessariamente una formalizzazione del rispetto da parte degli organi comunitari, inclusa la Corte di giustizia, di quanto sancito in tema di non discriminazione dalla Convenzione, in particolare in quanto interpretata dalla "sua" corte. I giudici di Lussemburgo non avranno più formalmente l'ultima parola in tema di discriminazione, essendo il ricorso a Strasburgo necessariamente successivo all'esperimento di tutti i rimedi interni, fra i quali rientrano anche quelli propri del diritto dell'Unione¹⁰.

L'adesione potrebbe anche determinare influenze inverse. Infatti, la presenza di un giudice di nomina propria consentirebbe all'Unione di instillare più di quanto non accada oggi alcuni approcci teorici nella giurisprudenza della Corte. L'intensificarsi del dialogo fra giudici europei, esemplificato a livello istituzionale dagli incontri periodici fra i presidenti delle due corti, opera soprattutto a livello di letture incrociate delle relative decisioni, sempre più frequentemente vertenti sulle medesime vicende o su fattispecie affini.

Questo dialogo produrrà soprattutto frutti se la Corte di giustizia irrobustirà il proprio ruolo di guardiano dei trattati anche per quanto attiene ai diritti umani, magari a fronte di un intervento decrescente della Corte europea. L'iniziativa di diversi Stati del Consiglio d'Europa, capitanati dal Regno Unito, per ridurre i margini di intervento della Corte a difesa delle prerogative nazionali, di cui la dichiarazione di Brighton doveva essere – ma poi nella versione finale¹¹ non è stata – il manifesto, l'inusitata pressione di fatto politica sulla Corte emersa in occasione di casi "sensibili" come il caso Lautsi deciso dalla *Grande chambre*, nonché le numerose nomine di giudici secondo la nuova procedura stabilita dal Protocollo 14 in sostituzione di quelli che negli ultimi dieci anni hanno determinato un'importante svolta nella storia della CEDU, sono elementi che possono indurre a ritenere che la giurisprudenza della Corte conoscerà una fase nuova.

Il testimone della promozione dei diritti a livello europeo potrebbe essere allora assunto dalla Corte di giustizia, la quale nel 2011 ha aperto un nuovo capitolo con il caso *Ruiz Zambrano*¹². Ove un individuo sia leso nel godimento effettivo dell'essenza dei diritti connessi al suo status di cittadino dell'Unione la Corte ha competenza a giudicare ai sensi dell'art. 20 TFUE. Anche alla luce della giurisprudenza successiva ci si interroga quale sia la portata di questa "*jouissance effective de l'essentiel des droits*"¹³. Nel caso *Ruiz Zambrano* il di-

¹⁰ Si è ipotizzato di consentire alla Corte di giustizia di esprimersi, ove ancora non avesse avuto occasione di farlo, sulla fattispecie oggetto del ricorso prima della decisione da parte della Corte di Strasburgo.

¹¹ Consiglio d'Europa, *Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme - Déclaration de Brighton*, 19 aprile 2012.

¹² Causa C-34/09, sent. 8 marzo 2011, non ancora pubblicata.

¹³ *Ibid.*, pt. 42. Ad esempio, vi è chi ha sostenuto che il nucleo essenziale sarebbe quello protetto dall'art. 2 TUE e non dall'art. 6 TUE, ovvero quell'essenza di diritti umani e libertà

ritto negato era quello di un minore cittadino belga a permanere sul territorio dell'Unione e in particolare del suo stesso Stato con i propri genitori, cittadini di Stati terzi a cui il permesso di soggiorno era stato negato. Si può forse ipotizzare che in situazioni di grave violazione del principio di eguaglianza a scapito di un cittadino dell'Unione, proprio per l'importanza che tale principio di diritto riveste, la Corte intervenga con altrettanta chiarezza a sua tutela.

Al di là di queste dinamiche istituzionali o giuridiche, la convergenza dovrebbe essere soprattutto metodologica. Un ruolo assai importante per cercare di armonizzare gli approcci teorici delle due Corti spetta alla dottrina. Se è vero che gli autori tendono ad affrontare il sistema convenzionale e quello comunitario come due sistemi distinti, quasi non fossero comparabili e ricostruibili su basi comuni, si deve notare che la letteratura giuridica sta cogliendo maggiormente la sfida di integrare le tradizioni di Strasburgo e Lussemburgo. La Corte europea dei diritti umani e l'Agenzia per i diritti fondamentali dell'UE hanno realizzato un progetto che ha prodotto il primo manuale congiunto rivolto agli operatori del diritto. La volontà è stata quella di illustrare secondo lo stile del *case-book* la giurisprudenza di entrambi gli ordinamenti secondo una griglia comune. In effetti, pur a fronte di un diritto positivo diverso e di tradizioni giurisprudenziali costruite in maniera del tutto indipendente l'una dall'altra, non si può non cogliere come le conclusioni siano sovente analoghe. A diverse argomentazioni e approcci non corrispondono soluzioni sostanziali divergenti. È partendo da questo dato che è possibile ricostruire con gli strumenti della comparazione giuridica una matrice comune. Il manuale anzidetto non nasconde le divergenze, ma cerca di superare la mera giustapposizione fra le Corti, per evidenziare *in primis* e ove possibile i punti in comune.

In quanto testo prodotto dalle istituzioni ufficiali non ci si poteva attendere uno sforzo ricostruttivo e sistematico dinamico, idoneo a proporre prospettive di ulteriore convergenza. Diverso il contesto di un manuale comunque pratico, ma prodotto da accademici per gli studenti dei corsi di diritto della non discriminazione¹⁴. La comparazione, condotta a livello degli ordinamenti statali europei, sovranazionali e internazionali ha il merito di operare una sistematizzazione che prima era interamente assente. Nel panorama italiano manca ancora uno sforzo concettuale analogo, di talché lo studente e soprattutto il giurista, in particolare l'avvocato e il magistrato, devono quotidianamente compiere autonomamente la gravosa e assai complessa opera di sistematizzazione di una tutela multilivello della non discriminazione.

la cui persistente e grave violazione legittimerebbe le sanzioni di cui all'art. 7 TUE a carico dello Stato colpevole: vedi von Bogdandy et al., *Reverse Solange: Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, in *Common Market Law Review*, 49/2012, p. 489.

¹⁴ D. SCHIEK - L. WADDINGTON - M. BELL (a cura di), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford 2007.

Questi stessi attori sono, inoltre, chiamati a percorrere nuove vie per incrementare il grado di convergenza fra i due sistemi di protezione. I margini ci sono, ma certo devono essere scoperti e compresi con grande attenzione. Si può sviluppare una strategia tanto comune quanto comuni sono i principi che ispirano il sistema del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea. Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza convenzionale a tutela del lavoratore vittima di discriminazioni all'interno di organizzazioni religiose¹⁵ e alle disposizioni della direttiva 2000/78/CE, art. 4.2, secondo cui non vi è «discriminazione laddove, per la natura (delle attività professionali di chiese ed altre organizzazioni di tendenza), o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione». Ancora, si pensi alle assonanze che si possono cogliere fra la discriminazione per associazione di cui alla sentenza della Corte di giustizia *Coleman* e la sentenza *Marzurek c. Francia* o altre analoghe, per cui la discriminazione ricade sulla vittima per la sua relazione con soggetti che sono portatori della caratteristica protetta (in *Coleman* la disabilità del figlio della lavoratrice, in *Marzurek*, volendo, lo status familiare dei genitori del minore).

Civis europaeus sum

Questa convergenza determina l'emergere di una duplice prospettiva. Da una parte produce l'immagine di un cittadino europeo dotato di diritti, che possa affermare «*civis europaeus sum*», secondo l'espressione e l'idea proposta dall'Avvocato generale Jacobs nel caso *Konstantinidis*¹⁶. Lo status di cittadino dell'Unione diviene lo status fondamentale e la tutela dei diritti umani da parte degli Stati non è più solo condizione per divenire membro dell'Unione. Essa diventa condizione di permanenza nell'Unione in un'ottica di tipo *post-conditionality*.

Il divieto di discriminare assurge, però, anche ad una dimensione che trascende lo status di cittadino. Ne è un elemento fondante, sì, ma svolge una funzione più importante. Il più generale principio di eguaglianza produce effetti ad uno stadio anteriore e a monte del diritto positivo. Quale punto di convergenza di tutto il diritto europeo esso contribuisce a definire una nuova figura di agente giuridico, modello teorico da cui muovere per creare una nuova codificazione europea. *L'homo equalis* è assorbito nella figura dell'*homo juridicus europaeus*¹⁷,

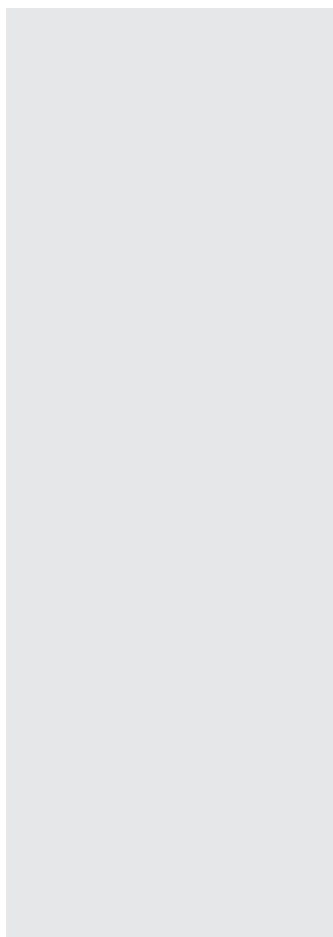
¹⁵ Recentemente, ad esempio, *Schüth c. Germania*, ric. n. 1620/03, CEDU 2010, e *Obst c. Germania*, ric. n. 425/03, 23 settembre 2010.

¹⁶ Caso C-168/91, [1993], in *Racc.* I-1191, pt. 46.

¹⁷ Per questo concetto si rinvia a A. SCHUSTER, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in Id., *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Mimesis, Milano 2011, p. 35.

divenendone l'anima più importante, più radicalmente rivoluzionaria di schemi legali e concettuali che hanno lungamente reiterato pregiudizi e discriminazioni. *L'homo juridicus europaeus* è il soggetto giuridico che emerge progressivamente dal contesto europeo, frutto della pluralità di fonti e della tutela multilivello dell'Europa unita e riferimento ispiratore per una nuova era dei diritti nazionali. È cogliendo la convergenza verso un modello unitario di agente giuridico che gli operatori possono contribuire a costruire anche a livello statale un solido apparato giuridico a tutela dei diritti fondamentali della persona e a erigere un ordinamento europeo frutto del concorrere di tradizioni nazionali diverse, nel rispetto di ciascuna di esse. Consolidare l'alveo comune europeo dell'eguaglianza e della non discriminazione è la base per una nuova alleanza fra scienza giuridica e operatori del diritto.

ETICA PROFESSIONALE E DEONTOLOGIA



Il fondamento dell'etica professionale

Federico Puppo

Se abbia senso parlare oggi di fondamento dell'etica professionale

La situazione, per molti versi drammatica, in cui versa oggi l'avvocatura italiana è a tutti dolorosamente nota e non serve qui descriverla. Sono parimenti note a tutti le diverse spiegazioni che è possibile offrire – e che sono state offerte – per decifrare le cause di uno stato di fatto che appare, anche ai meno disillusi, a volte difficilmente recuperabile: abbassamento del livello di preparazione scolastica ed universitaria, aumento esponenziale del numero di avvocati e praticanti, scadimento qualitativo delle prestazioni professionali, deriva “aziendalistica” della professione, perdita di ogni riconoscimento sociale del ruolo dell'avvocato... e ci fermiamo qui. L'elenco potrebbe infatti essere allungato *ad libitum*, anche perché, come spesso accade, quando sembra che si sia raggiunto il peggio si vira al peggior; d'altra parte, anche le recenti proposte di riforma, su alcune delle quali si discute improduttivamente da decenni, difficilmente riusciranno a produrre qualche effetto positivo, se non altro a breve termine.

Tuttavia, e nonostante tutto, ci sono ancora avvocati che continuano a credere nel proprio mestiere, resistendo di giorno in giorno ad essere travolti dai *mala tempora*. Sono, questi, coloro i quali rendono percettibilmente chiara la differenza, come usa dirsi, fra chi “è” Avvocato e chi “fa” l'avvocato. Espressione, questa, che pure siamo abituati a sentir dire ripetuta in continuazione, tanto che è diventata un vero e proprio luogo comune (*éndoxon*, avrebbero detto gli antichi Greci) del nostro tempo: che, come tutti gli *éndoxa*, una volta interrogato appare capace di mostrarci una verità, in questo caso di importanza fondamentale.

In effetti, l'alternanza radicale costruita dal nostro luogo comune fra l'“essere” Avvocato e il “fare” l'avvocato, se da un lato ci pone di fronte a due modelli cui siamo in grado intuitivamente di ricondurre questo o quel professionista, dall'altro ci rimanda immediatamente al problema del fondamento: ad interrogarci, cioè, su che cosa sia quel “ciò per cui” può dirsi che uno “è” Avvocato e un altro “fa” l'avvocato. Il problema cui siamo ricondotti è, dunque, un problema di “identità” ed è qui che si gioca, secondo noi, la scommessa di recuperare questa nobile professione alla sua vera essenza: pensiamo, infatti, che sia proprio questo il punto nodale cui riconducono le diverse spiegazioni dei problemi che da tempo caratterizzano l'avvocatura e che prima abbiamo a mo' d'esempio richiamato. In effetti a noi pare che esse siano idonee ad illustrare, più che la “causa” di una certa situazione, gli “effetti” che in essa è possibile registrare: è in questo modo che le diverse spiegazioni coesistono tutte valida-

mente le une accanto alle altre, concorrendo cumulativamente a disegnare un quadro preoccupante. Ma nessuna di loro, da sola, ci sembra capace di spiegare il perché delle cose.

Intendiamoci: non stiamo dicendo che conoscere ed interpretare quegli indici non sia importante o rilevante. Anzi, è importantissimo ed anche massimamente utile, perché potrebbero aiutare proprio a capire chi “è” Avvocato e chi “fa” l’avvocato: così, ad esempio, chi non conosce il diritto (perché il livello di preparazione universitaria è stato basso), probabilmente rientrerà nella seconda categoria, aggravando lo scadimento qualitativo delle prestazioni professionali. Un Avvocato “è” infatti tale se, fra le altre cose, conosce il diritto, requisito minimo per garantire un alto livello delle prestazioni professionali.

Ma ci sembra che la precedenza logica sia evidente: se si “è” Avvocato, si conosce il diritto; ma non è detto il contrario, ché se si conosce il diritto si può benissimo “fare” l’avvocato, pur non essendolo. Da tale punto di vista, l’acquisizione di conoscenze, competenze ed abilità, è necessaria ma non sufficiente, perché non consente di segnare quel discrimine che andiamo cercando. In effetti, se il problema venisse posto solo nel senso di una mancanza di conoscenze, competenze ed abilità ancora non riusciremmo a capire dove far passare il confine fra chi “è” Avvocato e chi “fa” l’avvocato: è questo, secondo noi, il problema fondamentale il quale, interrogandoci sull’essenza dell’Avvocato, è di tipo affatto particolare e richiede un approccio appropriato. Chiariamo quindi, sin da subito, che la natura delle cose richiede si apparecchi un discorso dal sapore inevitabilmente “filosofico”: gli ingredienti con cui dobbiamo lavorare sono infatti quelli, ma speriamo almeno che il tutto, alla fine, risulti piacevole al palato o, nel peggiore dei casi, almeno non indigesto.

Siamo d’altra parte convinti, fuor di celia e di metafora, che, fra i tanti vezzi che dovrebbero essere da molti dismessi, vi sia quello di guardare con noia e sufficienza a questioni di questo tipo, ritenendo, ben che vada, che la filosofia sia un divertente passatempo “culturale” – che però nulla ha a che fare con i problemi concreti e la vita “reale” – o, nel peggiore dei casi, una vera e propria perdita di tempo. Qualcosa, insomma, da tollerare disprezzandola o disprezzare tollerandola. Cercheremo perciò di mostrare come questo non sia necessariamente vero. Se, certamente, talune filosofie meritano di essere tenute in tale considerazione, di per sé la questione filosofica non può essere elusa, poiché la dimenticanza del problema del fondamento genera quegli effetti esecrabili di cui si diceva all’inizio.

V’è tuttavia da osservare che, al di là della situazione contingente, il problema che stiamo ponendo non presenta una risposta definitiva: come tutte le questioni filosofiche, anch’essa è destinata ad essere continuamente discussa, alla ricerca di quella risposta che, di volta in volta, si mostra come vera (termine che, lo sia detto per inciso, non è casuale). Ma, d’altra parte, ci pare che almeno in questo anche gli avvocati più ostili alla filosofia possano riconoscersi, giacché nel diritto, così come nel processo, costantemente si è chiamati a discutere

“di nuovo e dal principio” problemi e questioni spesso già affrontati¹. E quindi, anche se non potremo in definitiva risolvere il problema da noi posto, riteniamo che il porlo sia comunque essenziale, nell’auspicio che si riesca a contribuire ad un cambio di mentalità che, quale che sia la diagnosi della situazione attuale, è in ogni caso richiesto prima di somministrare un qualche tipo di cura.

Il legame fra etica e metodo

Dunque, dicevamo, il tema di cui occorre discutere pone una domanda circa l’essenza della professione forense, che cosa cioè possa voler dire “essere” Avvocato. Tale questione è intimamente connessa con il piano “deontologico” e con quello “metodologico” (ed ecco perché queste materie, nell’ordinamento degli studi universitari, rientrano nel settore scientifico disciplinare della filosofia del diritto, anche se non sempre i rispettivi insegnamenti sono tenuti da filosofi del diritto): interrogarsi su che cosa significhi “essere” Avvocato richiede, infatti, che ci si interroghi su quali siano i “doveri” dell’Avvocato e quale sia, e che caratteristiche abbia, il “metodo” proprio dell’Avvocato², poiché chi è Avvocato incarna una precisa etica e lavora in un modo ben determinato. Disegnare i confini di quest’etica e di questo metodo consente così anche, in certo modo, di tratteggiare il profilo dell’Avvocato, cogliendone l’identità.

Naturalmente, nel breve spazio a nostra disposizione non potremo che abbozzare appena tale ritratto, limitandoci ad adombrarne le linee principali: in particolare vorremmo dire qualcosa relativamente al problema del fondamento dell’etica e della deontologia professionali. Ci sembra, in effetti, che proprio questo sia uno dei punti più problematici, se non altro perché nell’epoca attuale la frammentazione dell’orizzonte assiologico è uno dei fenomeni più diffusi, anche per ciò che concerne l’ambito della professione forense.

