

CULTURA E DIRITTI

4

2012

CULTURA E DIRITTI PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista trimestrale • anno I • numero 4 • ottobre-dicembre 2012

Cultura e diritti : per una formazione giuridica / Scuola superiore dell'avvocatura, Fondazione del Consiglio nazionale forense. - Anno 1, n. 1 (gen.-mar. 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 15/01/2013

Hanno collaborato a questo numero: Elena Borsacchi, Giuseppe Bronzini, Stefania Cavagnoli, Paolo Doria, Elena Falletti, Luca Licitra, Ilaria Li Vigni, Alarico Mariani Marini, Elena Pepe, Izaura Puka, Silvia Reda, Serena Tomasi, Lorenza Maria Villa, Umberto Vincenti, Matteo M. Winkler

Abbonamento Annuo: € 90,00

Numeri singoli: € 25,00

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

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

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

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

ISSN 2280-6334

ISBN 978-6741-079-8

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

Indice

Fuoricampo

- 9 Se una conferenza guarda al futuro.
Gli avvocati europei hanno discusso a Roma sulle responsabilità della professione
Alarico Mariani Marini

Argomentazione e linguaggio

- 15 Linguaggio giuridico e linguistica applicata: perché interagire
Stefania Cavagnoli

Diritti umani e fondamentali

- 25 Brevettabilità, dignità e autodeterminazione: lo *status* dell'embrione di fronte alle Corti
Elena Falletti
- 35 La violenza di genere in una prospettiva sociologica, giuridica e comparatistica
Ilaria Li Vigni

Etica professionale e deontologia

- 49 Il diritto all'asilo nel continuo equilibrio fra etica e diritto.
L'esigenza di tutela del diritto umano all'asilo ed il continuo
e necessario intreccio con la cittadinanza
Silvia Reda
- 59 L'avvocato tra libertà e liberalizzazioni:
uno sguardo comparativo alla situazione ungherese
Serena Tomasi
- 67 Etica e responsabilità sociale dell'avvocato inglese
nel quadro delle recenti riforme deontologiche
Lorenza Maria Villa

Approfondimenti

- 75 L'avvocato e la famiglia: osservazioni metodologiche e casistiche
sulla separazione personale e sulla crisi coniugale - *Parte terza*
Paolo Doria

87 I licenziamenti in Europa
Giuseppe Bronzini

97 Il caso Battisti nel diritto internazionale
Matteo M. Winkler

Cultura e professione

105 Recensione a *Paolo Grossi*, a cura di Guido Alpa
Umberto Vincenti

111 Recensione a *Non giudicate e non sarete giudicati* di Stefano Racheli
Luca Licitra

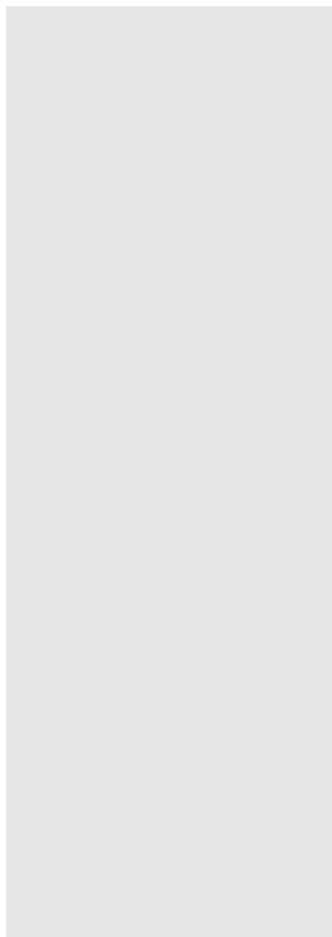
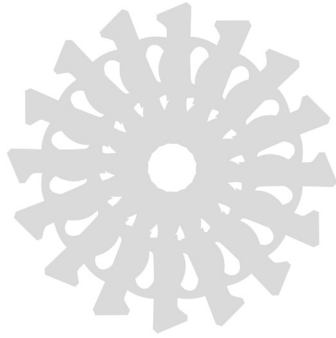
115 Recensione a *La responsabilità civile delle agenzie di rating nei confronti degli investitori* di Paolo Sanna
Elena Pepe

L'avvocatura dei giovani

121 L'avvocatura dei giovani
Alarico Mariani Marini

123 È iniziato un dialogo
Elena Borsacchi, Izaura Puka

FUORICAMPO



Se una conferenza guarda al futuro

Gli avvocati europei hanno discusso a Roma sulle responsabilità della professione

Alarico Mariani Marini

Il diritto-dovere dell'indipendenza

La Conferenza europea promossa dalla Scuola Superiore dell'Avvocatura in Roma il 15 e 16 novembre scorso ha registrato un'ampia partecipazione di rappresentanti delle istituzioni europee, del CCBE e di avvocature di Paesi d'Europa.

Il tema trattato, l'etica professionale e la responsabilità sociale dell'avvocato europeo, ha alimentato un dibattito di notevole interesse dal quale è emersa una varietà di interpretazioni della nozione di responsabilità sociale dell'avvocato e del suo rapporto con la tradizionale deontologia professionale.

È anche risultata la generale convinzione che la specificità della professione forense comporti necessariamente una funzione sociale dell'avvocatura.

Un tale concetto è apparso ancora incerto e nebuloso: se l'avvocato debba limitarsi ad attuarlo nel processo e nella consulenza alle imprese; oppure se implichi l'assunzione di dirette responsabilità nella società anche attraverso le organizzazioni forensi per la tutela dei diritti di tutti e in particolare di coloro che in una società dominata dall'economia sono maggiormente vulnerabili.

Un sistema dei diritti fondato sui principi dello stato di diritto e sui valori delle Costituzioni democratiche e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, sebbene viva un ritardo nella consapevolezza dei cittadini e sperimenti l'indifferenza, se non la resistenza, della classe politica ed economica, rappresenta un futuro imminente la cui effettività è per ora affidata alla saggezza e all'etica dei giudici e degli avvocati.

Esso è infatti diritto, anche prevalente sulle leggi difformi, ed etica insieme perché non esistono diritti che non si alimentino di corrispondenti doveri e responsabilità verso gli altri e verso la collettività.

Dalla capacità di incarnare concretamente i valori che le convenzioni e i trattati europei riconoscono quale fondamento delle società dell'Unione dipenderà la sopravvivenza di una avvocatura libera e indipendente nei confronti di ogni potere e garante dei diritti di tutti; oppure il declino della professione a strumento del mondo dell'economia e dell'impresa, che se sarà, come è oggi, senza regole, nelle sue logiche di profitto rimarrà insensibile ai diritti assoluti e inviolabili di ogni persona.

Una responsabilità sociale per l'avvocato

L'avvocatura è stata sollecitata a riflettere sui principi della Responsabilità Sociale dell'Impresa (RSI) alla fine degli anni Ottanta, quando la globalizzazione della finanza e del mercato e talune clamorose violazioni dei diritti umani da parte di grandi imprese transnazionali (INT) hanno imposto alla pubblica opinione il problema di un'etica nella finanza e nell'impresa.

Erano state allora proposte nuove regole etiche al mercato.

Dal modello di RSI di Donaldson del 1989 al progetto Global Compact di Kofi Annan degli anni Novanta si era prospettata l'esigenza di raccomandare alle imprese il rispetto di livelli minimi insuperabili di comportamento per la tutela dei diritti umani.

In particolare era stata richiamata l'esigenza di valorizzare il ruolo sociale dell'impresa e di riconoscere la priorità della tutela dei diritti umani delle persone e della collettività rispetto a interessi di qualunque altra natura, inclusi quelli dello Stato.

Gli obiettivi della tutela erano individuati principalmente nei diritti umani, nel lavoro e nell'ambiente e si sollecitava l'adozione di codici etici da parte delle imprese transnazionali per rispettare una dimensione etica delle scelte economiche. Venivano indicati all'impresa obiettivi di sviluppo sostenibile, in opposizione alle teorie e alla prassi dominanti alla fine del secolo scorso che ponevano come esclusivo fine dell'impresa la massimizzazione del profitto, e la c.d. esternalizzazione (in sostanza il rifiuto di tenerne conto) di ogni effetto dannoso di tale scelta sugli altri, sulla collettività, sull'ambiente.

L'avvocatura non poteva restare insensibile a tale dibattito che aveva coinvolto l'opinione pubblica dei Paesi occidentali, sia per la sua storica vocazione alla difesa dei diritti, sia perché l'attività professionale nella società moderna si svolge sempre più in contiguità con l'attività dell'impresa.

Il codice deontologico europeo

Un primo messaggio è stato dato dal CCBE nel preambolo al Codice di deontologia degli avvocati europei approvato a Strasburgo il 28 ottobre 1988 e si trattava di una indicazione di forte impatto sulla professione.

Il preambolo del Codice individuava i doveri dell'avvocato, oltretutto nei confronti della parte assistita, dei tribunali e della professione, anche nei confronti della società (o del pubblico, nelle ultime versioni) per la quale una professione liberale e indipendente veniva riconosciuta come mezzo essenziale per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato e degli altri poteri della società.

Il messaggio non ha avuto riflessi immediati nei codici di deontologia nazionali (il codice deontologico italiano del 1997 l'ha recepito dopo circa un decennio dalla sua emanazione), e neppure ha provocato segni di attenzione, forse perché conteneva una indicazione rivoluzionaria rispetto alle tradizionali

concezioni delle deontologie professionali, tutte circoscritte ai doveri nascenti dal rapporto privato di mandato e inerenti alla condotta nel processo.

Una successiva indicazione è stata data sempre dal CCBE nel 2003 con le Linee Guida per gli avvocati consulenti di imprese affinché orientassero le scelte di queste su obiettivi compatibili con la tutela dei diritti umani, linee poi aggiornate sino al 2008.

Si trattava, tuttavia, di attività sussidiaria e funzionale alle scelte dell'impresa, e non riferita a doveri e responsabilità propri della professione forense.

Poi non si sono registrati sviluppi nel mondo dell'economia, ed anche i modelli di RSI non hanno avuto effetti significativi sulle imprese e sul mercato, e di ciò la crisi iniziata nel 2008 ha dato una tragica conferma.

Neppure nell'avvocatura europea il tema si è tradotto in un impegno effettivo.

È tuttavia emersa nei settori più sensibili della professione la percezione che accanto alla RSI sussista una responsabilità sociale dell'avvocato non solo nel promuovere nel processo il rispetto dello Stato di diritto e dei valori costituzionali, che pure è un obiettivo ancora attuale, ma per porre come finalità dell'attività professionale accanto alla tutela degli interessi e dei diritti della parte assistita anche la tutela dei diritti umani degli altri, delle parti deboli della società, degli interessi della collettività.

In Italia tali riflessioni si sono sviluppate soprattutto nelle attività di formazione e aggiornamento della Scuola Superiore dell'Avvocatura non già perché l'avvocato debba essere coinvolto nella responsabilità sociale dell'impresa, ma per il ruolo sociale autonomo riconosciuto dall'ordinamento alla professione, che si fonda sul valore costituzionale del diritto di difesa, e, nella stessa Costituzione, sulla partecipazione degli avvocati a importanti ruoli in organi di giustizia e costituzionali.