¹ Non sono peraltro solo questi i punti di contatto fra filosofia e diritto, in particolare per ciò che concerne l’esperienza processuale: entrambi vedono infatti soggetti in dialogo fra loro che sono chiamati ad argomentare, a cercare cioè le ragioni per cui una certa posizione non può essere accettata, e quindi a confutarla (per una chiara spiegazione della natura del sapere filosofico si veda su tutti E. BERTI, *Logo e dialogo*, Studia Patavina, 42/1995, pp. 31-42, disponibile on-line al sito <http://ilgiardinodeipensieri.eu/storiafil/berti95.htm> consultato il giorno 18 settembre 2012). Nella filosofia e nel diritto, quindi, il metodo è lo stesso perché medesimo è il piano ontologico da cui muovono: da tale punto di vista, la struttura controversiale del diritto, che si estrinseca nelle forme del contraddittorio processuale, rappresenta il suo vero e proprio Principio e non solo una sua possibile regola [come ben chiarisce M. MANZIN, *Del contraddittorio come principio e come metodo*, in *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, a cura di M. MANZIN - F. PUPPO, Giuffrè, Milano 2008, pp. 3-21].

² Questo tipo di indicazione ci viene da M. MANZIN, *Avvocati custodi del processo: alle radici della deontologia forense*, in *Retorica e deontologia forense*, a cura di M. MANZIN - P. MORO, Giuffrè, Milano 2010, pp. 3-18, che per primo ha posto il problema in questi termini e candidato un modello capace di tenere insieme i livelli ontologico (O), logico (L) e deontologico (D) – da cui l’acronimo O.L.D. da egli stesso coniato.

D'altra parte, ci sembra che ormai non dovrebbe più presentare soverchi problemi rispondere alla domanda circa la natura del metodo proprio dell'Avvocato: dopo la svolta argomentativa³ degli anni cinquanta dello scorso secolo sono gradualmente tornati a far parte del bagaglio professionale di ciascun avvocato termini quali "argomentazione", "retorica" o "persuasione", se non altro perché, come noto, di questo si parla anche nella l. 180/2003 la quale, novellando la disciplina degli esami di abilitazione alla professione forense, fra i criteri di valutazione che la commissione valutatrice è tenuta a comunicare annovera il «rigore metodologico dell'esposizione» e, «relativamente all'atto giudiziario, [la] dimostrazione della padronanza delle tecniche di argomentazione». Casomai si potrà discutere su che cosa si intenda per rigore metodologico e in che cosa propriamente consistano le tecniche di argomentazione: al di là di questo, però, almeno per ciò che concerne un profilo di ordine generale, riteniamo possa esservi una condivisione di fondo circa il fatto che un avvocato si riconosce nel metodo retorico, nell'uso cioè dell'argomentazione a fini persuasivi.

Si noti come in quest'ultimo frangente non abbiamo utilizzato la lettera maiuscola per riferirci al nostro professionista ideale: non si tratta, evidentemente, di una svista, giacché, ne accennavamo in precedenza, la differenza fra chi "fa" l'avvocato e chi "è" Avvocato non sta nell'abilità tecnica che si è capaci di mettere in campo o nel rigore metodologico che si sa conseguire. Proprio come la distanza che i classici come Platone, Aristotele, Cicerone e Quintiliano ci hanno insegnato a marcare tra sofista e retore, la differenza tra i due modelli di riferimento non si gioca su questo punto⁴. In effetti, "sofista" è chi "fa" l'avvocato senza esserlo, mentre "retore" è chi "è" per davvero Avvocato: ma per distinguerli non ci servirebbe punto indagare sulle loro abilità o capacità tecniche, perché costoro sono tutti *dicendi periti*. Come si accennava in prece-

³ Come noto, tale espressione indica quell'ampio e composito movimento di studi inaugurato sul finire degli anni cinquanta del Novecento dalla neoretorica di Perelman e dalle teorie di Toulmin che hanno riportato la retorica e l'argomentazione al centro dell'attenzione dopo che l'evoluzione del pensiero moderno di genesi cartesiana le aveva lungamente considerate prive di qualunque legittimità, privilegiando il modello analitico-deduttivo consacrato poi dalla logica formale (per un'analisi di questi temi possono vedersi utilmente, fra altri, P. CANTÙ - I. TESTA, Dalla *Nuova retorica* alla *Nuova dialettica: il "dialogo" tra logica e teoria dell'argomentazione*, in *Problémata. Quaderni di filosofia*, 1/2001, pp. 123-173; A. CATTANI - P. CANTÙ - I. TESTA - P. VIDALI, *La svolta argomentativa. 50anni dopo Perelrman e Toulmin: 1958-2008*, Loffredo, Napoli 2009. Per un approfondimento circa le teorie dell'argomentazione contemporanee rimandiamo invece a F.H. VAN EEMEREN - R. GROOTENDORST - F. SNOECK HENKENMANS, *Fundamentals of Argumentation Theory. Handobook of Historical backgrounds and Contemporary Developments*, Erlbaum, Mahwah, NJ 1996.

⁴ Per un chiarimento della differenza fra sofista e retore si v. su tutti A. ZADRO, *Verità e persuasione nella retorica classica e nella retorica moderna, Verifiche*, 1/1983, pp. 31-50, la cui lezione facciamo nostra riferendola al tema che stiamo discutendo.

denza, si richiede ben altro. La differenza si gioca in effetti sull'“essere” e, per conseguenza, sul “dover essere”.

Ciò che separa il sofista e il retore – per noi chi “fa” l'avvocato da chi “è” Avvocato – è cioè una scelta *etica*: il retore persuade infatti al vero, mentre il sofista pone in essere solo una persuasione apparente perché parla in vista di un utile personale. Il sofista, cioè, potrebbe teoricamente essere capace di persuadere alla verità ma, pur disponendo dei mezzi per farlo, se ne astiene. La sofistica ha quindi solo le sembianze della retorica, sembrando a questa simile perché dal punto di vista tecnico non è possibile distinguerle: ma in realtà non è vera retorica, che è tale perché persuade al vero. Similmente, chi “fa” l'avvocato ha solo le sembianze dell'Avvocato, condividendo con lui un medesimo sapere tecnico: ma in realtà non “è veramente” Avvocato. Questi, infatti, non è solo *dicendi peritus*, ma è anche *vir bonus*. Se l'unione fra queste due caratteristiche mancasse, giusto l'ammonimento di Maurizio Manzin avremmo «il rovescio della deontologia forense: quello di un utilizzo delle abilità discorsive (*dicendi peritia*) separato dalla ricerca di ciò che rende le proprie affermazioni resistenti alla negazione logica, cioè vere (*bonitas*)»⁵.

La dimensione aletica del processo

In questo modo meglio si palesa quel legame di cui prima andavamo dicendo fra etica e deontologia professionale, da una parte, e metodo, dall'altra: un legame che ruota intorno al fulcro della verità. Parola, questa, veneranda e terribile, temuta da alcuni e rifiutata da altri: eppure anche su ciò, anche nel contesto della professione forense, si torna finalmente a discutere e a fare chiarezza, perché se non altro «conservare della verità almeno la nozione è bene»⁶. Giunti a questo punto del nostro discorso, non possiamo neppure pensare di indagare a fondo il tema e di fornire tutte le adeguate spiegazioni del nostro punto di vista, che ci limitiamo ad enunciare rinviando altrove per l'esposizione critica delle ragioni che lo sostengono⁷.

Non possiamo però esimerci dal ricordare come molte delle diffidenze verso la verità, insieme ai tanti distinguo che sono stati proposti per classificarla in “verità fattuale”, “formale”, “processuale”, “materiale”, eccetera, non hanno semplicemente nessuna ragion d'essere. Dal punto di vista epistemologico si

⁵ M. MANZIN, *Avvocati custodi del processo*, cit., p. 17.

⁶ A. CATTANI, *Verità e processo: verità processuale e processo di verificaione*, in *Processo e verità*, a cura di A. MARIANI MARINI, Plus, Pisa 2005, pp. 59-68. Sulla relazione diritto-verità, in aggiunta a quanto diremo in seguito, si v. utilmente D. PATTERSON, *Diritto e verità*, ed. it. a cura di M. Manzin, Giuffrè, Milano 2010 e, in particolare per ciò che concerne il nesso diritto-retorica-verità, il saggio introduttivo di M. MANZIN, *La verità retorica del diritto*, *ibid.*, pp. IX-LI.

⁷ Il riferimento è, in particolare, a F. PUPPO, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di logica giuridica*, Cedam, Padova 2012.

è ormai da tempo spiegato come e perché non sia possibile liberarsi del concetto di verità, anche con riferimento al diritto. Tali riflessioni pongono così nella loro giusta luce le distinzioni cui accennavamo, che si rivelano erranee e capziose: per esempio, è un perfetto non-senso parlare di “verità fattuale” o “verità del fatto”, giacché un fatto non è, in sé, né vero né falso⁸. Questi sono infatti attributi che competono ai discorsi (e neanche a tutti, giacché, come già Aristotele chiariva, sono passibili di tale giudizio solo discorsi di un certo tipo – per inciso, fra questi rientrano anche quelli pronunciati nel processo), in particolare ai discorsi che parlano di fatti e non ai fatti in sé.

Un tanto considerato, possiamo ricordare come fra le analisi che di recente hanno contribuito a candidare nuovamente all’attenzione dei giuristi pratici il problema della verità nel processo merita menzione, secondo noi, quella offerta da Michele Taruffo⁹. Essa, pur essendo espressamente rivolta al giudice e al ruolo che svolge nel processo, offre secondo noi preziose indicazioni per l’Avvocato, peraltro proprio con riferimento al tema che stiamo discutendo: non solo per ciò che riguarda la questione epistemica della verità, ma anche per il valore etico che questa comporta.

Insieme a questo, e prima di tutto, dobbiamo però ricordare come, fra le molte cose condivisibili che Taruffo sostiene, non possiamo includere il sospetto con cui egli guarda al ruolo dell’Avvocato in processo, contro il quale anzi non lesina parole di disistima e di censura, affermando ad esempio che «l’attività delle parti non può essere ricondotta nell’ambito della dimensione epistemica del processo. Si può anzi dire se ed in quanto il processo sia epistemicamente orientato, e sia cioè finalizzato alla scoperta della verità, ciò accade “nonostante” l’attività difensiva delle parti. Queste, infatti, si trovano tipicamente nella situazione che si potrebbe definire, nella terminologia di Norbert Elias, di “coinvolgimento”, ossia nella situazione che è tipicamente controindicata rispetto ad una ricerca oggettiva e disinteressata della verità»¹⁰. Fermo quanto già detto circa l’impossibilità di enunciare qui compiutamente le nostre ragioni, riteniamo che tale opinione non sia condivisibile: non solo perché senza il ruolo epistemico delle parti non esisterebbe propriamente alcun processo di ricerca della verità (a meno di non ledere, in radice, il principio del contraddittorio), ma anche per ciò che Taruffo stesso scrive in altre parti del suo saggio. Da un lato, come visto, ci viene infatti detto che la ricerca della verità dovrebbe essere oggettiva e disinteressata e che «risulta dunque evidente che, fra i protagonisti del processo, il giudice è il soggetto al quale compete la funzione

⁸ Cfr. M. MANZIN, *Quale logica per il processo penale?*, in *L’argomentazione giudiziale e il suo controllo in Cassazione*, a cura di V. COMI - G. DOMINICI, Aracne, Roma 2012, pp. 63-80.

⁹ Ci riferiamo qui a M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari 2009.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 171-172 (corsivi dell’A.).

epistemica fondamentale, ossia l'accertamento della verità dei fatti»¹¹ (con una curiosa e non banale inversione terminologica ché in precedenza, proprio per fare chiarezza su alcune speciose «distinzioni inutili»¹², si parlava più correttamente di «verità dell'accertamento dei fatti»¹³ ossia, come ricordavamo prima, di verità dei discorsi che dicono sui fatti e non dei fatti in sé); ma, dall'altra parte, si dice che «in un procedimento epistemico rivestono indubbia rilevanza le caratteristiche soggettive di colui o coloro cui è affidato il compito di scoprire e di accertare la verità»¹⁴, finendo in qualche modo con il ricondurre, in tutto o in parte, ad una qualche auspicabile ma incontrollabile sensibilità del singolo giudice la capacità di valutare la verità. In effetti, poco più avanti Taruffo precisa che quando si pensa a quelle caratteristiche soggettive, fra l'altro, «bisogna poi tener conto della circostanza che spesso il giudice togato trascorre anni svolgendo la propria funzione in organi giudiziari di prima istanza, nei quali l'assunzione delle prove e l'accertamento dei fatti costituiscono di regola il nucleo essenziale del processo. È allora l'esperienza che si forma nella pratica giudiziaria che può rendere il giudice esperto nella ricerca e nell'accertamento della verità: il contatto quotidiano, che dura nel tempo, con le prove ed i problemi relativi ai fatti può fornire al giudice le conoscenze e le capacità che occorrono per svolgere adeguatamente la funzione epistemica»¹⁵. A noi tutto ciò sembra francamente un po' riduttivo, anche perché ci domandiamo quanto lungo debba essere questo tempo di "formazione" e come si faccia a certificarlo; per non dire di quale debba essere la misura dei danni da tollerare prima che il giudice sviluppi questo non ben definito "intuito personale" e cosa potrebbe succedere se un giudice non lo formasse affatto¹⁶. Infine, e chiudiamo così sul punto, se si afferma che il modello di giudice cui si pensa non è in nessun caso inquisitorio, ma piuttosto di garanzia, non comprendiamo come, nel rispetto di questo suo ruolo, tale giudice «possa verificare se le parti hanno prodotto tutti i dati conoscitivi disponibili per accertare la verità dei fatti e nel rendersi attivo se ciò non è accaduto. Sotto il profilo epistemico ciò appare del tutto ovvio, poiché

¹¹ *Ibid.*, p. 172.

¹² *Ibid.*, p. 82.

¹³ *Ibid.*, p. 83.

¹⁴ *Ibid.*, p. 179.

¹⁵ *Ibid.*, p. 182.

¹⁶ Va peraltro ricordato come, a sostegno delle proprie affermazioni, Taruffo fa menzione del fatto che comunque il «giudice di *civil law* è obbligato [...] a motivare le sue decisioni» (*ibid.*) e quindi ad esplicitare le ragioni del suo convincimento. Ci lascia però perplessi quanto poi si sostiene, quando si riconosce che «vero è che la motivazione della sentenza viene di regola redatta in un momento successivo a quello in cui viene formulata la decisione, ma il buon giudice sa che dovrà giustificare le proprie scelte relative alla valutazione delle prove e alla conclusione dei fatti, e quindi – si può ritenere – è indotto ad orientare *ex ante* i propri ragionamenti nel senso di un'analisi razionale degli elementi di prova e dei criteri di valutazione che possono fondare una ricostruzione veritiera dei fatti della causa» (*ibid.*).

sarebbe contraddittorio [...] prevedere che chi ha la responsabilità di stabilire la verità di un fatto non abbia la possibilità di acquisire le conoscenze che gli occorrono per questo scopo e che altri soggetti – che per di più non perseguono le stesse finalità – non gli hanno fornito»¹⁷. Ora, tralasciando ulteriori considerazioni, a noi sembra che proprio in questo si estrinsechino i tratti della figura del giudice inquisitore, che in effetti sembra non avere nessun bisogno delle parti (le quali, anzi, parrebbe addirittura lo ostacolino nella “sua” ricerca della verità) e del contraddittorio processuale, rispetto al quale, più che terzo ed imparziale, sembra essere superiore e padrone: infatti tale giudice potrebbe verificare se le parti gli hanno fornito “tutti” i dati conoscitivi per accertare la verità se e solo se egli li conosce già indipendentemente o “nonostante” i discorsi delle parti (come potrebbe altrimenti valutarne la mancanza?), con ciò violando il senso più profondo del principio ricordato dall’art. 111 Cost. D’altra parte, se questo giudice ritenesse che le cose non siano state così come egli ha valutato avrebbero dovuto essere e come motiverà in sentenza stavano, semplicemente andrà a cercare e a prendere ciò che vuole, rendendosi così “attivo”.

Dopo questo lungo e doveroso chiarimento, dobbiamo però tornare a considerare ciò che, effettivamente (e forse al di là dei “desiderata” dell’autore), tra le affermazioni di Taruffo risulta secondo noi molto utile per fondare l’*ethos* dell’Avvocato. Ricordiamo così come lo sforzo assolutamente condivisibile dell’autorevole studioso sia teso a dimostrare che la verità esiste e che esiste anche nel processo. Questa posizione riveste, si fa giustamente notare, un valore in sé, perché reca seco il «*valore sociale della verità*»¹⁸. Questo tipo di valore, ad una più attenta analisi, «presenta due profili che meritano considerazione. Il primo profilo ha carattere essenzialmente “etico” e può avere diverse manifestazioni. [...] Storicamente si sono avuti sistemi di regole morali incentrati sull’obbligo di dire la verità e sulla corrispondente proibizione di dire il falso. [...] Tuttavia, anche le attenuazioni pratiche di tale obbligo non fanno altro che confermarne l’esistenza, ossia *la necessità che qualunque sistema etico includa il dovere di verità tra i suoi valori fondamentali*»¹⁹.

Il dovere della verità

Nel ricordare queste parole il pensiero corre naturalmente all’art. 14 del Codice Deontologico Forense che detta, come noto, i canoni del «dovere di verità». Ebbene, al di là dei molti commenti e dibattiti sorti intorno a tale disposizione, si noti in primo luogo come, in effetti, anche il sistema etico espresso dal Codice Deontologico Forense includa tra i propri valori anche quello aletico. Sono tuttavia note le discussioni e dispute su che cosa tale dovere di verità implichi,

¹⁷ *Ibid.*, p. 175.

¹⁸ *Ibid.*, p. 92 (corsivo dell’A.).

¹⁹ *Ibid.*, p. 93 (l’ultimo corsivo è nostro).

anche in riferimento al dovere di fedeltà e al dovere di difesa. Crediamo, peraltro, che a risolvere il problema possa soccorrere ancora una volta il considerare in una deontologia e metodo, in un senso ancora una volta suggeritoci dalle parole di Taruffo. Questi ricorda, infatti, che «il valore determinante della verità come condizione per il buon funzionamento dei rapporti sociali trova una chiara conferma anche in una diversa prospettiva di analisi»²⁰, quella rappresentata dagli studi di Paul Grice. Ora, senza voler entrare troppo nel dettaglio, basti qui ricordare come uno dei cardini della speculazione griceiana, che poi permeerà lo sviluppo di importanti teorie dell'argomentazione contemporanee (come la pragmadialettica di van Eemeren), sia quello del principio di cooperazione, in base al quale – ricorda ancora Taruffo – «chi partecipa alla conversazione dovrebbe tentare di contribuire ad essa in modo veritiero. Questa regola generale si articola in due regole più specifiche, secondo le quali: a) non bisogna affermare ciò che si sa essere falso; b) non bisogna fare affermazioni per le quali mancano prove adeguate. Anche in questa prospettiva, dunque, un buon funzionamento della dinamica sociale fonda il proprio buon funzionamento sulla condizione costituita dalla verità di ciò che si dice»²¹.