La difesa dei diritti: vincere le resistenze

Certamente l'affermazione di una tale estensione dei doveri e delle responsabilità inerenti all'esercizio della professione oltre i limiti della tradizionale deontologia ha incontrato ed incontra difficoltà.

Esiste infatti nei Paesi europei una sedimentata concezione privatistica della professione e una istintiva riluttanza a interpretare un ruolo sociale effettivamente libero e indipendente, perché se ne avverte la potenziale conflittualità con i poteri politici ed economici che nella tutela dei diritti inviolabili della persona hanno sempre ravvisato un limite alla loro libera estensione, e un ostacolo ad abusi tollerati dal legislatore e dai poteri pubblici.

Nel 2009 è tuttavia intervenuta una svolta con l'approvazione del Trattato di Lisbona che ha riconosciuto il valore dei trattati, e quindi efficacia giuridica negli ordinamenti degli stati membri, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la c.d. Carta di Nizza.

Inoltre la disastrosa crisi finanziaria che dal 2008 si è abbattuta sulla società europea ha indotto giuristi ed economisti a richiamare il dovere di un'etica nel

mercato per prevenire abusi e distorsioni con effetti micidiali sui diritti umani e sociali delle persone.

Nel preambolo della Carta di Nizza è scritto, infatti, che il riconoscimento dei diritti fondamentali inviolabili della persona fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti di altri come pure della comunità umana e delle future generazioni.

Sono doveri e responsabilità che investono i cittadini, ed anche i protagonisti dell'economia e del mercato, peraltro sinora di collaudata impermeabilità al riguardo, ma soprattutto e direttamente il ruolo degli avvocati nella società, in quanto ad essi spetta nell'esercizio della professione la tutela dei diritti inviolabili delle persone, anche estranee al processo, e della collettività.

Spetta inoltre alle istituzioni e associazioni degli avvocati sollevare lo sguardo sul mondo che le circonda per promuovere la difesa dei diritti umani e delle libertà fondamentali, tragicamente violati nelle guerre, nelle discriminazioni di ogni tipo, nello sfruttamento del lavoro, nella violenza sui fanciulli e sulle donne, nella giustizia negata ai soggetti deboli della società ai quali è di fatto oscurato il diritto inviolabile di difesa della propria dignità.

Anche in questo consiste la responsabilità sociale dell'avvocato, e il dovere di tradurla in azioni positive.

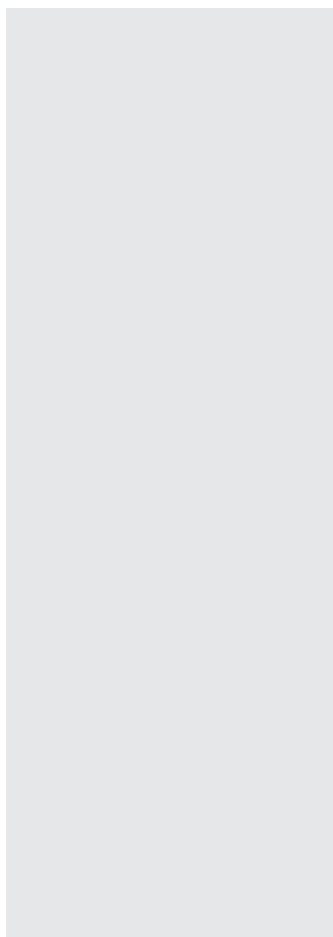
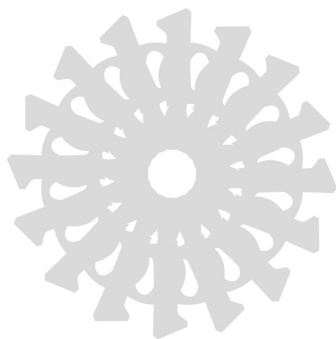
Certo, è un cammino irto di ostacoli, di rischi e di conflitti, ma senza questa assunzione di responsabilità la dignità e l'indipendenza della professione restano parole vuote, affidate alla peggiore retorica o alla ipocrisia delle solenni declamazioni.

Si profila pertanto una concezione di etica professionale più ampia della deontologia tradizionale, che comprenda la responsabilità sociale e la difesa di quei valori di eguaglianza, di solidarietà e di giustizia che dalla dichiarazione delle Nazioni Unite del 1948 alla Carta di Nizza sono alla base di tutte le carte internazionali di tutela dei diritti e fondamento del diritto europeo.

Un primo passo è dunque che da lavori come quelli svolti con intensa partecipazione nella conferenza di Roma, derivi una revisione dei codici deontologici per assumere i contenuti di codici etici di una professione consapevole della propria funzione sociale e sostanziata di doveri e di responsabilità verso gli altri e verso la società.

Sarà anche un messaggio per i molti giovani che vivono con passione ed entusiasmo l'anelito ad essere avvocati, ma scorgono oggi avanti a sé solo incertezze e timori.

ARGOMENTAZIONE E LINGUAGGIO



Linguaggio giuridico e linguistica applicata: perché interagire*

Stefania Cavagnoli

Linguistica e diritto

La linguistica e il diritto sono due discipline fortemente legate fra loro. Molti sono gli aspetti che le legano: di metodo e di contenuto. Ma entrambi questi aspetti si realizzano e si concretizzano attraverso il testo.

Alla base di entrambe le discipline sta il testo, definito come l'unità fondamentale alla base della comunicazione, scritta, parlata, iconografica, realizzazione di un messaggio inviato da un emittente per un destinatario (che può essere plurimo), il quale lo decifra e lo interpreta. Il testo è unità, ed essa si esprime in unità di forma, la "coesione", e di contenuto, la "coerenza"; un insieme di enunciati, che non dipende dalla loro lunghezza, ma dall'interpretazione, frutto della relazione comunicativa.