Senza doversi troppo impegnare o addirittura farsi spaventare da quest'idea di vero, riteniamo che anche i più prudenti interpreti delle norme di condotta implicate dal dovere di verità posta dal Codice Deontologico Forense non dovrebbero fare molta fatica a condividere le regole in cui si articola il principio di cooperazione di Grice, che quindi riveste ad un tempo un valore “etico” e “metodologico”. Ci pare, in effetti, che queste regole possano essere rapportate anche all'esperienza forense, dove quella espressa *sub a)* corrisponde al divieto di introdurre prove false – di cui si legge proprio nei canoni dell'art. 14 del Codice Deontologico Forense; mentre quella espressa *sub b)*, oltre alle attinenze con l'onere della prova, risponde ad una regola basilare del metodo dialettico-retorico che governa il contesto argomentativo del processo, in cui di qualunque affermazione si faccia occorre essere pronti a fornire prova adeguata – adeguata cioè a superare l'opposizione di controparte, confutandola.

In questo modo, giunti al termine del nostro breve itinerario, compaiono esempi e ragioni per dover ritenere sussistente il legame fra dimensione “etica” e dimensione “metodologica” della professione forense. Come accennavamo, la relazione non è semplicemente binaria, perché la comprensione di tale nesso va necessariamente articolata tenendo presente un terzo vertice della rappresentazione, che interessa l'essere e che è pertanto di tipo “ontologico”. Ma si tratta di qualcosa che possiamo qui solo nominare, ricordando che si tratta di un «essere che si predica in molti modi»²², «senza esaurirne mai le possibilità

²⁰ *Ibid.*, p. 94.

²¹ *Ibid.*

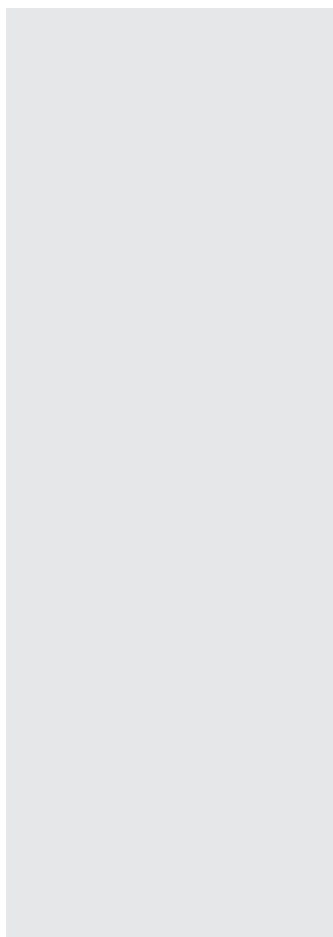
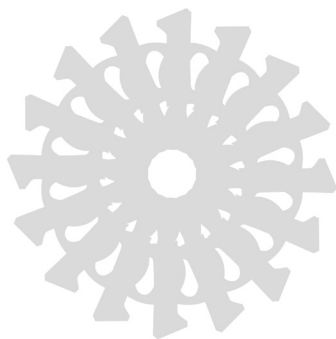
²² ARISTOTELE, *Metaph.* IV, 1003a 33.

d'espressione, visto che ad ogni sua ostensione verbale alcunché si sottrae, rimanendo trattenuto nel mistero dell'origine²³. Dove questi "molti modi" non sono indifferenti l'uno all'altro, perché il *logos*, cioè il discorso che li dice, «partecipa pur sempre di una razionalità. [...] [D]iremo, allora, che "essere" un [A]vvocato comporta il "dover essere" in un certo modo»²⁴: solo chi riconosce il valore della verità (secondo i canoni del metodo di cui prima cennavamo) può, secondo noi, dirsi "veramente" Avvocato. Costui prediligerà infatti l'essere, lasciando agli altri l'apparire ed il mero fare.

²³ M. MANZIN, *Avvocati custodi del processo*, cit., p. 13.

²⁴ *Ibid.*, p. 14.

APPROFONDIMENTI



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

Parte seconda

Paolo Doria

L'assegnazione e il comodato della casa familiare

L'art. 155-*quater* c.c. prescrive che il godimento della casa familiare¹ deve essere assegnato tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli². La norma si riallaccia sostanzialmente al sistema previgente, che prevedeva la tutela

¹ Sull'assegnazione della casa familiare: M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, CEDAM, Padova 2011, pp. 192 ss.; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino 2011, p. 275; Id., in L. BALESTRA (a cura di), *Commentario del codice civile. Della famiglia*, Utet, Torino 2010, I, pp. 721 ss.; 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, p. 111; B. DE FILIPPIS, *Manuale pratico delle cause di separazione e divorzio*, CEDAM, Padova 2005, pp. 115 ss.; Id., *Il diritto di famiglia*, CEDAM, Padova 2011, pp. 496 ss.; S. ROSA, in M. SESTA - A. ARCERI (a cura di), *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, Utet, Torino 2012, pp. 152 ss.; E. GABRIELLI, *I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore non convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia*, in *Riv. dir. civ.*, I/2003, p. 127; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, CEDAM, Padova 2010, I, p. 600; E. QUADRI, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Famiglia*, 2006, p. 395; M. MARINO, *Separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 155 ss.; C. GRASSETTI, in G. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, CEDAM, Padova 1992, pp. 696 ss.; M. G. CUBEDDU, in S. PATTI - L. ROSSI CARLEO (a cura di), *L'affidamento condiviso*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 181 ss.; Id., in A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, CEDAM, Padova 2011, pp. 465 ss.; Id., in S. PATTI - M.G. CUBEDDU (a cura di), *op. cit.*, pp. 561 ss.; A. COSTANZO, in A. GRAZIOSI (a cura di), *I processi di separazione e divorzio*, Utet, Torino 2011, pp. 204 ss.; G. FERRANDO, in G. FERRANDO - L. LENTI (a cura di), *La separazione personale dei coniugi*, CEDAM, Padova 2011, pp. 309 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 220 ss.; D. AMRAM, *L'assegnazione della casa familiare tra interesse della prole e diritto di proprietà*, in *Diritto e formazione*, 6/2008, pp. 821 ss.; per la valutazione della rilevanza economica dell'assegnazione della casa familiare ai fini del mantenimento dei figli: 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, p. 69.

² Cass. 21 gennaio 2011 n. 1491, in *Giust. civ. Mass.*, 1/1011, p. 102; Cass. 22 novembre 2010 n. 23591, in *Diritto di famiglia*, 2/2011, p. 697; Cass. 17 dicembre 2007 n. 26574, in *Guida al diritto*, 6/2008, p. 42; Cass. 23 marzo 2007 n. 6979, in *Giust. civ.*, 2/2008, p. 466; Corte costituzionale 30 luglio 2008 n. 308, in *Diritto di famiglia*, 2/2009, p. 515; M. SESTA, *op. cit.*, p. 192.

dell'interesse dei minori di non subire un forzoso allontanamento dalla propria casa, intesa come centro degli affetti in cui si svolge la vita della famiglia.

La relazione della Commissione affari sociali alla proposta sfociata nella legge n. 54/2006 ha dato parere positivo al testo Di Teodoro alla condizione che venisse specificato «l'interesse del minore alla stabilità della residenza come criterio per l'assegnazione della casa familiare»³. Infatti, i criteri per la scelta dell'assegnazione della casa familiare debbono individuarsi nel concreto atteggiarsi dell'interesse dei figli⁴, nelle modalità di permanenza presso ciascun genitore, nella localizzazione prevalente e nelle esigenze abitative⁵. È da escludersi, anche in caso di affidamento condiviso, che sia ipotizzabile l'alternarsi dei genitori nella casa familiare durante il periodo di permanenza dei figli presso di sé: questa soluzione, infatti, comporterebbe la creazione di tre diversi luoghi di abitazione e lo smembramento ulteriore di quello che era il luogo originario di vita⁶.

Ovviamente, l'assegnazione dell'abitazione familiare al coniuge affidatario non può essere impedita dal fatto che l'immobile sia in proprietà esclusiva dell'altro partner⁷, anche se si potrà tenerne conto nella regolazione dei rapporti patrimoniali tra coniugi, visto l'art. 155-*quater*⁸; in particolare, per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, l'onerosità dell'attribuzione del diritto di godimento della casa familiare non si traduce necessariamente in un corrispondente diritto alla controprestazione economica, ma può comportare la diminuzione degli obblighi patrimoniali; in sostanza, il valore dell'assegnazione deve essere messo in rapporto con le somme dovute a titolo di mantenimento e con le altre prestazioni collegate⁹.

Va ancora specificato che l'assegnazione della casa coniugale può essere disposta solo a favore del coniuge non avente sulla medesima alcun diritto di godimento, reale od obbligatorio, oppure quando il bene sia in comunione¹⁰. Infatti, nel caso in cui non vi sia l'assegnazione della casa familiare, torna ad applicarsi il diritto di proprietà.

Spesso accade che i genitori affidino in comodato ai figli l'abitazione coniugale per sopperire ai loro bisogni abitativi. Non è certo questa la sede per

³ M.G. CUBEDDU, in S. PATTI - L. ROSSI CARLEO (a cura di), *op. cit.*, p. 185.

⁴ G. FERRANDO, in G. FERRANDO - L. LENTI (a cura di), *op. cit.*, p. 324.

⁵ E. QUADRI, *op. cit.*, 2006, pp. 425 ss.; M.G. CUBEDDU, *op. cit.*, p. 187.

⁶ Trib. Viterbo 22 ottobre 2006, in *Juris Data*, Redaz. Giuffrè, Milano 2007; M.G. CUBEDDU, *op. cit.*, p. 188; A. COSTANZO, *op. cit.*, 2011, p. 184.

⁷ C. CORTESI, in C. CORTESI - A. LIUZZI - G. DE MARZO, *op. cit.*, pp. 428-429.

⁸ M. SESTA, *op. cit.*, p. 192.

⁹ Cass. 22 luglio 2011 n. 16126, in *Diritto e giustizia*, 2011, con nota di P. PALEARI; Cass. 20 aprile 2011 n. 9079, in *Diritto e giustizia*, 2011; Cass. 28 aprile 2010 n. 10222, in *Diritto e giustizia*, 2010; in dottrina, M.G. CUBEDDU, *op. cit.*, p. 193.

¹⁰ Cass. 18 settembre 2003 n. 13747, in *Giust. civ. Mass.*, 9/2003; la legge n. 54/06 sul punto non ha modificato la normativa; così A. FEDE, in G. CIAN (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, CEDAM, Padova 2011, p. 285.

discutere della carenza delle politiche in materia di casa a favore delle famiglie: comunque, un dato evidente di questa lacuna si evince proprio dalla ricorrenza con cui emerge il problema del comodato della casa familiare. Il comodato può assumere tradizionalmente due configurazioni: il c.d. precario, disciplinato dall'art. 1810 c.c. che, in mancanza di fissazione di un termine di durata, consente al comodante di recedere dal comodato e di chiedere la restituzione del bene non appena lo richieda; il comodato a termine, invece, previsto dall'art. 1809 c.c., consente la restituzione alla scadenza convenuta oppure, se non è stata indicata una data precisa, quando il comodatario si sia servito della cosa in conformità del contratto¹¹, salvo che sopraggiunga un impreveduto e urgente bisogno da parte del comodante. Il problema che si pone riguarda l'ipotesi in cui la casa familiare sia stata consegnata in comodato¹² a uno dei due coniugi perché vi possa abitare con la famiglia. In questo caso, in sede di separazione, si può porre un contrasto di titoli di godimento tra il diritto di assegnazione della casa coniugale e il comodato. Se è indicato un termine preciso di durata, la soluzione è semplice, perché rimane valida la data concordata tra il comodante e il comodatario: il giudice della separazione non può emettere un provvedimento che incida sulla sfera giuridica di soggetti che sono rimasti estranei al giudizio, né l'assegnazione della casa familiare può innovare la situazione precedente. Molto più complessa è la questione quando il comodato non preveda un preciso termine di durata. Sul punto sussiste un contrasto giurisprudenziale. La tesi dominante ritiene che, nel caso di consegna della casa familiare, non possa essere ravvisato un comodato c.d. precario, con il diritto di recesso *ad nutum* da parte del comodante, perché la nozione di casa familiare, quale luogo degli affetti, degli interessi e delle abitudini in cui si esprime la vita domestica, appare concettualmente incompatibile con un godimento provvisorio e incerto¹³. Secondo le Sezioni Unite la destinazione dell'immobile alle esigenze familiari è idonea a fungere da termine implicito della durata del rapporto e tale vincolo non può considerarsi automaticamente caducato con la separazione personale dei coniugi, perché la casa appare indirizzata a soddisfare le esigenze abitative della famiglia anche nelle sue potenzialità in espansione. Questa tesi fa salva l'ipotesi in cui subentri un urgente e impreveduto bisogno dei comodanti, nel qual caso,

¹¹ Si tratta del caso in cui il termine possa essere desunto per via interpretativa, quando possa essere dedotto dal contratto lo specifico uso a cui è destinata la cosa. M. D'AMELIO, *Una sentenza contro corrente sul comodato di immobile adibito a casa familiare*, nota a Cass. 7 luglio 2010 n. 15986, in *Giur. it.* 2011, p. 786; S. BOLOGNINI, in *Commentario breve al codice civile*; G. CIAN (a cura di), *op. cit.*, p. 1945.

¹² G. FERRANDO, in G. FERRANDO - L. LENTI (a cura di), *op. cit.*, pp. 331 ss.; U. ROMA, in M. SESTA - A. ARCERI (a cura di), *op. cit.*, pp. 223 ss.

¹³ Cass. s.u. 21 luglio 2004 n. 13603, in *Famiglia*, 2004, p. 867, con nota di L. SCARANO, e in *Giust. civ. Mass.*, 7/2004, p. 7; Cass. 23 marzo 2005 n. 6278, in *Giur. it.*, 2/2006, p. 252; Trib. Roma 6 novembre 2009, in *Guida al diritto*, 2/2010, p. 72.

per effetto dell'art. 1809 c.c. può essere chiesta la restituzione dell'immobile, non potendosi risolvere l'assegnazione della casa coniugale in una sostanziale espropriazione del diritto di proprietà del comodante¹⁴. Altra tesi minoritaria, invece, ritiene che non assuma rilievo ai fini della fissazione di un termine neanche per via interpretativa la circostanza che l'immobile sia stato adibito ad uso familiare e sia stato assegnato, in sede di separazione dei coniugi, all'affidatario dei figli, dovendo comunque considerarsi il comodato precario con facoltà di recesso *ad nutum* da parte del comodante¹⁵. La giurisprudenza dominante ritiene che il coniuge assegnatario possa godere della casa in comodato richiamando due fondamenti teorici: viene applicata analogicamente la disciplina in materia di locazione e si ammette la successione *ex lege* nel contratto, richiamando l'art. 6 della legge n. 392/1978; inoltre, si ritiene che il coniuge comodatario non agisca per proprio conto nel comodato, ma quale esponente del nucleo familiare. Entrambe queste argomentazioni sono criticate dalla dottrina. Da una parte si evidenzia che l'identità del comodatario è molto più rilevante del conduttore e nel contratto di locazione è preminente l'interesse del locatore non tanto alla restituzione della cosa locata, quanto piuttosto al pagamento del canone; infatti, in caso di morte del conduttore, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 392/1978 gli succedono nel contratto il coniuge, gli eredi o gli affini conviventi, mentre nel caso di decesso del comodatario, visto l'art. 1811, il comodante può chiedere la restituzione del bene¹⁶. D'altra parte la configurazione della famiglia quale centro autonomo dai soggetti che la compongono appare in contrasto con lo spirito della riforma del 1975, dalla quale emerge un'idea di famiglia intesa come comunità nella quale ciascuno dei compartecipi mantiene la propria identità e realizza le proprie esigenze di convivenza e solidarietà umana¹⁷. Comunque,

¹⁴ Cass. 28 febbraio 2011 n. 4917, in *Guida al diritto*, 20/2011, p. 62.

¹⁵ Cass. 7 luglio 2010 n. 15986, in *Giur. it.*, 2011, pp. 784 ss.; Cass. 20 ottobre 1997 n. 10258, in *Foro it.*, I/1997, p. 849; parzialmente diversa è l'ipotesi decisa da Cass. 13 febbraio 2007 n. 3179, in *Guida al diritto*, 13/2007, p. 59; in questo caso il comodante era una s.r.l. che aveva dato in comodato la casa al proprio amministratore, che l'aveva però adibita ad abitazione coniugale; nella fattispecie il comodato era stato considerato precario con diritto di recesso *ad nutum* da parte del comodante; ma è stato giustamente osservato che in questa ipotesi, anziché richiamare la disciplina di cui all'art. 1810, poteva essere contestato al comodatario *ex art. 1804 c.c.* il mutamento della destinazione d'uso che da solo è idoneo a giustificare il recesso del comodante, visto che si era realizzata anche la distrazione del bene sociale dalla realizzazione dello scopo societario: infatti, se è compatibile con l'oggetto sociale la destinazione di un bene societario come alloggio dell'amministratore, non lo è certamente a favore di terzi. Così, M. D'AMELIO, *Una sentenza contro corrente sul comodato di immobile adibito a casa familiare*, nota a Cass. 7 luglio 2010 n. 15986, in *Giur. it.*, 2011, p. 786. Sempre nel senso che il principio dell'opponibilità dell'assegnazione al comodante non sia applicabile quando il comodato non implichi la destinazione dell'immobile a casa familiare: Cass. 11 agosto 2010 n. 18619, in *Riv. notariato*, 2/2011, p. 410, con nota di F. ANDREOLA.

¹⁶ E. GABRIELLI, *op. cit.*, pp. 138 ss.

¹⁷ C.M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 10 ss.

anche la dottrina dominante ritiene che il coniuge affidatario possa opporre il diritto di assegnazione della casa familiare al comodante: qualcuno sostiene che non vi sia una successione *ex lege* nel comodato, ma il contratto rimarrebbe quello originale tra il comodatario e il comodante, mentre il giudice potrebbe limitare il diritto di godimento del comodatario con la creazione, attraverso una sentenza costitutiva di assegnazione, di altro diritto di godimento a tutela degli interessi superiori dei figli¹⁸. Altri, invece, considerano entrambi i coniugi parti del contratto di comodato, anche se vi abbia partecipato uno solo, pur in contrasto con l'art. 179 c.c. che esclude dalla comunione il bene che pervenga per liberalità¹⁹. Altri ancora, infine, ritengono che l'attribuzione in comodato dell'immobile consegnato dai nonni si giustifichi con l'obbligo di mantenimento che incombe sugli ascendenti ai sensi dell'art. 148 c.c.²⁰. La tesi minoritaria, invece, critica l'impostazione dominante ritenendo che non tenga in debito conto la concreta volontà dei comodanti che di norma vogliono agevolare le esigenze abitative del figlio, e solo mediatamente quelle della famiglia²¹.

È evidente che la situazione attuale non consente una soluzione assolutamente univoca, visto il contrasto sussistente sia in giurisprudenza che in dottrina.

Personalmente ritengo che nella normalità dei casi non si possa negare che, quando l'immobile è consegnato in comodato dai nonni per il godimento da parte della famiglia del figlio comodatario, qualora vi sia l'assegnazione all'altro coniuge affidatario di figli minori in sede di separazione, non si possa non tenere conto dell'interesse prevalente della famiglia, per cui opterei per l'opponibilità dell'assegnazione al comodante, nei limiti ovviamente delle necessità familiari e del termine di opponibilità ai terzi dell'assegnazione, salvo l'improvviso e impreveduto bisogno da parte del comodante.

La violazione dei doveri matrimoniali e l'addebito della separazione

Mentre la separazione può essere chiesta in base all'obiettivo intollerabilità della prosecuzione della convivenza coniugale, nel caso in cui un coniuge venga meno ai doveri di assistenza e collaborazione prescritti dall'art. 143 c.c., può essere riconosciuto l'addebito della separazione a suo carico, visto l'ultimo comma dell'art. 151 c.c.²².

¹⁸ G. FREZZA, *Dal prestito d'uso al comodato nuziale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007, p. 1144; N. CIPRIANI, *Il comodato*, in P. PERLINGERI (a cura di), *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, ESI, Napoli 2005, p. 356.

¹⁹ P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giappichelli, Torino 1996, II, pp. 263 ss.

²⁰ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli 2007, pp. 395 ss.

²¹ M. D'AMELIO, *Una sentenza contro corrente sul comodato di immobile adibito a casa familiare*, nota a Cass. 7 luglio 2010 n. 15986, in *Giur. it.* 2011, p. 788.

²² Sull'addebito della separazione: M. SESTA, *op. cit.*, pp. 143 ss.; T. AULETTA, *op. cit.*, pp. 197 ss.; B. DE FILIPPIS, *op. cit.*, pp. 173 ss.; ID., *Diritto della famiglia*, CEDAM, Padova 2011, pp.

Bisogna individuare se il coniuge abbia tenuto un contegno nel corso del rapporto matrimoniale che, alla lunga, non solo abbia fatto venir meno l'*affectio coniugalis*, ma abbia reso intollerabile la prosecuzione della convivenza²³. Non è sufficiente il semplice contegno che porti alla violazione dei doveri matrimoniali, ma occorre anche l'accertamento della colpevolezza del coniuge ed il nesso causale²⁴ tra la sua condotta e l'evento dell'intollerabilità della convivenza. Il giudizio di addebitabilità è un giudizio di imputabilità a titolo di dolo o colpa, per cui non può aver alcun rilievo il comportamento del coniuge che provochi l'intollerabilità della convivenza a causa di una malattia, di uno stato di necessità o di un errore²⁵. Il fatto costituente l'addebito deve essere cosciente e volontario, anche se non è necessario che sia espressamente animato dall'intento di portare alla frattura del vincolo matrimoniale²⁶. Pertanto non ogni violazione dei doveri matrimoniali risulta rilevante, ma solo quella che abbia portato, per la sua gravità, all'intollerabilità della convivenza. Inoltre, non è sufficiente neppure accertare che uno dei coniugi abbia violato i doveri coniugali, ma occorre verificare che tale condotta sia stata l'unica causa²⁷ della separazione e non sia stata provocata dall'ingiustificato comportamento dell'altro coniuge²⁸, dovendosi, in mancanza, procedere alla pronuncia di separazione senza addebito²⁹.

545 ss.; L. LENTI, in G. FERRANDO - L. LENTI (a cura di), *La separazione personale dei coniugi*, CEDAM, Padova 2011, pp. 86 ss.; C. PARRINELLO, in L. BALESTRA (a cura di), *op. cit.*, Giappichelli, Torino 2010, I, pp. 597 ss.; M.G. CUBEDDU, in *op. cit.*, p. 473; F. GALGANO, *op. cit.*, p. 597; M. MARINO, *op. cit.*, pp. 103 ss.; C. GRASSETTI, in G. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI (a cura di), *op. cit.*, pp. 685 ss.; P. SIRENA - G. BALLARANI, in A. ZACCARIA (a cura di), *op. cit.*, pp. 437 ss.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 206 ss.; N. COSPITE, in G. CIAN (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, CEDAM, Padova 2011, p. 271; G. CONTIERO, *I doveri coniugali e la loro violazione. L'addebito e il risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano 2012, pp. 75 ss.

²³ È appena il caso di segnalare che, secondo la regola generale, l'onere della prova spetta al coniuge richiedente il riconoscimento dell'addebito: Trib. Roma 30 novembre 2010 n. 23717, in *Juris data*, Redazione Giuffrè, 2011; Corte appello Roma 22 settembre 2010 n. 3741, in *Juris data*, Redazione Giuffrè, 2011.

²⁴ Cass. 17 dicembre 2010 n. 25560, in *Giust. civ. Mass.*, 5/2011, p. 1248; Cass. 14 ottobre 2010 n. 21245, in *Il civilista*, 12/2010, p. 17, con nota di C.I. RISOLO; Trib. Novara 22 marzo 2011, in *Juris data*, Redazione Giuffrè, 2011.

²⁵ C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 206; A. M. GALOPPINI, in *Diritto di famiglia*, 1991, pp. 145 ss.; A.M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia, Commentario sistematico della l. 19 maggio 1975 n. 151*, Giuffrè, Milano 1984, pp. 498 ss.

²⁶ Cass. 6 settembre 1985 n. 4439, in *Foro it.*, I/1986, p. 119; Cass. 20 settembre 2007 n. 19450, in *Foro it.*, I/2007, p. 3388; F. GALGANO, *op. cit.*, p. 598.

²⁷ Perché se il comportamento trasgressivo dei doveri coniugali è reciproco, la separazione può essere addebitabile ad entrambi i coniugi. Così C. PARRINELLO, in L. BALESTRA (a cura di), *op. cit.*, p. 605; in giurisprudenza, Cass. 9 giugno 2000 n. 7859, in *Famiglia e diritto*, 2000, p. 514.

²⁸ Cass. 14 aprile 1994 n. 3511, in *Famiglia e diritto*, 1994, p. 527; Cass. 21 dicembre 1988 n. 6976, in *Mass. Foro it.*, 1988; Trib. Monza 18 gennaio 2010, in *Juris data*, Redazione Giuffrè, 2010.

²⁹ Cass. 5 febbraio 2008 n. 2740, in *Guida al diritto*, 16/2008, p. 93.

La violazione del dovere di fedeltà non legittima di per sé la pronuncia di una separazione con addebito a carico del coniuge adulterino, ma occorre che l'adulterio non si verifichi in un contesto di crisi familiare³⁰ e abbia provocato da solo la situazione di intollerabile convivenza coniugale o il grave pregiudizio all'educazione della prole³¹. Se poi la violazione del dovere di fedeltà si espliciti dopo la separazione di fatto o dopo che è iniziato il procedimento di separazione, occorre che l'adulterio comporti la lesione del decoro e dell'onorabilità dell'altro coniuge e si traduca in infedeltà apparente e umiliante³².

Ai fini della dichiarazione di addebito può essere rilevante anche l'ingiustificata astensione dai rapporti intimi³³. Inoltre, costituiscono violazione dell'obbligo di assistenza il comportamento del coniuge freddo, scostante e privo di manifestazioni d'affetto, e ovviamente anche quello ingiurioso e violento³⁴; rappresenta altresì motivo di addebitabilità l'imposizione del divieto che finisca con il costituire grave offesa alla dignità dell'altro coniuge e arbitraria lesione del diritto di determinarsi liberamente per quanto attiene alla realizzazione e cura della persona³⁵. Infine, possono assumere rilievo ai fini dell'addebito anche atteggiamenti in pubblico di *mobbing* verso il coniuge, fatto oggetto di ingiurie e denigrazioni³⁶, così come l'abbandono economico e fisico del partner che venga colpito da una grave infermità³⁷. Personalmente ritengo assolutamente inaccettabile e superato il motivo di addebito della separazione a

³⁰ Cass. 20 aprile 2011 n. 9074, in *Giust. civ. Mass.*, 4/2011; Trib. Roma 10 marzo 2011 n. 5222, in *Juris data*, Redazione Giuffrè, 2011; Trib. Milano 8 aprile 2011 n. 4774, in *Guida al diritto*, 25/2011, p. 57.

³¹ Cass. 11 agosto 2011 n. 17193, in *Famiglia e minori*, 9/2011, p. 54; Cass. 28 gennaio 2011 n. 2093, in *Diritto e giustizia*, 2011; Cass. 7 dicembre 2007 n. 25618, in *Guida al diritto*, 7/2008, p. 31; Cass. 12 aprile 2006 n. 8512, in *Giust. civ.*, 7-8/2007, p. 1711; Cass. 18 settembre 1997 n. 9287, in *Famiglia e diritto*, 10/1998; Cass. 30 gennaio 1992 n. 961, in *Mass. Foro it.*, 1992; Cass. 20 febbraio 1984 n. 1198, in *Mass. Foro it.*, 1984; F. GALGANO, *op. cit.*, p. 597; M. SESTA, *op. cit.*, p. 144; G. CONTIERO, *op. cit.*, p. 113.

³² Cass. 6 luglio 1988 n. 4439, in *Mass. Foro it.*, 1988; Cass. 29 maggio 1982 n. 3329, in *Mass. Foro it.*, 1982. Sulla possibilità del mutamento della separazione per intollerabilità in separazione con addebito: A. AULETTA, *op. cit.*, p. 199; C. PARRINELLO, in L. BALESTRA (a cura di), *op. cit.*, pp. 633 ss.

³³ Cass. 23 marzo 2005 n. 6276, in *Giur. it.*, 2006, pp. 37 ss.; ma *contra*, M. SESTA, *op. cit.*, p. 145.

³⁴ Cass. 14 aprile 2011 n. 8548, in *Diritto e giustizia*, 2011, con nota di P. PALEARI; Trib. Roma 11 febbraio 2011 n. 2899, in *Juris data*, Redazione Giuffrè, 2011.

³⁵ M. SESTA, *op. cit.*, p. 145.

³⁶ App. Torino 21 febbraio 2000, in *Famiglia e diritto*, 5/2000, p. 475, con nota di R.C. DELCONTE.

³⁷ Trib. Modena 24 novembre 2004, in *Diritto e giustizia*, 1/2005, p. 36, con nota di O. FITTIPALDI. Tuttavia, nel caso in cui una grave malattia colpisca il coniuge, occorre valutare se il contegno del partner che chiedi la separazione costituisca una violazione del dovere solidaristico di assistenza, o rappresenti una presa d'atto di una oggettiva e non superabile situazione di intollerabilità della convivenza. Così M. SESTA, *op. cit.*, p. 146.

carico della moglie che abbia iniziato un'attività lavorativa contro la volontà del marito, per pretesa violazione del dovere di concordare l'indirizzo familiare ai sensi dell'art. 144 c.c.³⁸: si tratta di un ingiustificato retaggio della posizione di sudditanza della donna che deve vedersi riconosciuto il diritto assoluto e inderogabile di determinare la propria realizzazione umana e professionale anche nella scelta di poter svolgere un'attività lavorativa senza dover ottenere alcun previo consenso del proprio coniuge.

L'addebito della separazione comporta delle conseguenze economiche: il coniuge a cui è addebitata la separazione perde nei confronti dell'altro l'eventuale diritto al mantenimento e conserva solo il diritto all'assegno alimentare, qualora ricorrano i presupposti previsti dall'art. 433 c.c.; inoltre, l'addebito comporta la perdita della qualità di erede e il coniuge a cui sia stata addebitata la separazione, nel caso in cui goda del diritto agli alimenti, conserva solo il diritto ad un assegno a carico dell'asse ereditario³⁹.

Anche in materia di addebito della colpa, però, la prassi professionale insegna che il percorso tortuoso e straziante del giudizio di addebitabilità non giustifica certamente le conseguenze poco significative previste per il coniuge responsabile della violazione dei doveri matrimoniali che abbiano portato all'impossibilità della prosecuzione della convivenza: si tratta di giudizi che, anche in questo caso, rischiano di tradursi in autentiche vittorie di Pirro.

³⁸ In senso contrario alla mia impostazione: Cass. 9 maggio 1985 n. 2882, in *Corriere giuridico*, 1985, p. 1134, con nota di A. FERRANTE; in termini dubitativi, F. GALGANO, *op. cit.*, p. 598.

³⁹ A. LIUZZI - G. DE MARZO, in G. DE MARZO - C. CORTESI - A. LIUZZI, *op. cit.*, pp. 145 ss.; M. SESTA, *op. cit.*, p. 147. Negli stessi termini, può essere riconosciuto il diritto alla pensione di reversibilità al coniuge a cui sia stata addebitata la separazione nel caso in cui sia titolare di un assegno alimentare. In questo senso Corte cost. 27 luglio 1989 n. 450, in *Cons. Stato*, II/1989, p. 1045.

Verso una nuova pericolosità sociale (perennemente in cerca d'autore)

Fausto Giunta

Il soggetto pericoloso nella società del rischio

Si osserva comunemente che la società contemporanea è la più sicura di tutti i tempi. In effetti, il progresso scientifico e tecnologico ci offre una durata e una qualità della vita che non temono confronti con il passato. Comprensibilmente, dunque, l'epoca odierna esalta il mito della sicurezza. Al contempo, essa è pervasa, quale rovescio della medaglia, dall'angoscia dell'insicurezza. Ciò spiega la coesistenza di sentimenti contrastanti nell'opinione pubblica, che oscillano dall'acritica percezione dei crescenti fattori di rischio, quale costo irriducibile della modernità, al parimenti aprioristico rifiuto di qualunque rischio. Questa ambivalenza di atteggiamenti tende, da ultimo, a catalizzarsi intorno a una condizione collettiva di apprensione precognitiva¹.

La diffusa richiesta di maggiore sicurezza ha dato vita a due nuove parole d'ordine, quali "precauzionismo" e "tolleranza zero", che esprimono, sul terreno rispettivamente del progresso scientifico-tecnologico e dell'ordine metropolitano, altrettanti programmi di lenimento delle inquietudini tipiche delle società occidentali.

Nel campo del diritto penale queste ansietà accentuano la declinazione della categoria della pericolosità nei suoi due poli tradizionali.

Il primo, oggettivo, attiene all'anticipazione della punibilità attraverso l'incriminazione di condotte non solo di puro pericolo, ma addirittura di mera disobbedienza. Negli ultimi lustri, questa tendenza politico-criminale cerca una legittimazione nel principio di precauzione, con l'obiettivo di accreditare la rilevanza del pericolo, tutte le volte in cui quest'ultimo, pur non potendo escludersi con certezza scientifica, non possa comunque vantare una base né nomologico-deduttiva, né statistico-induttiva.

Il secondo polo, soggettivo, concerne l'attitudine individuale alla commissione di reati. Da quest'ultima angolazione la pericolosità costituisce una categoria che, storicamente e ideologicamente estranea allo sguardo retrospettivo del retribuzionismo punitivo, sviluppa l'aspirazione securitaria del diritto penale rinunciando non solo al presidio della colpevolezza, ma anche a quello dell'offesa. L'assenza di queste fondamentali garanzie del diritto penale fa sì che la logica anticipatoria della prevenzione finisca per operare interamente attraverso

¹ E. SADIN, *La société de l'anticipation*, Editions Inculte, Paris 2011, pp. 9 ss.

lo strumento – oltremodo problematico per quanto attiene al suo fondamento epistemologico – della prognosi di futuri reati, i cui parametri orientativi sono sovente scarsamente determinati, con buona pace dell'istanza di legalità.

Come noto, le incarnazioni normative della pericolosità sociale sono molteplici. Qui non ci si occuperà dei tipi normativi di autore che si annidano nella filigrana o nell'interpretazione di talune fattispecie incriminatrici (si pensi alla simbiosi tra la figura dell'immigrato clandestino e quella del probabile criminale) e nemmeno della pericolosità come presupposto delle misure cautelari, ma della pericolosità individuale come requisito di un'autonoma fattispecie sostanziale, produttiva di conseguenza sfavorevoli per l'autore del fatto indiziante la pericolosità. In questa prospettiva, la figura del delinquente pericoloso destinatario di misure di sicurezza è solo una delle sfaccettature del tema, certamente la principale dal punto di vista storico. Il giudizio di pericolosità soggettiva domina, infatti, anche altri e non meno importanti settori rilevanti per il penalista. Il riferimento è alla natura ambivalente della recidiva, a cavallo tra colpevolezza e pericolosità, ma soprattutto all'intero e problematico comparto delle misure di prevenzione *ante delictum* e, infine, alle più significative modalità esecutive della pena previste dall'ordinamento penitenziario. Già questi pochi cenni confermano il carattere ampiamente trasversale della categoria della pericolosità.

Da qui, l'opportunità di una riflessione sull'impiego politico-criminale della pericolosità sociale nel nostro attuale ordinamento. La questione – non certo nuova – vede accresciuta la sua attualità anche e soprattutto alla luce delle innovazioni apportate in materia dai recenti c.d. “pacchetti sicurezza”, i quali, dando per scontato che il trattamento della pericolosità individuale vanti un qualche fondamento scientifico, sembrano perseguire piuttosto la rassicurazione emozionale dei cittadini e in definitiva la captazione di un facile consenso sociale.

La pericolosità sociale nel disegno originario del codice Rocco

Fatta eccezione per l'impostazione antropologica di matrice lombrosiana, che, come noto, desumeva la pericolosità dal modo di essere soggettivo (finanche dalla morfologia fisica), la figura del delinquente pericoloso desumibile dal diritto positivo condensa predizioni di reato che originano pur sempre da indici fattuali. La pericolosità soggettiva ha, dunque, alla sua base fatti tipici indizianti. Può trattarsi di reati, ma non necessariamente. La categoria della pericolosità si nutre di indicatori anche più flebili, come, per esempio, stili di vita e ambiente sociale di appartenenza, che affiorano in una tipicità sfumata.