La linguistica testuale si intreccia con la linguistica pragmatica, che considera il testo come effetto di un atto linguistico (Austin e Searle¹): produrre lingua in forma di testi significa agire sulla realtà e modificarla, in modo più o meno efficace ed efficiente. Per De Beaugrande e Dressler (1994)² si considera efficiente un testo che realizza i suoi obiettivi in modo economico, senza troppi sforzi interpretativi da parte del destinatario. Un testo giuridico, scritto per essere interpretato da giuristi, è spesso efficiente: usa un linguaggio condiviso, risponde a regole testuali conosciute, e ad aspettative del lettore.

Efficace invece è un testo che risponde alla sua tipologia: un testo di legge appartiene alla categoria del testo normativo, risponde ad una serie di regole macrotestuali (si pensi alla struttura di una legge, sempre riprodotta indipendentemente dal rango legislativo), e attraverso questi supporti raggiunge più direttamente l'obiettivo. Un testo giurisprudenziale è principalmente un testo argomentativo. Non sempre però efficacia ed efficienza procedono di pari passo. A questi due criteri si aggiunge anche l'appropriatezza del testo alla situazione, tipologia, destinatario.

* Rielaborazione abbreviata e modificata del testo: *Il discorso giuridico: un approccio linguistico all'analisi*, in E. IORIATTI FERRARI (a cura di), *La traduzione del diritto comunitario ed europeo: riflessioni metodologiche*, CEDAM, Padova 2007.

¹ J.A. AUSTIN, *Quando dire è fare*, Marietti, Torino 1974; J.R. SEARLE, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Bollati Boringhieri, Torino 1976.

² R.A. DE BEUGRANDE - W. DRESSLER, *Introduzione alla linguistica testuale*, il Mulino, Bologna 1994.

Beaugrande e Dressler (1994) individuano, oltre a questi due caratteri, che definiscono principi regolativi di un testo, sette criteri che chiamano costitutivi: coerenza, coesione (interni al testo), intenzionalità, l'accettabilità, informatività, situazionalità e intertestualità (esterni al testo). Mentre il primo criterio è riferito al contenuto del testo, al legame di profondità, la coesione è un legame di superficie, di forma, che considera l'espressione grammaticale, le concordanze, i legamenti fra le frasi.

Intenzionalità e accettabilità si collegano all'emittente e al destinatario del testo e rappresentano la volontà di comunicare e di interpretare.

L'informatività è legata al grado di informazione contenuto nel testo; la situazionalità al contesto in cui viene letto/ascoltato/visto. L'intertestualità è invece il legame che il testo ha con altri testi, conosciuti nell'enciclopedia del destinatario del testo.

Ogni testo è inserito in un contesto, e di esso ha bisogno per essere interpretato in modo consono. Ogni testo dipende dal mezzo con cui viene espresso, e la dimensione diamesica ne colora la successiva interpretazione e la resa lessicale, sintattica, così come quella paratestuale (definita come l'insieme degli elementi di contorno di un testo (prefazione, titoli, note, pause, tabelle, elementi prossemici o prosodici...).

Nell'ambito giuridico, uno degli elementi paratestuali determinanti è proprio la struttura del testo: la suddivisione in titolo, capi, articoli e commi del testo giuridico, ma anche quella della sentenza, in cui il lettore sa dove trova le informazioni immediatamente.

Lo stesso vale per i testi di dottrina: la suddivisione in capitoli, e i rimandi nell'indice, di solito molto dettagliato, rendono più facile ed efficiente la lettura.

La strutturazione testuale rende più facile la lettura, la ricerca di informazioni, la memorizzazione; è il destinatario che interpreta sulla base delle sue conoscenze enciclopediche, legate alla lingua, alla cultura e alla disciplina di riferimento. Per questo motivo, le tipologie testuali sono utili per il destinatario della comunicazione ma anche per l'emittente, che si rifà a standard condivisi, soprattutto in ambito di comunicazione specialistica.

L'effettivo riconoscimento di una sentenza, di una memoria, di una legge attiva le competenze enciclopediche del lettore, quindi una migliore comprensione del messaggio, e allo stesso tempo garantisce la stabilizzazione della tipologia, nell'ottica della tradizione giuridica.

L'approccio al testo, inteso come descritto sopra, è ciò che lega linguisti e giuristi.

In questo breve contributo analizzerò il punto di vista dei linguisti nei confronti del linguaggio giuridico.

Dal punto di vista dei linguisti il diritto e la sua lingua rappresentano un campo di analisi e di ricerca molto interessante per le somiglianze date dalle due discipline; sempre più interessanti per gli aspetti della globalizzazione e della mobilità di persone.

Il rapporto fra lingua e diritto: lo strumento della linguistica giuridica

La linguistica giuridica è una branca della linguistica applicata; si occupa di analisi e individuazione di soluzioni di problemi legati al discorso giuridico partendo da un approccio linguistico, sebbene i primi esperti ad occuparsi di linguistica giuridica siano stati i giuristi, con lavori di pragmatica normativa. Come molti ambiti della linguistica applicata, la linguistica giuridica prevede e necessita una forte interazione con gli esperti disciplinari, con i giuristi.