Sul punto si avrà modo di tornare. Al momento deve sottolinearsi che, se si prescinde dal criterio di commisurazione costituito dalla capacità criminale, la cui polivalenza retrospettivo-prognostica è oltre modo nota, la funzione della pericolosità è, *de iure condito*, duplice e di segno opposto: da un lato, essa costituisce la base operativa di istituti che, essendo intesi alla neutralizzazione dell'attitudine soggettiva al delitto, intensificano la funzione specialpreventi-

va del diritto penale (si può parlare di funzione fondativa dell'intervento di neutralizzazione); dall'altro, la pericolosità individuale rileva in negativo, nel senso che la sua assenza o la sua apprezzabile degradazione consente, con il concorso di altre condizioni, che l'autore di un reato benefici di un trattamento sanzionatorio più benevolo (qui la ridotta pericolosità svolge un ruolo evidentemente delimitativo o modificativo della risposta sanzionatoria). In breve: la pericolosità può servire la funzione specialpreventiva del diritto penale ora nel segno dell'incapacitazione, ora in quello del recupero sociale.

Nel disegno originario del codice Rocco la prima funzione della pericolosità individuale prevaleva nettamente sulla seconda. Gli istituti che potevano attenuare la risposta sanzionatoria per ridotta pericolosità del colpevole non solo erano pochi (il riferimento è essenzialmente al perdono giudiziale, alla sospensione condizionale, alla liberazione condizionale e alla riabilitazione), ma avevano ambiti di operatività saldamente presidiati da presunzioni legislative di immeritevolezza insuperabili da parte del giudice.

La categoria della pericolosità sociale vedeva esaltata la propria funzione, invece, nell'allestimento di una rete di contenimento che imbrigliava con sistematica coerenza determinate fasce di popolazione incorse nella commissione di un reato, la cui gravidanza indiziante aumentava in ragione della sua gravità tipologica (il delitto pesava ovviamente più della contravvenzione), della natura del fatto, dei motivi che lo hanno determinato, delle condizioni patologiche del reo (si pensi all'infermità psichica, al sordomutismo e alla cronica intossicazione da alcool o stupefacenti), nonché dell'ambiente familiare nel caso di minore non imputabile.

A tal fine, il disegno originario del codice Rocco faceva leva sull'operatività di due fondamentali istituti: la recidiva, da un lato, e le misure di sicurezza, dall'altro.

Nella prima i tratti somatici della futura pericolosità, essendo impliciti nella persistenza nel delitto, si intrecciano con quelli della pregressa colpevolezza, dando vita a una maggiorazione di pena che trovava (e trova) progressiva accentuazione nelle qualifiche di abitualità e professionalità nel reato.

Nelle misure di sicurezza la pericolosità vedeva riconosciuto invece il suo assoluto protagonismo, non solo per l'inclusione, tra i suoi presupposti indizianti, di semplici quasi-reati (art. 202, comma 2, c.p.), ma per l'autonomia che assumeva (e sulla carta continua ad assumere) la predizione di pericolosità rispetto alle caratteristiche del fatto commesso: quale presupposto delle misure di sicurezza, la pericolosità sociale è una qualità della persona, è la probabilità che l'autore del reato «commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati» (art. 203, comma 1, c.p.).

Il ponte funzionale tra la recidiva, come indicatore di accentuata pericolosità del colpevole, e le misure di sicurezza, quale istituto specialpreventivo inteso alla neutralizzazione del reo, era costituito proprio dalle figure dell'abitualità e della professionalità nel reato. Esse valorizzavano la ricaduta nel reato come

presupposto operativo delle misure di sicurezza. In una posizione intermedia si poneva (e si pone tuttora) la tendenza a delinquere (art. 108): essa può prescindere dalla ricaduta nel reato, sostanziandosi in una lettura della capacità criminale, di cui all'art. 133, comma 2, c.p., marcatamente orientata alla predizione di futuri reati in presenza di due presupposti tra di loro assolutamente coordinati: da un lato, la commissione di un reato contro la vita o l'incolumità individuale, dall'altro, «l'indole particolarmente malvagia del colpevole», che non è arduo ravvisare nella commissione di delitti contro la persona.

Per completare questa sintetica retrospettiva, bisogna tenere conto di altri due aspetti della tematica.

Il riferimento è, innanzitutto, al rapporto tra legge e giudice, che anche sul terreno della pericolosità vedeva la prevalenza della prima sul secondo. Le valutazioni di pericolosità – sia nella prospettiva di fondazione di un trattamento penale più severo, sia in quella di condizione non ostativa per un alleggerimento del carico sanzionatorio – si nutrivano per lo più di presunzioni legislative, che riducevano entro ambiti residuali lo spazio valutativo lasciato alla discrezionalità giudiziale.

In secondo luogo, deve considerarsi che il codice Rocco, nonostante l'indubbia influenza culturale esercitata dalla Scuola positiva, muoveva da una concezione non scientifica, ma per così dire laica della pericolosità. Ne è una conferma il divieto – previsto dall'art. 314, comma 2, c.p.p. del 1930 – di «perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche»; testualmente riproposto dal vigente art. 220, comma 2, c.p.p. La nozione di pericolosità che sta alla base del complesso sistema di neutralizzazione del soggetto proclive a delinquere è in fondo quella del senso comune e come tale essa rimane sostanzialmente indefinita.

Il depotenziamento della pericolosità soggettiva a base discrezionale

La conclamata incapacità riformatrice del nostro legislatore ha fatto sì che, di fronte alle vistose inattualità del codice Rocco, manifestatesi segnatamente sul terreno sanzionatorio, il principale intervento di svecchiamento del sistema sia consistito in un indiscriminato e incontrollabile incremento della discrezionalità giudiziale. Ciò è accaduto – con la legislazione che va dalla metà degli anni '70 alla fine degli anni '80 – anche nel campo della pericolosità. Vengono qui in rilievo, da un lato, la riforma del 1974, che, come noto, ha reso discrezionale la recidiva, quale circostanza soggetta (secondo le regole generali) alla logica del bilanciamento, ossia interamente attratta nell'orbita della commisurazione extraeditale della pena; dall'altro lato, deve tenersi presente la riforma Gozzini del 1986, che ha abrogato le presunzioni legislative di pericolosità sociale.

Lo strumento della pericolosità, se non cambia profilo, muta di incisività, perché, una volta rimessa al governo discrezionale del giudice, la categoria del

delinquente pericoloso viene depotenziata. È un dato esperienziale difficilmente contestabile che, a seguito delle citate riforme, l'accresciuta discrezionalità giudiziale è stata concretamente esercitata, in sede di commisurazione della risposta sanzionatoria, in chiave prevalentemente indulgenziale. Da qui l'attenuazione del volto severo del codice Rocco anche sul versante della specialprevenzione mediante neutralizzazione. Del vecchio arsenale codicistico rimane ancora molto esplosivo, privo però di detonatore, poiché la giurisprudenza ha corrisposto pienamente all'aspettativa legislativa di valutazioni ponderate.

Ma un fenomeno simile si è verificato, nel medesimo arco temporale, con riguardo alla pericolosità come presupposto negativo delle misure specialpreventive ispirate al recupero dell'autore di un reato. A partire dal 1975, con la riforma dell'ordinamento penitenziario e le successive consistenti modifiche, la fase dell'esecuzione della pena si è arricchita di istituti sospensivi e modalità esecutive alternative al carcere anch'esse a base discrezionale, dove il perno operativo è costituito da prognosi specialpreventive favorevoli rimesse di fatto al giudice, entro la cornice segnata ora da presupposti legislativi di operatività, ora da presunzioni di immeritevolezza. Nel tempo, anche in questo importante settore – una volta caro alla dottrina penalistica, non fosse altro perché il “nuovo” ordinamento penitenziario ha rappresentato la prima riforma di sistema successiva al varo del codice Rocco – i limiti di inoperatività di tipo legislativo vedono regredire sempre più la loro efficacia vincolante a favore del giudizio in concreto affidato alla magistratura di sorveglianza. Si pensi all'istituto dell'affidamento in prova, che originariamente subordinato al previo assaggio di pena detentiva non inferiore a sei mesi, è divenuto oggi una sorta di *probation* con effetti sostitutivi immediatamente fruibili anche senza osservazione, al punto da poter operare come terza sospensione condizionale nei casi in cui quest'ultima non risulti più concedibile al condannato in sede di cognizione. Per non dire della semilibertà, ancora oggi riservata – ma solo in linea di massima – a chi ha scontato almeno metà della pena. Ebbene, questo limite originariamente rigido, non è più tale, non soltanto perché la semilibertà può operare anche prima del metà pena, ossia quando mancano i presupposti dell'affidamento in prova, ma per via dell'estensione dell'istituto nei confronti dell'ergastolano (art. 50, comma 5) e addirittura del recidivo (art. 50-*bis*).

Il discorso deve estendersi ad altre modalità esecutive della pena detentiva quali i premessi-premio e la liberazione anticipata. Anch'essi operano come strumenti di attenuazione dell'esecuzione penitenziaria sulla base di prognosi personologiche favorevoli, ora rimesse al giudice dell'esecuzione – è il caso dei premessi-premio – ora implicite nei presupposti di legge, come accade per l'appunto nella liberazione anticipata, dove l'assenza di pericolosità è assorbita nel più pregnante requisito della partecipazione del detenuto all'opera di rieducazione.

In breve: nella seconda metà degli anni '80 si conclude la parabola del delinquente pericoloso, lontano dai fasti che lo hanno visto protagonista dell'originario impianto codicistico. Ridimensionata dal legislatore e sedata dalla pras-

si giudiziaria, la figura recessiva del delinquente pericoloso viene affidata al potere discrezionale conferito al giudice, che saggiamente si mostra cauto nel maneggio di un parametro così sfuggente ed elastico. Segno di responsabilità ancor più apprezzabile, se si considera che l'eclissi legislativa della pericolosità sociale altro non è che il riflesso della crisi che – a partire dagli anni '70 – ne ha investito la consistenza scientifica e criminologica.

Un recente colpo di coda legislativo, che di fatto non ha invertito la parabola discendente della figura del delinquente pericoloso, è costituito dalla riforma della recidiva operata dalla legge n. 251 del 2005 (c.d. *ex Cirielli*). Il riferimento non va solamente alla stravagante idea di collegare funzionalmente la recidiva con la prescrizione, facendo giocare la ricaduta nel reato sui tempi di prescrizione del reato (soluzione giustamente criticata per l'assoluta eterogeneità delle *rationes* dei due istituti), ma soprattutto alla reintroduzione di aumenti di pena obbligatori. Come noto, la giurisprudenza ha utilizzato l'ambiguità testuale del nuovo art. 99 c.p. (là dove dice «l'aumento della pena è...» senza esplicitarne la doverosità), per limitare l'obbligatorietà dell'aumento di pena alla sola ipotesi di recidiva reiterata c.d. speciale del penultimo comma dell'art. 99 c.p., ossia in relazione al catalogo di gravi reati previsti nell'art. 407, comma 2, c.p.p. per i quali la durata massima delle indagini preliminari è di due anni (Cass. pen., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, *De Jure*). Per il resto la recidiva continua a operare come istituto ancora saldamente nelle mani della discrezionalità del giudice di cognizione, ossia come criterio di commisurazione della pena, con la conseguenza di smorzare gli effetti che la recidiva reiterata, di cui all'art. 99, comma 4, c.p., è in grado di produrre in sede di esecuzione penitenziaria. La legge c.d. *ex Cirielli*, infatti, introducendo un nuovo ultimo comma all'art. 58-*quater* ord. penit., ha previsto l'impossibilità di concedere più di una volta i benefici penitenziari nei casi di recidiva reiterata. La soluzione reintroduce ipotesi di immeritevolezza di marca legislativa forse anche plausibili sotto il profilo del senso comune, ma che vanno armonizzate con il principio della rieducazione del condannato che ispira soprattutto la fase dell'esecuzione penitenziaria. Ne consegue che la riaffermata discrezionalità del giudice di cognizione in materia di recidiva reiterata può fare salva anche quella del giudice di esecuzione circa l'apprezzamento della meritevolezza del detenuto che aspiri ai benefici penitenziari. Detto altrimenti: se la recidiva reiterata non viene riconosciuta dal giudice di cognizione, essa non opera obbligatoriamente come limite preclusivo in sede di esecuzione (Cass. pen., sez. I, 29 novembre 2011, n. 47324, *De Jure*). Così può intendersi l'ultimo comma dell'art. 58-*quater* ord. penit., là dove fa riferimento «al condannato al quale è stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, del codice penale». A una conseguenza simile giunge, del resto, la giurisprudenza anche con riguardo al nesso che lega la recidiva reiterata alla durata della prescrizione: la recidiva reiterata non riconosciuta in concreto dal giudice viene considerata ininfluente ai fini del computo del tempo necessario a prescrivere il reato (Cass. pen., sez. VI, 7 ottobre 2010, n. 43771, *De Jure*).

Tutto ciò non significa, però, che la categoria della pericolosità sia scomparsa dal sistema. Essa, anzi, è risorta e si è progressivamente sviluppata per così dire *a latere* delle rovine del delinquente pericoloso, ossia come categoria prevalentemente *extra codicem*; la qual cosa ha favorito la creazione di un sottosistema dotato di minore visibilità, ma di elevata attitudine al controllo sociale. Si tratta di un filone legislativo oltremodo articolato e attraversato da una molteplicità di logiche settoriali, accomunate da un profilo di continuità rispetto alla vecchia figura codicistica del delinquente pericoloso: ossia il carattere a-specifico della nozione di pericolosità.

La pericolosità nella cornice delle misure di prevenzione *ante delictum*

In questa galassia di ipotesi normative una prima linea di sviluppo è costituita dal potenziamento delle misure di prevenzione personali, nelle quali la pericolosità non è più attributo del delinquente, ossia di un soggetto ritenuto colpevole con sentenza definitiva di condanna, bensì caratteristica della persona desunta da fatti indizianti che di per sé possono essere privi di qualunque rilevanza penale.

Sotto questo profilo, sono note le critiche che la dottrina maggioritaria ha tradizionalmente mosso alle misure di prevenzione *ante delictum*. Esse sono tuttora attuali, poiché il ventaglio dei presupposti indizianti è quanto mai ampio ed eterogeneo, raramente dotato di adeguata univocità sintomatica e non di rado rimesso, almeno in sede di prima verifica, all'apprezzamento dell'autorità di pubblica sicurezza, ossia del questore.

Tanto per ricordare qualcuno di questi presupposti, si pensi all'operatività della prima legge in materia (l. n. 1423 del 1956), rivolta ai non meglio identificati soggetti che, «sulla base di elementi di fatto», «debba ritenersi [...] che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi», oppure, «per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi [...] che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose» ovvero ancora «per il loro comportamento debba ritenersi [...] che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica». La scarsa pregnanza prognostica dei requisiti costitutivi del giudizio di pericolosità è sotto gli occhi di tutti.

Per continuare, si pensi al divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive (art. 6 l. n. 401 del 1989), che può essere disposta anch'essa dal questore. Il suo presupposto è la commissione di determinati reati (per esempio, porto di armi o oggetti atti a offendere ovvero uso di caschi o altro mezzo per rendere difficoltoso il riconoscimento della persona), che non deve necessariamente essere stata accertata con sentenza di condanna, potendo bastare, ai fini della misura, che il reato sia oggetto di mera denuncia.

Il discorso non cambia in relazione alle misure di prevenzione c.d. antimafia previste dalla l. n. 575 del 1965 e successive modificazioni: se un sano senso di

realismo non consente di sminuire l'assoluta temibilità del fenomeno criminoso che esse ambiscono a contrastare, è parimenti incontestabile la labilità dei presupposti operativi delle misure di prevenzione antimafia, le quali – come noto – sono quelle più incisive, non solo per il loro contenuto intrinseco limitativo finanche della libertà di soggiorno, ma per la fitta rete di interdizioni e preclusioni previste dall'art. 10, prime tra tutte quelle che hanno ad oggetto licenze o autorizzazioni di polizia o di commercio.

Anche la più recente normativa introdotta con i c.d. pacchetti sicurezza del 2008 e 2009, sebbene punti decisamente su un significativo potenziamento delle misure di prevenzione patrimoniali, non manca di ampliare il novero dei destinatari delle misure di prevenzione antimafia includendovi i soggetti indiziati di far parte di associazioni mafiose straniere ovvero del delitto di trasferimento fraudolento di valori, quale azione intesa a contrastare l'associazione mafiosa che opera dietro il paravento di attività economiche produttive². L'innovazione può sembrare marginale, ma non lo è, perché sottolinea un allargamento degli obiettivi politico-criminali perseguiti. In effetti, la pericolosità che anima le misure di prevenzione *ante delictum*, quale figura vicaria della pericolosità che caratterizzava originariamente l'operatività delle misure di sicurezza, mantiene un volto ad un tempo labile e occhiuto, chiaramente al servizio di un programma repressivo di pubblica sicurezza, il quale, però, ha progressivamente alzato il tiro, prima esclusivamente rivolto a strati emarginati della popolazione e oggi indirizzato anche nei confronti di quanti sono indiziati di partecipare ad organizzazioni criminali economiche.

In ogni caso, e quale dato di fondo che rimane immutato, la principale garanzia offerta dal sistema al cittadino non è certo la tipicità dei presupposti delle misure di prevenzione, ma il controllo giurisdizionale pensato in funzione sostitutiva di una legalità sostanziale di fatto debole, se non assente; la qual cosa attenua intuitivamente la garanzia, pur richiesta dalla giurisprudenza di legittimità, di un'adeguata motivazione (per esempio, Cass. pen., sez. I, 17 gennaio 2011, n. 5838, *De Jure*; Id., sez. V, 31 marzo 2010, n. 19061, *ibid.*).

Per il resto, bisogna sottolineare che in questo delicato settore la giurisprudenza – forse perché influenzata dal messaggio derogatorio tipico dei sottosistemi – è assai pragmatica, al punto da recuperare un discutibile orientamento sviluppatosi in materia di misure di sicurezza, secondo il quale nei confronti delle misure di prevenzione non opererebbe la garanzia della irretroattività, bensì il principio del *tempus regit actum* (cfr. Cass. pen., sez. II, 14 maggio 2009, n. 33597, *De Jure*). Senonché, nel settore delle misure di sicurezza tale conclusione non è imposta dall'art. 200 c.p. Di questa norma la dottrina ha for-

² L. BISORI, *Disciplina dell'immigrazione e contrasto della clandestinità*, in F. GIUNTA - E. MARZADURI (a cura di), *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, Giuffrè, Milano 2010, pp. 232 ss.

nito infatti un'interpretazione conforme all'art. 25, comma 2, Cost.³, delimitando l'operatività del principio *tempus regit actum* unicamente al sopraggiungere di nuove modalità esecutive di una misura di sicurezza già esistente e prevista per un certo reato al momento della sua commissione. Non può non colpire, dunque, la persistenza della giurisprudenza su una soluzione che di fatto rinuncia al contenuto minimo e inderogabile del principio di legalità, qual è il divieto di retroattività dei nuovi strumenti sanzionatori, in un settore – quello della prevenzione *ante delictum* – dove significativi diritti di libertà possono essere sacrificati in nome di una pericolosità soggettiva solamente sospettata.