Diversi sono gli aspetti che possono venir approfonditi, nel campo della comunicazione specialistica. A partire dalla definizione di cosa sia la lingua del diritto, o la lingua dei giuristi. Per continuare con la definizione di testo giuridico, e con il lavoro sulle sue possibili tipologie. Non ultimo, gli aspetti orali della lingua giuridica, con la linguistica forense, e l'analisi del parlato con lo strumento dell'analisi conversazionale, strumento che proviene dall'etnolinguistica e dall'antropologia, strumento interdisciplinare per definizione e storia. Inoltre, i campi della semantica e della pragmatica linguistica, supportati da studi di giuristi e linguisti.

Quando i linguisti si avvicinano al diritto, scoprono subito le somiglianze con la loro disciplina: lingua e diritto si basano su sistemi con determinate regole, esistono molte lingue e molti diritti, e, nel momento del confronto fra lingue diverse o diritti diversi i comparatisti, siano essi giuristi o linguisti, applicano un metodo di comparazione che a sua volta sottende a regole ben stabilite nelle diverse discipline, ma che sinteticamente si possono riassumere nella domanda: come è possibile trasporre tale concetto del sistema A nel sistema B? Spesso però, nella comparazione e nell'analisi, i due sistemi non vengono riconosciuti allo stesso livello, ma uno dei due prevale sull'altro, a seconda del punto di vista dello studioso e della disciplina a cui egli afferisce. Non mancano però esempi importanti a sottolineare la necessità di mantenere, nell'analisi, le due discipline strettamente intrecciate: sia Großfeld (1986), per la Germania, che Sacco (1987), per l'Italia, sottolineano in numerosi scritti la loro posizione, alla quale in questo contributo ci si appoggia³.

L'attività giuridica presuppone una sensibilità linguistica, il giurista lavora con il linguaggio e lo modella. Il linguista poi lavora con il linguaggio nel senso che lo analizza e, se traduttore, lo traspone da una lingua all'altra.

Nella collaborazione fra giuristi e linguisti, poi, soprattutto nell'ambito del linguaggio del diritto dell'Unione Europea, esiste un'altra categoria che non si può dimenticare, quella dei traduttori, categoria che viene spesso confusa, dagli esperti di diritto, con i linguisti. I traduttori e gli interpreti, pur avendo una buona formazione di linguistica, oltre che un'ottima competenza delle lingue (e le due cose non coincidono necessariamente!), lavorano sui testi giuridici nella

³ B. GROSSFELD, *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, Mohr Siebeck, Tübingen 1996; R. SACCO, *La traduction juridique - un point de vue italien*, in *Les Cahiers de Droit* 28.4/1987, pp. 845-859.

prassi, risolvendo spesso problemi che i linguisti non sono in grado di risolvere, o che non hanno il bisogno di risolvere. Un buon traduttore specialistico è competente di terminologia, di testualità, e collabora strettamente con gli esperti disciplinari producendo testi adeguati al contesto e alla situazione comunicativa, rispettando le tradizioni culturali e testuali della lingua di arrivo, per una maggior comprensione dei contenuti da parte dei destinatari. Il ruolo del traduttore quindi è necessariamente legato a quello del giurista comparatista.

Linguaggio giuridico

Di linguaggio giuridico si è scritto molto, anche in Italia⁴, ma le definizioni che si ritrovano sottolineano la mancanza di unitarietà nella denominazione, una denominazione che segni un limite chiaro e deciso con la lingua standard. Il linguaggio legale è considerato come «il più rigoroso delle scienze sociali tradizionali»⁵. Mortara Garavelli sembra accettare il sintagma linguaggio giuridico⁶, ribadendo la vaghezza nell'uso dei linguisti, e la maggior precisione dei giuristi, che spesso si occupano del tema, arrivando a dire, per esempio, che il linguaggio giuridico è quello con «cui vengono formulati sia i discorsi (delle fonti) del diritto sia i discorsi sul diritto»⁷ comprendendo questi ultimi discorsi dottrinali, giurisprudenziali e più generici, se esprimenti una valutazione giuridica. In pratica, qualsiasi discorso, pronunciato sia da esperti che da profani, su problemi giuridici. È questa una definizione molto ampia di linguaggio giuridico, che si giustifica per la natura stessa di questo linguaggio, che più di altri è colmo di lingua comune ed all'interno del quale si possono, volendo, prevedere ulteriori specificazioni e suddivisioni (linguaggio legislativo, linguaggio giurisprudenziale, linguaggio della dottrina giuridica...).

Il carattere sociale del diritto comporta sul piano della lingua un'importante interazione fra linguaggio specialistico del diritto e lingua comune. Tuttavia i testi giuridici non sembra siano pensati per essere compresi dai cittadini. Nonostante una delle caratteristiche dei linguaggi specialistici sia la monoreferenzialità e questo sembra essere ancora più valido per il linguaggio giuridico,

⁴ Si veda una sintesi in S. CAVAGNOLI, *La comunicazione specialistica*, Carocci, Roma 2007, pp. 85-103; per quel che riguarda la formazione in ambito linguistico giuridico S. CAVAGNOLI - A. SCHWEIGKOFER *Fachmann - Fachtext - Fachdidaktik: Wie vermitteln Juristen ihr Fach?*, in K. BAUMANN - D. KALVERKÄMPER, *Festschrift für Lothar Hoffmann*, Narr, Tübingen 2004, pp. 191-216; S. CAVAGNOLI - J. WOELK, *Einführung in die italienische Rechtsprache - Introduzione alla linguaggio giuridico*, C.H. Beck Verlag, Monaco di Baviera 2003 seconda edizione completamente riveduta e aggiornata.

⁵ M. LOSANO, *Informatica per le scienze sociali*, Einaudi, Torino 1985, p. 329.

⁶ Anche se in un momento successivo precisa come sia preferibile parlare di testi giuridici e non di linguaggio giuridico, B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Einaudi, Torino 2001, p. 13.