La disciplina dell'immigrazione clandestina

Un secondo comparto normativo nel cui ambito torna a rilevare la pericolosità è costituito dalla disciplina dell'immigrazione clandestina, significativamente innovata dai recenti e citati “pacchetti sicurezza”. Più precisamente la pericolosità costituisce il presupposto del provvedimento di espulsione dello straniero, il quale assume le sembianze di due istituti diversi per natura giuridica e presupposti, ma consonanti sotto il profilo dell'obiettivo perseguito: l'uno incarna la misura di sicurezza prevista dall'art. 235 c.p. nei confronti dello straniero che è stato condannato a un totale di pena superiore a due anni di reclusione; l'altro rileva come sanzione sostitutiva prevista in via esclusiva per il colpevole della nuova contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato.

Il primo profilo di innovazione è destinato ad avere un impatto sul sistema meno forte di quanto appaia a prima vista. È vero, infatti, che il nuovo art. 235 c.p., come riformulato dal primo pacchetto sicurezza (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. in l. 24 luglio 2008, n. 225), ha abbassato considerevolmente il totale di pena che fa scattare l'espulsione, originariamente fissato in dieci anni. Non deve trascurarsi però che, quand'anche la volontà storica del riformatore fosse stata quella di disancorare detta misura di sicurezza dal requisito della pericolosità sociale in concreto, questa conclusione, certamente compatibile con il tenore letterale della norma («Il giudice ordina l'espulsione...»), si porrebbe in contrasto con l'orientamento della Corte Costituzionale (sent. 58 del 1995), che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 86 d.p.r. 309/90, là dove obbligava il giudice a emettere l'ordine di espulsione dello straniero colpevole di reati in materia di stupefacenti senza aver prima accertato la pericolosità sociale in concreto.

Quanto all'espulsione come sanzione sostitutiva del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (nuovo art. 62-*bis* del d.lgs. 274/2000, in prodotto dalla l. 94 del 2009), essa prescinde dal requisito della pericolosità. La differenza di disciplina rispetto all'espulsione come misura di sicurezza

³ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 5 ed., rist., il Mulino, Bologna 2011, pp. 810 ss.

è palese e difficilmente giustificabile, posto che la pericolosità in concreto è richiesta per l'espulsione dello straniero che ha totalizzato condanne a più di due anni di reclusione, mentre non è prevista nei confronti dello straniero condannato per una contravvenzione punita con sola pena pecuniaria. Questo profilo di irragionevolezza, che potrebbe rilevare come un nuovo profilo di illegittimità, è la riprova delle contraddizioni in cui è incorso il legislatore con la scelta di attrarre nell'ambito del penalmente rilevante un'esigenza – quella del respingimento dell'immigrazione clandestina – che meglio sarebbe stata soddisfatta con una disciplina amministrativa. Come sanzione sostitutiva della pena pecuniaria il provvedimento di espulsione non si giustifica senza una presunzione di pericolo, salvo che non si muova da un'implicita identificazione, certamente ardua, tra condizione di clandestinità e prognosi di futuri reati.

Il detenuto pericoloso

Il terzo settore in cui la pericolosità riemerge prepotentemente, ma in forma indiziante, è costituito dalla disciplina dell'art. 41-*bis* ord. pen., i cui destinatari sono detenuti – anche non condannati con sentenza definitiva – presunti pericolosi. L'irrigidimento del regime custodiale e la sospensione delle misure attenuative del trattamento originano dal tipo di reato per il quale il detenuto è stato riconosciuto responsabile o del quale è semplicemente imputato, con la conseguenza che in quest'ultimo caso la pericolosità biografica emerge dal capo di imputazione. Segnatamente, viene in rilievo l'esigenza di recidere i contatti tra il detenuto e l'associazione mafiosa: finalità che legittima – secondo recente giurisprudenza – il regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. in presenza della semplice «potenzialità, attuale e concreta, di collegamenti con l'ambiente malavitoso che non potrebbe essere adeguatamente fronteggiata con il regime carcerario ordinario» (Cass. pen., sez. I, 2 dicembre 2008, n. 47521, *De Jure*).

Si tratta di requisiti spesso sfuggenti e non di rado legati al ruolo di spicco che il detenuto occupa in seno all'organizzazione criminale, al punto che – consapevole del valore indiziante della biografia delinquenziale e giudiziaria del detenuto – la giurisprudenza richiede almeno che tali note biografiche siano aggiornate, censurando prognosi fondate su dati curriculari risalenti (per esempio, v. Tribunale di Torino, sez. sorveglianza, 7 marzo 2007, *De jure*). Per l'orientamento prevalente sono questi gli elementi strutturali della misura di rigore, che devono costituire oggetto di motivazione sia in sede di prima emanazione della misura, che in vista della sua proroga. Solo episodicamente viene affermata dalla giurisprudenza l'esigenza di un accertamento più stringente dell'attualità della pericolosità sociale del condannato (Cass. pen., sez. I, 23 maggio 2007, n. 23934, *De Jure*). Di regola, ciò non è richiesto soprattutto in sede di proroga della misura, bastando che, rispetto alle valutazioni effettuate al momento della sua emanazione, non siano sopravvenuti fattori di novità (Cass. pen., sez. I, 16 gennaio 2007, n. 12477, *De Jure*).

Quale nozione di pericolosità va?

Tirando le fila del discorso, nella sua lunga vita la categoria della pericolosità ha mutato pelle: da perno del sistema codicistico, essa è diventata la protagonista di sottosistemi preventivi, segnatamente nel campo della prevenzione *ante delictum* e dell'esecuzione penitenziaria. Ciò ha comportato la trasformazione sostanziale della pericolosità che da oggetto di un accertamento in concreto da effettuarsi in termini prognostici è divenuta, nei summenzionati nuovi punti di emersione, la sintesi di criteri indizianti di natura legislativa rimessi all'apprezzamento del giudice. Il riscontro dell'indizio – va da sé – è assai meno impegnativo della prognosi. E questo è ben noto a un legislatore che intende puntare sulla prevenzione neutralizzatrice. Infine, non può sottacersi che, a seguito della legge *ex* Cirielli, l'unica pericolosità penalmente rilevante è ad oggi quella del delinquente doloso, che, con la sua risoluzione volontaria, rompe il patto con l'ordinamento. A seguito della citata riforma del 2005, la recidiva è prevista oggi con riferimento al solo delitto doloso, con irrilevanza della ricaduta nelle contravvenzioni e nei delitti colposi. Il delinquente colposo vive ai margini del sistema, talché un'attitudine maldestra o una personalità particolarmente negligente, come tale foriera di offese ripetute, sfugge alla qualifica di recidiva. Il nostro ordinamento non tiene adeguatamente conto che la criminalità colposa si caratterizza per una pericolosità non certo inferiore alla colpevolezza. Essa costituisce la vera cifra soggettiva della colpa, per lo più trascurata anche dalla dottrina. Una consapevole politica criminale dovrebbe contemplare, invece, un trattamento differenziato dell'autore colposo, in grado, all'occorrenza, di interdirlgli lo svolgimento delle attività pericolose, che ha dimostrato di non sapere svolgere nel rispetto delle regole cautelari doverose.

Per converso, un significativo punto di continuità storica della nozione di pericolosità è il suo carattere non scientifico, ossia intuitivo. Anche nelle sue recenti evoluzioni, la pericolosità sollecita valutazioni ispirate dalla comune esperienza, come tali fortemente condizionate sia dalle precomprensioni individuali di chi interpreta gli elementi indizianti della fattispecie, sia dalla percezione collettiva dello stato di salute della sicurezza pubblica. Ciò conferma l'attitudine della nozione di pericolosità forgiata dal senso comune a operare come placebo con cui sedare le ondate di ansia securitaria che pervadono le società contemporanee. L'accettabilità di questa nozione di pericolosità, così indeterminata e poco scientifica, ma al contempo molto radicata e diffusa, dipende dalla misura in cui essa è chiamata a incidere sui diritti di libertà. Il loro sacrificio in non pochi casi esorbita dall'ambito della ragionevolezza. Si pensi, per esempio, all'operatività dell'istituto previsto dall'art. 41-*bis* ord. pen., almeno nei casi in cui una così grave e ulteriore restrizione del regime penitenziario scatti, nei confronti del detenuto imputato, in base a indici di natura biografica.

Nondimeno la nozione laica di pericolosità pare preferibile a quella a base statistico-criminologica, che, mostrando il volto illiberale della scienza predit-

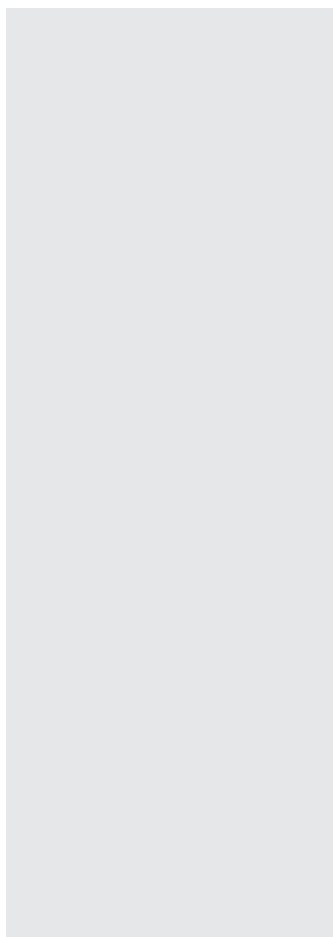
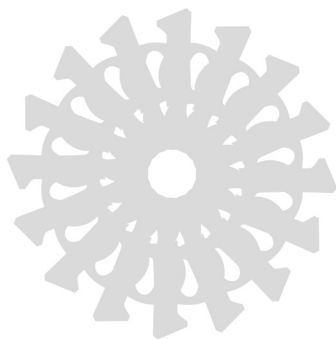
tiva, rischia di favorire la pianificazione trattamentale delle pericolosità individuali. Detto altrimenti: la nozione statistica di pericolosità finisce per trasformare la descrizione del fenomeno in previsione, addossando al singolo soggetto ritenuto pericoloso il peso del complesso dei fattori criminogenetici.

Ciò non significa che le conoscenze scientifiche non possano giocare un ruolo per così dire di limite esterno della nozione di pericolosità. Esse, più precisamente, contribuiscono a fondare i giudizi di fatto che stanno alla base della scelta legislativa nell'individuazione degli indici di pericolosità. La questione confluisce in quella più generale e del tutto aperta dei giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità delle norme⁴. Una prospettiva, questa, che potrebbe assicurare un'importante garanzia contro i rischi di una politica della sicurezza spregiudicata e mirata alla pura rassicurazione del corpo sociale.

Per il resto, la nuova nozione di pericolosità sociale – non ci si illuda – sembra destinata a restare sfuggente e indiziaria: perennemente in cerca d'autore.

⁴ D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1004 ss.

CULTURA E PROFESSIONE



Due figure di Avvocati piemontesi che fecero l'Italia Angelo Brofferio (1802-1866) e Tommaso Villa (1832-1915)*

Dario Poto

Dal loro studio professionale Angelo Brofferio e Tommaso Villa, suocero e genero, per poco meno di un secolo (1831-1915) sono stati i corifei delle aspettative e delle posizioni dell'ambiente liberal-progressista piemontese e possono averne incarnato anche l'evoluzione operativa nei decenni successivi all'unità, per la quale si sono impegnati a fondo. I mutamenti politici hanno fatto sì che il loro coinvolgimento per l'Italia unita sia stato però diverso. Brofferio, indomito oppositore di Cavour, non si è fatto coinvolgere – come i vari liberaldemocratici Valerio, Depretis o altri – nella politica unitaria di quest'ultimo ed è stato quindi sempre tenuto al margine; Villa invece, dopo l'avvento al potere della sinistra liberale (1876), è stato più volte ministro, presidente della Camera, penalista inserito nei processi celebri dell'epoca e mediatore fra politica ed affari. La loro multiforme figura ancora di recente ha attirato l'attenzione, a dimostrazione della persistenza del loro ricordo¹.

Angelo Brofferio esprime, in certo modo, l'anima irrequieta di un Piemonte non convenzionale, non omologato né inquadrato negli stereotipi della società del tempo, ligia alle leggi e al sovrano e immersa in un suo tranquillo provincialismo. Lo spirito di Brofferio rappresenta invece una porzione significativa di quella pur minoritaria corrente culturale che, nel Piemonte della prima metà dell'Ottocento, volle battersi, insieme, per la causa dell'unità nazionale e per la conquista di maggiori diritti civili. Come per molti uomini che, in politica, si sono identificati nella sinistra, egli fu tacciato di idealismo romantico, di tenere un atteggiamento da "bastian contrari" (come si dice di una persona in perenne e irriducibile contrasto verso l'opinione dei più), e di essere in fin dei conti un ingenuo, spesso perdente sul piano dei risultati concreti.

* Tratto da S. BORSACCHI - G.S. PENE VIDARI (a cura di), *Avvocati che fecero l'Italia*, il Mulino, Bologna 2011, pp. 109-120.

¹ Proprio di recente è ancora uscito un libro su Brofferio (L. LAJOLO, *Angelo Brofferio e l'unità incompiuta. La biografia intellettuale di un democratico nel Risorgimento*, prefazione di S. MONTALDO, Vigliengo Editore, Torino 2011), ricordato nel 2002 con diverse iniziative regionali nel bicentenario della nascita; su Villa esiste la poderosa monografia di S. MONTALDO, *Patria e affari. Tommaso Villa e la costruzione del consenso tra unità e grande guerra*, Carocci, Torino 1999. Mi permetto di rimandare per un profilo di entrambi, più vicino alla loro attività professionale, a D. POTO, *Giuristi subalpini tra avvocatura e politica*, Alpina, Torino 2006, da cui è stata desunta buona parte di questo contributo.

Appassionato partecipe, anche se non del tutto immune da ombre, ai moti liberali, egli per tutta la sua stagione politica rimase schierato su posizioni di estremismo democratico. Protagonista di aspri dibattiti in Parlamento, dove, da sinistra, condusse inesauste battaglie e interventi polemici contro l'azione del Cavour, seppe tuttavia dar sempre ascolto alla voce degli umili. La sua produzione letteraria e le sue vivaci canzoni dialettali parlano un linguaggio di fratellanza che trovò pochi uguali nella cultura del tempo. L'attenzione ai diseredati si coniugava in lui con una concezione dello Stato favorevole alle municipalità ed alle associazioni volontaristiche, e, per tale motivo, invisiva alla classe dirigente dell'epoca.

Di una personalità come quella di Angelo Brofferio molte cose si potrebbero dire. La vastità dei suoi interessi è nota, così come singolare fu la sua inclinazione a cimentarsi in svariati domini culturali, anche non contigui fra di loro. Pubblicista, commediografo, poeta, compositore, studioso di tradizioni popolari, giornalista politico, parlamentare, avvocato: in tutte queste attività e in ciascuna di esse Brofferio volle addentrarsi, segnando il proprio percorso con l'impronta di un carattere forte e vivo².

Molto si è insistito sulle sue doti di comunicatore, fondate sul fascino della parola, con la quale sapeva così bene suscitare le emozioni dell'uditorio. Forse è meglio scorgere in lui i segni di uno spirito libero alla ricerca di un nuovo equilibrio sociale borghese aperto romanticamente agli affetti anche verso umili e diseredati.

Fu implicato nei moti torinesi del 1821, ma soprattutto nella congiura del 1831, promossa da un gruppo di ufficiali dell'esercito sardo e di aderenti alla società segreta dei "Cavalieri della Libertà" del 1831. La trama fallì per il tradimento di uno dei congiurati. Su Brofferio, anzi, pesò a lungo il sospetto di essere stato uno dei delatori. Ne nacque una polemica giornalistica, cui pose la parola fine una sentenza del Tribunale civile, emessa nel 1838, che lo scagionava dall'accusa.

Aderì alla massoneria e ne abbracciò l'anticlericalismo, ma non si affiliò alla "Giovine Italia" mazziniana, preferendo sostenere le sue opinioni ne *Il Messaggiere torinese*, giornale che fondò nel 1834, ed in un'intensa produzione pubblicistica e letteraria. Con l'istituzione del regime parlamentare nel 1848, fu sempre eletto in più collegi alla Camera dei deputati, ove fu a lungo il campione – se non l'unico, certo il più autorevole – della Sinistra radicale. Quando si levava a parlare, faceva il silenzio ammirato anche dai banchi del Governo. Sferzante e ricca di *verve*, la sua eloquenza saliva d'improvviso ai toni alti e commossi della perorazione civile, con toni anche tribunizi.

Apparteneva al drappello di avvocati su cui si esercitava una costante, anche se discreta, sorveglianza di polizia, per i suoi trascorsi e per la reputazione di repubblicano e mazziniano.

² Ne illustra la poliedrica attività, specie letteraria, la "voce" di E. BOTTASSO nel *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. 14, Treccani, Roma 1972, pp. 408-413.

In realtà, per lui come per altri uomini politici di orientamento radicale, gli aneliti repubblicani trovavano posto – sopra un virtuale piano prospettico – nella posizione di fondo, mentre in primo piano veniva l'adesione alla forma monarchica, o meglio alla monarchia sabauda, vista con l'occhio benevolo del patriota piemontese.

«Mi piace la Repubblica... ma in Piemonte, dove un re ha snudato la spada per la libertà italiana e sta valorosamente combattendo per disperdere ogni traccia di oppressione straniera, pensare alla repubblica sarebbe barbaro atto, a cui solo applaudirebbero i barbari che ci stanno di fronte», scriveva su *Il Messaggiere torinese* nel 1848.

Polemista di razza, anche nella professione legale Brofferio portò insieme lo slancio di un animo libertario e le doti di un brillante comunicatore. Nel suo studio di avvocato, a Torino, passarono alcune delle cause più clamorose del tempo. Ispirato da un'alta concezione dell'etica professionale, egli antepose sempre la difesa del cliente ai propri personali convincimenti. Avanti alla Cassazione torinese assunse la difesa del generale Gerolamo Ramorino, condannato per alto tradimento dopo la disfatta di Novara, e ne sostenne – senza successo – la tesi di gravi impedimenti frapposti all'attuazione dei suoi piani di guerra.

Memorabile fu la difesa nel processo a don Grignaschi, sostenuta nel 1850 presso la Corte d'appello di Casale Monferrato a favore del sacerdote Francesco Grignaschi, parroco del Casalese, denunciato per aver fondato un movimento ereticale. Brofferio nella propria arringa non esitò a definire il Grignaschi un perseguitato dall'autorità ecclesiastica; passò quindi a toni più elevati, difendendo la libertà di opinione e di manifestazione del pensiero religioso, compresa quella eretica, in contrapposizione alla religione di stato. Il processo, celebrato a porte chiuse, si concluse con la condanna del Grignaschi a dieci anni di reclusione³.