⁷ A. BELVEDERE, *Linguaggio giuridico*, in *Digesto*, vol. IX, Sez. Civile, Utet, Torino 1994, p. 21.

«in realtà [...] il rapporto biunivoco fra significato e significante ed il rigore del linguaggio non sono sempre realizzati. I testi giuridici sono infatti a volte caratterizzati da una certa incompletezza e vaghezza»⁸.

Il linguaggio giuridico viene inteso come se rispecchiasse la realtà. Si tratta però di una realtà di ordine superiore, come ben illustrato dal concetto di “finzione giuridica” ed ogni tentativo di afferrarla si conclude in un fallimento. Per questo è necessario approcciare il linguaggio giuridico con spirito critico; lo scopo del linguaggio giuridico non è rappresentare la realtà, ma modellarla con parole con forza emotiva, e parole con funzione tecnica. Il linguaggio giuridico è uno strumento di controllo e di interazione sociale.

Nell’analisi del linguaggio giuridico non si può prescindere dai due punti di vista: quello dei giuristi e quello dei linguisti. In ogni analisi va tenuto però presente che «il rapporto fra lingua e diritto vive in perenne tensione tra funzioni ed esigenze assai diverse. In particolare nell’ottica del diritto, che tende a disciplinare o a proceduralizzare ogni aspetto sociale, la lingua tende a sfuggire a questo approccio. C’è pertanto un continuo rincorrersi tra discipline incompatibili che necessariamente (almeno in chiave giuridica) devono vivere insieme»⁹.

I linguisti

Il punto di vista dei linguisti parte dalla teoria, alla ricerca di un modello teorico di linguaggio specialistico da cui dedurre delle norme di attuazione nel concreto (o/e viceversa). Gli ambiti di ricerca sono quelli della storia della lingua e della filologia con la riproduzione di testi antichi, di ricerche etimologiche, di glossari storici; della filosofia analitica del linguaggio, alla cui base stanno le teorie del performativo di Austin e degli atti linguistici di Searle, sia per individuare elementi fondamentali nei testi giuridici, sia per fornire modelli di lingua (e questo tema è particolarmente importante per la legistica e la legimatica); della lessicografia e terminologia; della sociolinguistica giudiziaria, della traduzione e dell’interpretazione; della didattica specialistica, della linguistica forense.

In sintesi si può analizzare il binomio lingua e diritto da tre punti di vista (secondo la proposta di Sabatini¹⁰):

- a. strette analogie tra lingua e diritto come istituti primari nati dalla convenzione sociale;

⁸ M. VIEZZI, *Introduzione alle problematiche della traduzione giuridica con particolare riferimento alla traduzione di testi in lingua inglese*, in G. DI MAURO - F. SCARPA (a cura di), *Traduzione Cultura Società*, n. 5, Lint, Trieste 1994, p. 9.

⁹ F. PALERMO, *Insieme per forza? Aporie epistemologiche tra lingua e diritto*, in D. VERONESI, *Linguistica giuridica italiana e tedesca*, Unipress, Padova 2001, p. 27.

¹⁰ F. SABATINI, *Analisi del linguaggio giuridico*, in M. D’ANTONIO, (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989, Scuola di scienza e tecnica della legislazione*, CEDAM, Padova 1990, pp. 675-724.

- b. carattere comune di lingua e diritto come sistemi tendenti ad una forte organizzazione interna, ma in continuo movimento nel divenire storico;
- c. consustanzialità fra norma giuridica e sua espressione linguistica che comporta nell'interpretazione una costante analisi del linguaggio, anche dal punto di vista pragmatico.

Le analisi di lessico e sintassi giuridica da sole non riescono però a descrivere in modo sufficiente la natura del linguaggio giuridico-amministrativo: vanno tenuti in considerazione i fattori extralinguistici. Va ricordato che i giuristi, qualsiasi professione esercitino, fanno più lingua di quanto si creda. Il giurista che interpreta un'enunciazione linguistica deve, nella sua indagine, investire non solo il piano semantico, ma anche quello morfosintattico, arrivando solo in questo modo ad una visione globale da cui trarre gli elementi utili per l'individuazione di uno o più significati. Il problema della chiarezza della lingua è un problema di scelta politica; di una maggiore o minore trasparenza nei contenuti e soprattutto di volontà di coinvolgimento del cittadino. In fondo si tratta di una questione di democraticità. Il linguaggio giuridico tende ad essere la lingua del potere, che attraverso le sue strutture semantiche sostiene l'uso di una lingua per iniziati e rifugge da ogni parola che abbia significato di per se stesso. Proprio per questo motivo può essere importante la funzione dei linguisti, che possono contribuire all'analisi ed a una diversa strutturazione del linguaggio, nell'ottica di una maggior condivisione della lingua da parte dei cittadini, senza che esso subisca un impoverimento dell'aspetto disciplinare, impoverimento che causerebbe imprecisione e superficialità nella trasmissione del messaggio.

Lingua di giuristi, lingua del diritto

Da quanto illustrato sopra, il linguaggio giuridico può essere definito come insieme di lingua e di diritto, che necessita un approccio interdisciplinare. Il linguaggio giuridico è la lingua dei giuristi e la lingua del diritto, come lo definisce Mortara Garavelli (2001), è «la lingua con cui si parla di diritto». Non c'è però chiarezza terminologica su questo punto, come non esiste nell'ambito più ampio della comunicazione specialistica.

Il linguaggio del diritto è definito come il linguaggio delle norme, mentre il linguaggio dei giuristi come il linguaggio che si ritrova nella dottrina e nella giurisprudenza.

Negli studi si individua una differenza fondamentale: «Che la lingua giuridica prende corpo in leggi o sentenze, in atti amministrativi o negozi privati, il tono di fondo è sempre dato dai rapporti dialettici tra essere e dover essere, tra prescrizione normativa e fattispecie concreta [...] questa lingua conferma sempre le sue caratteristiche fondamentali»¹¹.

¹¹ P. FIORELLI premessa a I.L.L.I, p. VII.

I linguisti parlano di discorso giuridico, intendendo un insieme di procedure che comprendono i testi delle leggi e al tempo stesso la loro circolazione nel sociale, la loro ricezione pubblica, in definitiva, la loro comunicazione intesa come articolato processo di produzione, scambio e consumo di segni. In questo senso «mi riferisco a una definizione di discorso come linguaggio messo in atto [...] come processo che, attraverso l'interazione fra parlanti, produce sia la realtà concreta della lingua sia i suoi stessi soggetti»¹².

Il discorso giuridico sembra quindi essere fondato su un paradosso: da un lato esso tende alla totale esplicitazione dei contenuti, alla messa in risalto degli aspetti denotativi, dall'altro invece ricorre continuamente ad aspetti connotativi, come espressione di una moralità, di un'etica collegata alla cultura giuridico-sociale di riferimento, base per l'interpretazione dei testi da parte degli esperti di diritto.

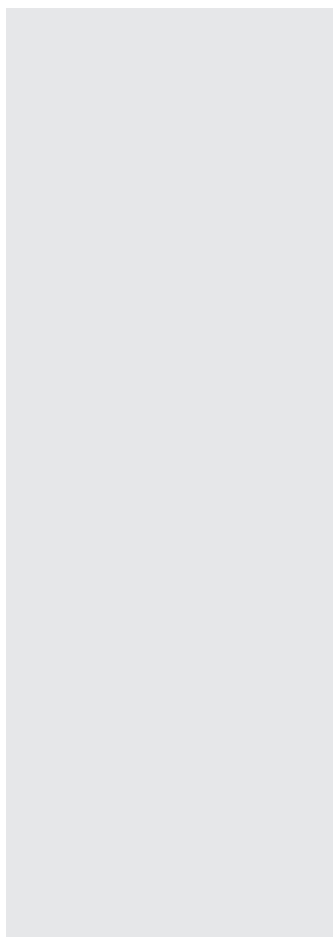
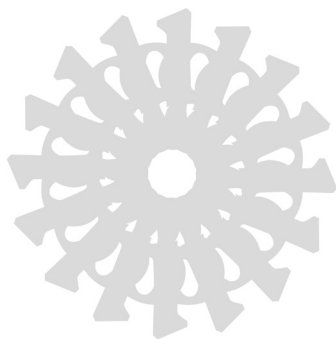
Riflessioni conclusive

Il linguista che si avvicina al testo giuridico, come ho cercato di dimostrare in questo contributo, non può prescindere dall'incontro teorico e applicato alla prassi con gli esperti giuristi. È proprio la vicinanza fra le due discipline, entrambe centrate sullo studio del testo, unito a strumenti interpretativi differenziati che si completano a vicenda a fornire nuove conoscenze ad entrambe le discipline che lavorano insieme. Per una miglior comprensione e produzione di diverse tipologie testuali, differenziate per destinatari e rispettose delle culture di riferimento. Perché «ci sono teorie linguistiche che lo studioso di diritto deve accettare e ci sono teorie giuridiche che anche il puro linguista, in questo campo di ricerche, deve conoscere»¹³.

¹² P. CALEFATO, *La legge e il corpo: il linguaggio giuridico-legale e il soggetto semiotico "incarnato"*, 1997, www.legaltheory.demon.co.uk/Calefato.html

¹³ G. DEVOTO, *Parole giuridiche*, in ID., *Scritti minori*, Le Monnier, Firenze 1958, p. 95. Una concretizzazione di questa collaborazione è il Master "Lingua e Diritto", della *Trentino School of Management*, in collaborazione con le facoltà di Giurisprudenza e di Lettere dell'ateneo trentino, direttore Roberto Toniatti, coordinatrici scientifiche Stefania Cavagnoli e Elena Ioriatti Ferrari, http://www.tsm.tn.it/interne/master_in_lingua_e_diritto_interna.ashx?ID=23142.

DIRITTI UMANI E FONDAMENTALI



Brevettabilità, dignità e autodeterminazione: lo *status* dell'embrione di fronte alle Corti

Elena Falletti

Introduzione

Il dibattito giurisprudenziale nazionale e internazionale sulle fasi iniziali della vita è diventato ormai copioso e di sicuro interesse. Attraverso di esso si manifestano opposte visioni del mondo e molteplici interessi in gioco, anche se di diversa importanza: come la tutela della dignità umana, il diritto alla salute, la libertà di ricerca scientifica, alla autodeterminazione genitoriale, senza dimenticare il diritto alla remunerazione degli sforzi tecnologici ed economici impiegati negli esperimenti scientifici.

Il *fil rouge* che accomuna le diverse pronunce sul tema è la discussione sul valore morale dell'intervento su materiale umano di origine embrionale, se la conseguente inammissibilità della ricerca e della brevettabilità a scopo di lucro per violazione della dignità umana di tali materiali possa essere traslata nell'ambito dell'applicazione delle leggi che regolano le tecniche di procreazione medicalmente assistita, ovvero l'interruzione volontaria di gravidanza, giustificando l'assoluta intangibilità dell'embrione.

Che cosa è l'embrione

La definizione dello statuto dell'embrione umano coinvolge il dibattito di natura etica, scientifica, filosofica e giuridica. Si tratta di delineare i primi stati di sviluppo del prodotto del concepimento fino ai due mesi, quando il medesimo diventerà un feto¹.