Più fortunata fu la sua difesa dei montanari della Valle d'Aosta. Nel 1853 gli abitanti della bassa valle insorsero contro una legislazione fiscale che ne inaspriva le già precarie condizioni di sopravvivenza economica. Richiamandosi all'esempio di due formazioni di controrivoluzionari (i c.d. *régiments de socques*), che agli albori del secolo avevano combattuto le truppe di occupazione francesi e il governo giacobino in Aosta, i valligiani diedero sfogo alla protesta marciando compatti su questa città. Riuniti, però, con uno stratagemma dentro una chiesa, furono in breve arrestati tutti e tratti a processo con l'accusa di attentato alla sicurezza dello Stato. Imponente il collegio dei difensori: fra questo spiccava la presenza del deputato Angelo Brofferio. Indifferente alle prospettazioni dell'accusa, che diceva essere i montanari sobillati dai loro sa-

³ Sulla vicenda, cfr. L. MUSSELLI, *Un caso giuridico emblematico: il processo del prete millenarista Antonio Francesco Grignaschi a Casale (1848-1850) per "attacchi contro la religione dello Stato"*, in *L'altro Piemonte nell'età di Carlo Alberto*, Tipografia Barberis, San Salvatore Monferrato 2001, I, pp. 477-483.

cerdoti e mossi da suggestioni reazionarie, come appunto erano stati coloro che cinquant'anni prima avevano preso le armi contro i Francesi, il Brofferio – progressista e laico – difese con passione le ragioni d'innocenza degli imputati: quasi tutti tornarono alle loro case assolti⁴.

Ma ancor più difficile fu, per la Sinistra, accettare l'idea che Brofferio avesse preso la difesa in giudizio del direttore del periodico *Il Contemporaneo*, giornale schierato su posizioni rigidamente reazionarie, alla guida del quale era certo Stefano Gandolfo, personalità dai contorni fortemente ambigui. E all'amico Francesco Domenico Guerrazzi, che gli rimproverava una decisione tanto incoerente con i suoi ideali politici, Brofferio così orgogliosamente replicava:

Il partito reazionario del "Contemporaneo" mi fa ribrezzo, ma detesto ancor di più i Lafariniani della "Nazione". La libertà di stampa io l'ebbi sempre, non come il monopolio di un partito, ma come un sacro diritto di cui è solidale tutta in comune l'intelligenza senza distinzione di parte. Io difesi Bianchi Giovini, Don Grignaschi e il Marchese Birago, come "Goffredo Mameli", Filippo de Bonis etc. etc. perché la stampa non è un colore politico, è un'istituzione fondamentale che in qualunque campo va protetta e difesa.

Si tratta di parole che sono degne di appartenere alle più nobili affermazioni sulle libertà civili.

Che cosa pensasse di sé come avvocato, e meglio ancora che cosa riteneva pensassero di lui i colleghi del Foro, Brofferio ci rivela in un ampio, e per molti versi gustoso, passo dalle sue memorie:

Come io riuscissi in pochissimo tempo, senza appoggi, senza aiuti, senza sostentamenti, e colla cattiva reputazione di poeta che mi pesava sulle spalle, ad acquistarmi una grande clientela, sì che il mio studio per lavori e per lucri non fosse ad alcuno secondo, è cosa che ha più del prodigioso che del verosimile.

Della giurisprudenza io mi attenni alla parte filosofica ed oratoria, sdegnando quella che si compone di tortuosi sofismi e di cavilli di procedura. Portai inoltre nel mio ministero un sentimento così profondo del giusto e del vero, un odio così invitto delle coperte vie che troppo spesso sull'altare della giustizia fanno adorare l'iniquità, una volontà così tenace, così indomabile di resistere a tutti gli ostacoli, di sventare tutte le macchinazioni che per verità il sacerdozio del poeta, cioè dell'uomo di cuore, finiva quasi sempre per prevalere su quello dell'avvocato, cioè dell'uomo che i freddi raziocinii e le tele forensi ha per suprema norma. [...]

Le cause che davan vittoria per esterne formalità di processura e trasferivano la ragione dov'era il torto, non ho mai voluto accettare; né mai ho potuto comprendere come per un'irregolare intimazione d'uscire o per un termine lasciato trascorrere dal curiale si potesse senza ribrezzo condannare chi doveva essere assolto, assolvere chi doveva essere condannato.

⁴ D. GIURIATI, *Memorie di un vecchio avvocato*, Treves, Milano 1888, pp. 3-25.

Ai colleghi i quali andavano dicendo che era un avvocato che non sapeva il suo mestiere, risponde così:

Infatti il mestiere di costoro io non l'ho mai imparato; essi mi evitarono, ed io di gran cuore mi teneva in disparte. Alle abitudini della curia non mi sono mai potuto acconciare: amicizie nel foro non ebbi, tranne alcune promosse dalle politiche opinioni, confortate dal culto letterario o dai civili consorzi; e queste io mi ebbi ed ho sempre carissime⁵.

Contrario alla guerra di Crimea, Brofferio restò pure contrario alle posizioni cavouriane riguardo ai metodi ed alla realizzazione del processo di unificazione nazionale, alla quale invece fu pienamente favorevole, ma con altre modalità. Al momento della votazione della breve ma discussa (da lui stesso) proposta di legge sull'acquisizione da parte di Vittorio Emanuele II del titolo di re d'Italia. Brofferio a nome di tutta la sua "parte" politica iniziò con ampie critiche, ma – consapevole dell'opportunità che la Camera si dimostrasse unanime per attestare la coesione nazionale in proposito – concluse di «avere incarico di dichiararvi che, in qualunque evento, noi siamo disposti a deporre un voto favorevole nell'urna, perché, ove si tratta della costruzione dell'Italia, tutti gli italiani debbono essere concordi!»

Le divergenze col Governo restavano, e si faranno sentire subito dopo, ma – di fronte all'importanza ed alla solennità del momento – Angelo Brofferio ed i suoi per spirito nazionale accettavano per un momento di far tacere le proprie insoddisfazioni, dimostrando senso di alta responsabilità civica⁶. Egli sedette ancora per un quinquennio alla Camera, sempre nei banchi dell'opposizione: l'ultimo suo slancio "nazionale" è una canzone patriottica composta – pochi giorni prima della morte (25 maggio 1866) – per la campagna militare della terza guerra d'indipendenza ormai imminente.

Egli non espresse in forma sistematica i propri ideali politici, che sono da rintracciarsi invece nei suoi numerosi discorsi parlamentari.

Più lungimiranti e felici furono le sue lotte nel campo dei diritti civili.

Si batté per l'abolizione della pena di morte. Fu un convinto assertore della indipendenza e della inamovibilità dei giudici (parzialmente riconosciute, al termine di un aspro dibattito parlamentare, dalle leggi Siccardi del 1851). Insieme al genero, Tommaso Villa, egli pure avvocato e uomo politico, condusse una lunga campagna per l'introduzione del matrimonio civile. Adottò come bandiere i diritti di libertà, dalla libertà di stampa a quella religiosa e personale (impegnandosi, fra l'altro, nella proposta di legge volta alla diminuzione della durata del carcere preventivo). Massone tra i più autorevoli e fondatore di società culturali, fu particolarmente attivo nel reclamare l'estensione della libertà di associazionismo.

⁵ A. BROFFERIO, *I miei tempi*, vol. X, G. Biancardi, Torino 1860.

⁶ Da ultimo G.S. PENE VIDARI, *Il re Vittorio Emanuele II "assume il titolo di re d'Italia"*, in *Studi piemontesi*, XL-1 (giugno 2011), pp. 15-19.

Gli abitanti di Castelnuovo Calcea, paese natale di Angelo Brofferio in provincia di Asti, ne onorano la memoria con un'esposizione permanente degli scritti.

Nato il 29 gennaio 1832 a Canale d'Alba (Cuneo), e laureatosi in giurisprudenza, Tommaso Villa entrò a far pratica nello studio di Angelo Brofferio, del quale sposò poi la figlia. Entrò in Parlamento nel 1865, quando la Camera dei Deputati era ormai trasferita a Firenze, affiancandosi in essa per un solo anno al suocero, poi deceduto. Già da tempo ne aveva sapientemente acquisito la clientela professionale e politica, a cui altra ne aveva aggiunta nel loro studio, indirizzandosi nel settore penale.

La fortunata carriera politica del Villa, passato dal Ministero degli Interni a quello di Grazia e Giustizia, per ascendere di lì al seggio di presidente della Camera dei Deputati, ricevendo infine il laticlavio di senatore, non gli impedì di svolgere con successo la professione forense.

Avvocato penalista tra i più celebrati, e relatore, quale ministro guardasigilli del governo Zanardelli (novembre 1879 - maggio 1881), del progetto di codice penale che da questi prese nome, Villa fu espressione di quel ceto di professionisti del diritto che andava noto, nello scorcio dei due ultimi decenni dell'Ottocento, come il "partito degli avvocati".

La valutazione può apparire negativa, se si ritiene di collegarla ad una gestione in chiave di ricaduta professionale degli interessi perseguibili in politica. Ma tale può apparire solo dal punto di vista di un osservatore odierno, il quale non tenga conto della ridotta estensione della classe dirigente del tempo, e del fatto che sul ceto dei professionisti – provenienti dall'avvocatura, non meno che dalla magistratura – e non già sui politici di carriera venne accollato, nella edificazione dello Stato unitario, il compito di costruire il pilastro legislativo e un apparato giudiziario idoneo ad operare su scala nazionale.

E lo stesso codice penale Zanardelli fu salutato come un modello di equilibrio e di civiltà, punta avanzata di un processo di ammodernamento della legislazione, non solo italiana, dell'epoca.

Ciò non toglie che insieme a Tommaso Villa altre personalità dell'Italia liberale, da Mancini a Crispi, da Martora a Zanardelli a Cocco-Ortu, beneficiarono di un circuito in cui «la professione alimentava la politica e a sua volta la carriera politica era sostenuta dal successo professionale»⁷.

Il Nostro, dal canto suo, mentre riusciva nel suo capolavoro di politica culturale e di immagine, consistente nel lancio e nella realizzazione del Museo del Risorgimento e nell'aver organizzato l'Esposizione nazionale del 1884⁸, assisteva importanti clienti in processi penali.

⁷ S. MONTALDO, *op. cit.*, p. 10.

⁸ Villa fu presidente del comitato esecutivo che realizzò l'esposizione del 1884, il maggior merito della quale, a distanza di oltre centoventi anni, è di aver lasciato in permanente eredità a Torino il complesso di edifici sulla riva sinistra del Po, conosciuto come Borgo medievale. Altra realizzazione di spicco nell'ambito dell'esposizione del 1884 fu la funicolare di Superga.

Fu avvocato di parte civile del generale Clemente Corte, querelatosi contro il giornale *Il Secolo* per un articolo concernente un episodio della guerra contro l'Austria del 1866. si occupò, pur Ministro e poi Presidente della Camera, della difesa di privati e di società private contro l'amministrazione pubblica. Fu tra l'altro, nonostante la sua fama di anticlericale, avvocato difensore di congregazioni di carità. Si occupò di processi di grido, non facendosi scrupolo di patrocinare nelle aule giudiziarie nonostante fosse il Ministro in carica di Grazia Giustizia⁹.

Si deplorò anche il fatto che alcune delle leggi varate in quella temperie storica fossero in qualche modo legate agli interessi professionali degli avvocati-deputati più influenti.

Si parlò, forse non immotivatamente, di affarismo, e di una sorta di "sovrapresentanza" politica espressa in Parlamento dagli avvocati di allora. Ma è necessario relativizzare la questione. Esponenti di punta dell'avvocatura furono i citati Zanardelli, Mancini, Martora. E tuttavia, pur riconoscendo che non si sottrassero ad una qualche commistione fra interessi professionali e cura della cosa pubblica, non si può né si deve negare a costoro la capacità di aver contribuito a dare all'Italia buone leggi e una struttura amministrativa, tutto considerato, fra le più oneste ed efficienti nella storia, dall'unificazione in poi.

Del resto, la pratica degli affari non era consuetudine solo degli avvocati. Un politico consumato come Giolitti durò fatica a liberarsi dai sospetti di aver avuto parte attiva nella bancarotta della Banca romana, il cui scandalo ne compromise non poco l'ascesa politica.

Nel dicembre 1910 il senatore Giovanni Faldella, scrivendo la prefazione al volume che raccoglieva i discorsi parlamentari di Tommaso Villa, già Presidente della Camera, tracciò di lui un quadro in cui la storia del personaggio, con i suoi quarantaquattro anni di vita pubblica, veniva a fondersi con la storia stessa del Regno d'Italia, che contava appena mezzo secolo di esistenza.

Di Tommaso Villa era costruita l'immagine come di un padre fondatore della nazione, di modo che, invece di un ritratto, venivano sbalzati i lineamenti di

⁹ Così il mussoliniano *Secolo d'Italia* arriva a bollarlo, in un feroce necrologio pubblicato il 26 luglio 1915: «Tutti gli uomini del foro italiano possono testimoniare che Tommaso Villa più che ad altro pensava alacremente alle cause, ai grandi processi che dovevano portarlo nella sfera degli avvocati di grido, dei penalisti che ascsero rapidamente a fortune vistose... Presidente della Camera, ha difeso il principe Chigi in lotta contro lo Stato. Ha usato e abusato dell'arte del rinvio della causa motivando sempre le richieste con motivazioni politiche importanti [comportamento che non sembra caduto in disuso neppure oggi. N.d.A.]. Villa era veramente un avvocato nato. Furbo. Scaltrissimo. Molto affabile. L'appunto più grave, dopo quello di aver smarrito per strada parecchie doti politiche dell'antico brofferiano di un tempo, è quello precisamente di aver sfruttato la politica, senza si capisce menomare l'onestà privata, ponendola efficacemente ai servizi delle grasse cause che l'avvocato difendeva. E non sempre delle più simpatiche».

un vero e proprio monumento, eretto ad uno statista che all'epoca era ancora in vita.

Il giudizio da darsi su Tommaso Villa è quello di un uomo politico figlio del proprio tempo. Personalità indubbiamente dotata di non comune inclinazione a progettare, e di ancor più rare doti organizzative, egli fu uno degli artefici del processo di nascita e di diffusione del patriottismo, legato alla formazione di quell'identità nazionale di cui si è detto, in un tempo contraddistinto dall'emergere di nazionalità e dall'avvento di Stati autoritari, quali il Reich del Cancelliere di ferro.

Fu pure figlio del suo tempo in quella dura rivendicazione di laicità che costituiva uno dei connotati dello Stato borghese e liberale, nato alle campagne risorgimentali. Anticlericale moderato, fu in tutto e per tutto uomo politico del secondo Ottocento, compresa la spiccata attenzione al problema dell'associazionismo operaio e al fenomeno del pauperismo nelle città.

Tutto suo era però lo specifico interesse alle opzioni di immagine e di rappresentatività culturale, sia a quelle di respiro nazionale, che a quelle incentrate sulla città a lui cara fra tutte, Torino. Il suo ampio programma di valorizzazione culturale del "Risorgimento" e di utilizzazione del patriottismo come cemento dell'unità nazionale lo portò a concepire sin dagli anni Settanta e poi a far realizzare un Museo del Risorgimento situato nella vecchia capitale, che di tale movimento era da considerare la culla ed il simbolo, da conservare nella memoria dei contemporanei e da illustrare alle giovani generazioni¹⁰.

Avvocato dotato di elevata professionalità tecnica, educò allo stile di una oratoria asciutta ed incisiva, intessuta sulla logica degli argomenti e su continui rimandi normativi, senza indulgere ai paludamenti retorici consueti nell'oratoria forense dell'epoca¹¹.

L'evoluzione nel corso degli anni, per quasi un secolo, delle aspettative ideali e del comportamento politico e professionale di questi due avvocati piemontesi, perfettamente inseriti nel processo di unificazione nazionale, può essere presa quasi ad esempio dei mutamenti intervenuti nella vita politica (da romanticamente prefigurata, in precedenza, a coacervo d'interessi, poi), nell'attività forense (dall'osservanza di ritualità tradizionali, prima, ad una successiva

¹⁰ In Torino egli inoltre promosse e fece realizzare ben tre esposizioni nazionali, nel 1884, nel 1889 e nel 1911 (quest'ultima in occasione del cinquantenario dell'unità).

¹¹ Scrive il Faldella, con stile immaginifico: «L'eloquenza di Angelo Brofferio è un'eloquenza classica, rostrata, nella quale la clamide di Demostene e la toga di Cicerone appena ammettono in società il mantello, la parrucca e la cravatta di Mirabeau. Invece l'eloquenza brofferiana si ammoderna in Tommaso Villa... All'onda melodica circolante dall'esaltazione all'arguzia è preferito un avanzarsi pugnace, serrato, di argomenti e sentimenti, un dissertamento di ragioni come un disserrare di chiavistelli; una lampada portatile, a rischiare la filza predisposta ed occorrente dei soggetti e degli oggetti; una lampada che scende negli anfratti, si innalza fra le nubi, e ravviva la fiamma ai tentativi di smorzarla mossi dagli interruttori e contraddittori. Eloquenza preziosissima da congiura e da comizio».

maggior attenzione ai concetti e alle costruzioni giuridiche), nelle forme di comunicazione sociale (da articoli e testi letterari alla promozione di esposizioni e musei), nella stessa matrice ideale degli intellettuali liberali del tempo (dalla realizzazione del principio di nazionalità allo sviluppo di un impianto di più ideologico nazionalismo).

Recensione a *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, a cura di Elena Falletti e Valeria Piccone

Alarico Mariani Marini

L'interesse per questa raccolta non è soltanto quello dell'avvocato che avverta l'esigenza di conoscere e approfondire il diritto che sta cambiando e che coinvolge direttamente il ruolo del difensore.

Vi è anche un interesse che si collega al ruolo della Scuola Superiore dell'Avvocatura che da alcuni anni ha posto al centro della formazione dei giovani e della formazione continua degli avvocati i diritti umani e i diritti fondamentali. Un impegno che si è accentuato dopo il Trattato di Lisbona con l'irrompere dei diritti fondamentali nel nostro ordinamento e nella nostra giurisprudenza con maggiore efficacia che nel passato.

Un ulteriore motivo di interesse nasce dalla consapevolezza, come cittadini e avvocati europei, che il futuro dello stato di diritto e della democrazia anche nel nostro paese è strettamente legato al processo di integrazione politica dell'Europa, nel quale un ruolo decisivo è rappresentato dalla condivisione dei valori che sono alla base dei diritti fondamentali.

In questa prospettiva la premessa di Valeria Piccone alla raccolta di scritti contenuti nel volume apre con fiducia ad un futuro dominato dalla convinzione che il processo di integrazione europea sia ormai inarrestabile, ed inoltre sottolinea come i diritti fondamentali siano oggi materia di giudici e avvocati, perché è sul terreno giudiziario che si assicura la effettività della tutela e che è possibile vincere le resistenze opposte dai poteri che nella società vedono nei nuovi diritti un limite al loro prevalere nell'economia, nel lavoro, nella emergenza umanitaria, e nei tentativi ricorrenti di controllo sui giudici.

Come ha scritto Stefano Rodotà la effettività nella difesa dei diritti è infatti oggi affidata alla giurisdizione e all'opera dei giuristi, e soprattutto ad avvocati e giudici che ne costituiscono la linea avanzata.

Ma dopo l'ottimismo che ispira la premessa, il primo saggio del Presidente Lupo, nel tracciare il quadro dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione, ci pone dinanzi alle difficoltà e ai punti critici di questo rapporto.

Si tratta soprattutto dell'ambito di applicazione del diritto europeo nel diritto interno, dei rapporti tra giudici nazionali e Corte di Strasburgo, dell'efficacia delle sentenze delle Corti europee sul giudicato interno, del ruolo della Corte Costituzionale e del problema della disapplicazione della norma interna nei casi nei quali non sia possibile adeguarla alla norma europea mediante una interpretazione conforme.

Altre criticità del rapporto tra diritto sovranazionale e diritto interno sono anche prospettate da alcuni orientamenti riduzionisti della dottrina circa l'ambito di applicazione della Carta nei rapporti tra privati, ma tali interpretazioni appaiono gradualmente superate nei fatti, perché l'influenza della giurisprudenza europea e la sensibilità di alcuni settori della magistratura, unite all'incalzare di una domanda emergente di tutela dei diritti hanno avviato un processo che sarà molto difficile arrestare.

Certo il cammino è ancora impervio anche per avvocati e per i giudici impegnati in questo compito, come sperimentiamo quotidianamente nelle aule di giustizia, ma il crescente progresso sul terreno culturale e tecnico è innegabile.

Per gli avvocati in particolare il libro rappresenta un contributo di grande utilità per la conoscenza del diritto europeo e per la comprensione della importanza attuale e immediata che esso riveste nella applicazione della legge nazionale.

Si tratta infatti di una svolta nella formazione sia iniziale che permanente dell'avvocato che richiede l'immersione in una nuova dimensione culturale, un aggiornamento ed un perfezionamento delle tecniche dell'interpretazione e dell'argomentazione nel processo, e, non da ultimo, una nuova concezione dei doveri e delle responsabilità nel processo e nella società come è scolpito nel preambolo della Carta.

Ha quindi ancora ragione Valeria Piccone quando richiede al giurista un nuovo atteggiamento di apertura e sottolinea il ruolo fondamentale dell'interprete.

Di questa rivoluzione in atto, giuridica, ma per molti profili anche politica (non a caso il nome e gli scritti di Altiero Spinelli vengono richiamati da alcuni autori) i saggi contenuti nel libro ci danno un quadro significativo.

L'ampiezza dell'indagine, la ricchezza degli approfondimenti, la mole dei riferimenti giurisprudenziali ne fanno uno dei testi più completi sui rapporti tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza europea.

Per chi non legga la materia in un'ottica esclusivamente tecnica, un pregio è senz'altro rappresentato dai commenti che accompagnano la descrizione delle fasi del processo di penetrazione dei diritti fondamentali nel nostro ordinamento.

La parte generale è illuminante sui fondamenti del nuovo sistema dei diritti, e sullo stato del rapporto con l'ordinamento interno quale emerge dalla giurisprudenza.

Si spazia dalla centralità della persona, che trova un icastico suggello nell'art. 1 della Carta dei diritti sulla inviolabilità della dignità umana, alla nuova nozione di cittadinanza europea: una cittadinanza *sui generis*, senza popolo, senza territorio, senza appartenenza a uno Stato, ma fattore guida dell'Unione verso l'approdo finale della federazione ed emblema di uno spazio comune europeo fondato sui diritti fondamentali.

Vi sono rappresentati anche i rischi del "corto circuito" che si può determinare per effetto della immediata applicazione del diritto dell'UE nei rapporti tra

Corte di Giustizia e Corte Costituzionale, problema ancora aperto nella ricerca di un necessario e inevitabile punto di equilibrio.

Ed ancora nella parte generale si affronta il tema della responsabilità del giudice e dello Stato per violazione manifesta del diritto europeo, tema delicato che si intreccia con il problema tutto di politica interna che si agita da tempo.

Disegnata questa cornice fondamentale per la comprensione della portata effettiva della svolta innescata dalla Carta, la parte speciale del libro ci guida attraverso i problemi che sorgono dalla applicazione del diritto europeo in tutti i principali settori del diritto interno.

La lettura di questi saggi è una fonte di conoscenza e di riflessione su aspetti poco noti, ed anche motivo di interessanti scoperte per chi non abbia approfondito lo studio della materia.

Mi riferisco, ad esempio, al ruolo importante della giurisprudenza della Corte di giustizia europea nella interpretazione ed applicazione dei diritti fondamentali sul quale l'attenzione è stata in parte distolta dalla questione della disapplicazione di norme interne a seguito di sentenze della CEDU.

Certo, cause avanti alla Corte di Strasburgo come quelle sul G8 di Genova, sul crocifisso nelle scuole, o sui respingimenti eseguiti in violazione dei diritti umani colpiscono l'opinione pubblica più che sentenze della CGE su specifiche fattispecie di diritto. Ma l'espansione della Carta nel diritto interno si deve soprattutto alla giurisprudenza della CGE (Bronzini ricorda che sono circa settanta le sentenze della CGE nelle quali è richiamata espressamente la Carta, oltre alle decisioni del Tribunale di prima istanza e alle conclusioni degli Avvocati Generali nelle quali la Carta è citata in modo sistematico).

Ed ancora va segnalata nella parte speciale la avanzata formazione di un codice unitario dei diritti a fronte dello "sbandamento" (il termine è sempre di Bronzini) delle istituzioni non giudiziarie dell'UE; la tutela dei diritti delle vittime di reato; la mediazione penale; le nuove aperture sul ruolo della donna; gli effetti dei diritti fondamentali sugli atti amministrativi, e si potrebbe continuare.

In estrema e conclusiva sintesi potremmo indicare agli avvocati alcuni tra i più importanti spunti di riflessione che emergono dalla lettura di questa raccolta, certamente complessa ma agevolmente fruibile.

Innanzitutto il processo di integrazione europea sul terreno dei diritti procede e condiziona in modo sempre più penetrante l'applicazione del diritto interno, e questo processo – nonostante le incertezze alimentate dalla crisi economica – avanza e procederà con sempre maggior efficacia ad opera di giudici e avvocati, poiché le istituzioni europee degli stati membri sinora non hanno dato un chiaro contributo ed è pertanto determinante il ruolo della giurisprudenza europea e delle corti nazionali.

Il sistema dei diritti fondamentali costituisce inoltre un efficace e necessario strumento di rinnovamento sociale e culturale dei sistemi politici e istituzionali dell'UE e sostenerlo è anche esercitare un diritto e assolvere un dovere come cittadini europei.

Notevole è il contributo dato dalla Corte di giustizia, che ancor prima della approvazione del Trattato di Lisbona ha valorizzato le potenzialità della Carta di Nizza con una interpretazione estensiva, attraendo nella sua giurisdizione ogni normativa anche indirettamente collegata al diritto dell'UE. Questa giurisprudenza rappresenta pertanto anche oggi una guida per l'interprete.

Va qui ricordata l'interpretazione della CGE all'art. 6 del Trattato di Lisbona e all'art. 51 della Carta, con la quale si è affermato che la Carta occupa una posizione centrale nel sistema di tutela dei diritti fondamentali in seno all'UE come norma di riferimento ogni qual volta la Corte debba decidere anche sulla conformità di una disposizione di legge nazionale ai diritti fondamentali tutelati dalla stessa Carta.

Giurisprudenza alla quale, con riferimento all'art. 51 della Carta, sembra ricollegarsi anche la Corte Costituzionale nella sentenza n. 80/2011.

Per gli avvocati, infine, occorre una ferma consapevolezza del ruolo al quale la professione è chiamata in questo nuovo scenario.

In primo luogo la consapevolezza culturale di appartenere ad un mondo del diritto e dei diritti che è diverso e più avanzato rispetto a quello sinora conosciuto.

Si tratta di una consapevolezza che investe anche la tecnica professionale, perché il dovere di una difesa competente e completa oggi si fonda su un sistema nel quale ai consueti codici nazionali si sovrappongono nuove fonti del diritto di immediata applicazione, che richiedono l'utilizzazione di nuove categorie interpretative.

Ed è una consapevolezza soprattutto etica. I doveri e le responsabilità verso gli altri e verso la comunità umana richiamati nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali ci pongono dinanzi a una nuova concezione della deontologia, non solo riduttivamente circoscritta al rapporto di mandato e alla condotta nel processo, ma estesa ad una nozione di etica professionale che, oltre alla tradizionale deontologia, comprenda anche la responsabilità dell'avvocato verso la società per la tutela dei diritti degli altri e della collettività.

Avanzando in questi nuovi scenari e verso questa nuova frontiera è auspicabile che l'avvocatura sia in grado di assolvere pienamente la sua funzione sociale e di concorrere alla costituzione di uno spazio europeo di democrazia e di giustizia.

Recensione a *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, a cura di Denise Amram e Angela D'Angelo*

Paolo Sanna

L'opera raccoglie saggi redatti da vari autori in occasione di un ciclo seminariale tenutosi presso la Scuola S. Anna di Pisa nel corso del 2010 e di cui, evidentemente non a caso, riproduce titolo, finalità e struttura.

Scopo dichiarato degli incontri, ed oggi dell'opera, era quello di affrontare i diversi temi emersi di recente nel diritto della famiglia, nella prospettiva comparata della circolazione dei modelli incentivata dalla sempre crescente influenza dell'Unione Europea sui diritti dei singoli stati membri.

Le tematiche affrontate nel corso del ciclo seminariale, pur tra loro eterogenee, sono state idealmente ricondotte a tre filoni fondamentali: un primo ricerca, in una prospettiva di armonizzazione e in un'ottica multidisciplinare, una definizione giuridica di famiglia e lo fa guardando alle diverse realtà ordinarie europee ed extraeuropee; un secondo indaga l'impatto dei flussi migratori sugli istituti del diritto della famiglia chiamati a misurarsi, anche per forgiare nuovi strumenti di tutela, con le nuove epifanie delle famiglie transnazionali, delle famiglie immigrate nonché di quelle formatesi sotto l'ordinamento giuridico di un certo stato, ma residenti in uno diverso; infine, un terzo investe i principi di autonomia ed autodeterminazione ed estende la riflessione ad altri istituti del diritto civile, sino alle frontiere della bioetica.

Da qui la suddivisione dell'opera in tre parti: la prima intitolata «Verso l'armonizzazione del diritto della famiglia in Europa: Quale famiglia? quale diritto?»; la seconda «La famiglia e il diritto in 'movimento': l'impatto dei fenomeni migratori sulla disciplina dei rapporti familiari»; la terza «Scelte individuali e compagine familiare: nuove sfide per il diritto».

Ciascuna parte è stata munita di una sintetica appendice legislativa, giurisprudenziale e bibliografica, assai utile tanto per il pratico quanto per lo studioso.

Prima di entrare *in medias res*, il lettore si imbatte nella prefazione di F.D. Busnelli: incontro felice sia per il consueto stile espositivo del Maestro, sia per i contenuti ricchi di spunti e di riflessioni, e, *last but not least*, quantomai utile poiché fornisce una preziosa chiave di lettura dei numerosi saggi.

A tal ultimo proposito, Busnelli osserva come l'ideale *fil rouge* che lega i vari contributi vada ricercato in un atteggiamento «cauto e realistico di chi intende registrare ed analizzare per quanto possibile sinteticamente i disordinati

* *I Quaderni della Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, Padova 2011, VII + 414 pp.

segnali di evoluzione», che però resiste a seduzioni rivoluzionarie (rivoluzione che «l'Europa stessa mostra di non volere», o almeno di non volere ancora) e propone «terapie» il più possibile mirate ed equilibrate.

Forte di questa consapevolezza, il lettore si addentra nella lettura dei singoli saggi che compongono ciascuna parte. In coerenza con la finalità dell'opera, tutti gli scritti affrontano temi di notevole interesse e di grande attualità: il primo (di Panforti), muove dall'idea, assai originale, di ricercare nella narrativa italiana a cavallo della fine del sec. XVIII e l'inizio del XX segni dei mutamenti della concezione (da patrimonialistica a personalistica) dei rapporti familiari. Il saggio seguente (D'Angelo) indaga il fenomeno della ricomposizione familiare e, nello specifico, la possibilità di riconoscere e qualificare *sub specie juris* la relazione esistente tra minori nati da una precedente relazione ed adulti accudenti nell'ambito della famiglia ricomposta. Dopo avere svelato approcci ordinali tra loro assai differenti, il saggio si sofferma sulla realtà nazionale con una sintetica ricognizione della giurisprudenza in materia. Lo scritto successivo (Palmerini) esplora, a tacer d'altro, la prospettiva di una armonizzazione legislativa del diritto della famiglia, concludendo che, almeno allo stato, si tratta di un traguardo assai lontano. Ciò è vero, soprattutto, se l'armonizzazione viene intesa in senso ampio ed omnicomprensivo e se rivolta alla enucleazione di una nozione tipo di famiglia, mentre appare più realistico un approccio limitato a singoli ambiti settoriali, particolarmente a quelli economici dell'unione matrimoniale od ai rapporti tra genitori e figli. Nel contempo, si ritiene altresì più concreta una circolazione intracomunitaria dei modelli familiari «dal basso» e diffusa, grazie alla operatività delle norme di diritto internazionale privato, prospettiva puntualmente testata sul banco di prova del matrimonio omosessuale. Il tema è ripreso dal saggio seguente (Carr) dove, alla luce dell'esperienza irlandese, oggetto di analisi diviene la questione della portabilità degli *status* familiari nel quadro del principio comunitario della libertà di circolazione. Nella prospettiva dell'affidamento condiviso, lo scritto seguente (Amram) affronta il tema della omogenitorialità e si avvale come parametri assiologici del principio del *best interest of the child* e di quello di non discriminazione. Nel saggio (Rancan) posto a chiusura della prima parte ritorna l'idea di un progetto di armonizzazione generale del diritto sostanziale della famiglia nell'UE, che viene ritenuto auspicabile per una serie di motivi, puntualmente evidenziati, ma di cui, al momento, potrebbe farsi promotrice solo l'Accademia. Segue, infine, un'analisi dei principi elaborati dalla Commissione sul diritto famiglia europeo in materia di divorzio e di obblighi di mantenimento.

La seconda parte dell'opera è aperta da uno scritto (di Comandé) che, avvalendosi di una interessante casistica comparativa, esplora, utilizzando come collante il principio di non discriminazione e la dignità umana, due itinerari: un primo guarda all'influenza del diritto di derivazione comunitaria e della CEDU sui processi di circolazione delle persone; un secondo si indirizza all'«accomodamento» di culture diverse nell'ambito del diritto civile. Il tema della tutela

della donna migrante caratterizza i tre saggi successivi che se ne occupano sotto diverse angolazioni, ovvero nella prospettiva del suo ruolo nelle relazioni familiari (Pinto Oliveros) e del suo essere vittima di violenze familiari (Boiano), in particolare, di mutilazioni genitali (Nocco). Seguono scritti relativi all'analisi delle norme di contenuto discriminatorio (a livello locale e nazionale) per le famiglie immigrate ed ai relativi strumenti di tutela (Biondi Dal Monte); all'art. 116 c.c. come novellato *ex lege* n. 94 del 2009 (La Marca), oggetto di una lettura assai critica (ed è noto come, con la sentenza n. 245 del 2011, il Giudice delle leggi abbia giudicato la nuova norma contraria a Costituzione). Chiudono la seconda parte dell'opera due scritti (di Bracchi e di Rocchini) dedicati, rispettivamente, alla sottrazione internazionale di minore da parte di uno dei genitori vivente in un diverso stato (c.d. *legal kidnapping*) ed al matrimonio poligamico.

La terza ed ultima parte della raccolta accoglie, in apertura, un saggio (di Ceccherini) dedicato, con una particolare attenzione all'analisi della prassi ed al loro trattamento giuridico *sub specie* di qualificazione e di conseguente disciplina applicabile, alle convenzioni matrimoniali atipiche e, soprattutto, alle variegate manifestazioni degli accordi intervenuti tra coniugi in occasione della separazione e del divorzio. Lo scritto successivo (Gremigni Francini) esplora, stavolta sul versante delle unioni di fatto e, in particolare, nella prospettiva dei c.d. patti di convivenza e di quelli conclusi in vista della cessazione del *ménage*, l'incidenza dell'autonomia privata senza trascurare il problema della successione *mortis causa* del *partner more uxorio* e con una interessante ricognizione degli strumenti all'uopo astrattamente utilizzabili dai conviventi. I due saggi successivi spostano l'obiettivo dell'analisi dai rapporti patrimoniali alla manifestazione di volontà relativa ai trattamenti sanitari da parte dei minori: il primo (Cacace) se ne occupa in generale con uno studio delle realtà francese, britannica e nazionale; sempre comparando i tre ordinamenti, il secondo (Peigné) affronta il più specifico tema della tutela del segreto professionale quando il trattamento sanitario riguarda un minore.

A chiusura della raccolta, un saggio di Busnelli dedicato alle tematiche del "fine vita": un ulteriore stimolo alla riflessione in un'opera che non manca mai di suscitare anche nel lettore più esperto.

Notizie sugli autori

Adelino Cattani

Docente di Teoria dell'argomentazione presso l'Università degli Studi di Padova. Dirige l'Associazione per una Cultura e la Promozione del Dibattito (ACPD).

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.

Goyos Durval de Noronha

Avvocato ammesso in Brasile, Inghilterra e Galles (solicitor) e Portogallo.

Fausto Giunta

Avvocato in Firenze. Professore ordinario di Diritto Penale presso l'Università degli Studi di Firenze.

Alarico Mariani Marini

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

Dario Poto

Avvocato in Torino.

Federico Puppo

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

Stefano Racheli

Già magistrato ordinario. Componente del Comitato Scientifico della Scuola Superiore dell'Avvocatura.

Paolo Sanna

Avvocato in Pisa. Dottore di ricerca in Diritto Privato.

Alexander Schuster

Avvocato in Trento. Assegnista di ricerca in Diritto Comparato presso l'Università degli Studi di Trento.

Lucia Tria

Magistrato presso la Corte Suprema di Cassazione. Componente della direzione scientifica della rivista "Cultura e Diritti. Per una formazione giuridica".

Umberto Vincenti

Avvocato in Padova. Preside della Facoltà di Giurisprudenza e professore ordinario di Istituzioni di diritto romano presso l'Università degli Studi Padova.

Finito di stampare nel mese di novembre 2012
da Tipografia Monteserra S.n.c. - Vicopisano
per conto di Pisa University Press