¹ Nelle scienze biologiche e mediche la vita prenatale è distinta in almeno due fasi: la prima quella dell'embrione, che va dal momento della fertilizzazione dell'ovulo femminile all'ottava settimana, e quella del feto, che va dalla fine dell'ottava settimana alla nascita (M. MORI, *Manuale di bioetica*, Le Lettere, Firenze 2010, p. 147). Va segnalato che nella comunità scientifica vi è chi ha sostenuto l'esistenza di una fase pre-embriale dello sviluppo del prodotto del concepimento (D.M. WARNOCK [Chair], *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, HMSO, London 1984, p. 67. In senso critico, C. WARD KISCHER, *The Big Lie In Human Embryology. The Case of the Preembryo*, in C. WARD KISCHER - D. N. IRVING [eds.], *The Human Development Hoax: Time to Tell the Truth*, Gold Leaf Press, Clinton Township [Mich.] 1997, pp. 258-266. Tuttavia, l'interpretazione favorevole alla distinzione della fase embrionale è stata adottata in Spagna ai sensi dell'art. 1, n. 2, della legge 14/2006 relativa alle tecniche di riproduzione assistita [*ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistada*]. Nell'ottica di valorizzazione dello sviluppo continuo delle

Ci si può chiedere cosa sia l'embrione, e poi se sia è moralmente possibile utilizzare, e quindi distruggere, un embrione per fini benefici, di conoscenza ovvero di cura. La prima è una domanda che richiede una risposta di tipo ontologico. Tale risposta non è unanime e concerne diverse ricostruzioni etiche e filosofiche, nonché antropologiche² dalle pregnanti conseguenze scientifiche e giuridiche, che hanno effetti differenti nella risposta della seconda domanda.

Secondo una prima ricostruzione, di natura religiosa, sensibile alla visione cattolica, alla prima domanda sono possibili due risposte. La prima di esse riguarda il fatto se l'embrione umano possa definirsi un "progetto di persona"³ ovvero abbia possibilità di diventare tale fin dal momento della formazione dello zigote, e quindi abbia diritto al medesimo grado di protezione piena riservato alle persone. Per i sostenitori di questa opinione l'embrione va pienamente tutelato sin dal suo concepimento senza distinzioni rispetto alle sue modalità di formazione (cioè dopo la fecondazione dell'uovo da parte dello spermatozoo o dalla fecondazione in vitro o dal trapianto nucleare somatico) ovvero ai suoi momenti di sviluppo (es.: dal momento dell'annidamento dell'uovo fecondato ovvero dalla comparsa della stria primitiva) nonché dalla sua condizione (cioè di embrione soprannumerario, formato per la ricerca e così via). Secondo questa opinione ogni intervento che provochi la distruzione dell'embrione è equivalente all'omicidio e quindi non vi è spazio per alcuna manipolazione.

Una seconda risposta afferma che l'embrione non è persona fino dal momento della sua formazione, ma acquisisce tale *status* solo successivamente, in un tempo che può essere diverso, a seconda dell'opinione formatasi in ambito biologico, ovvero: quando l'embrione si impianta nell'utero (il che avviene dopo il 5°-6° giorno dopo la fecondazione) ovvero dopo la formazione della stria primitiva (cioè dopo il 14° giorno successivo alla fecondazione), quando si chiude il tubo neurale e si forma l'abbozzo del cervello (28° giorno), o addirittura al momento della nascita. Secondo questa tesi l'embrione, in quanto forma di vita umana, merita comunque rispetto, ma non al medesimo livello di una persona già nata, ne consegue quindi che gli interventi, anche sperimentali, sugli embrioni sono leciti, ma entro certi limiti e con finalità di grande importanza non raggiungibili altrimenti⁴.

cellule embrionali: G. DEI TOS, *Dare Vita. Per una bioetica del nascere*, EMP, Padova 2012, p. 24. Per una ricostruzione sommaria del dibattito si veda: V. PUGLIESE, *Il diritto a diventare genitori*, Edizioni Giuseppe Laterza, Bari 2011, pp. 31 ss.).

² D. NERI, *La bioetica in laboratorio: cellule staminali, clonazione e salute umana*, Laterza, Bari-Roma 2001, p. 192; P. BECCHI, *Questioni vitali, Eutanasia e clonazione nell'attuale dibattito bioetico*, Loffredo, Napoli 2001, pp. 79 ss.

³ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione Donum vitae* (Roma, 22 febbraio 1987), I, p. 3: AAS 80 (1988); GIOVANNI PAOLO II, *Lettera Enciclica "Evangelium Vitae"*, L'Osservatore Romano, Roma 1995. In dottrina, G.A. DE TOIS, *Dare vita. Una biotecnica del nascere*, cit., p. 27.

⁴ P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Raffaello Cortina, Milano 2009, p. 222.

La seconda ricostruzione, di ispirazione laica, sostiene che il problema dell'utilizzo scientifico-sperimentale degli embrioni può prescindere dalle domande sullo *status* ontologico dei medesimi in quanto non è possibile rispondere a siffatti interrogativi⁵.

Per quanto concerne la classificazione delle cellule staminali, in biologia non si è ancora giunti ad una loro definizione univoca⁶, nonostante che sia diffuso nell'opinione pubblica specializzata il collegamento tra questa locuzione e le cellule che si trovano in uno stadio precoce di sviluppo⁷. Dopo la fecondazione, l'uovo comincia a segmentarsi, cioè a dividersi senza aumentare di grandezza, per dare vita ai tessuti che compongono il corpo umano. La differente precocità dello sviluppo caratterizza le proprietà delle cellule staminali: infatti esse dapprima sono totipotenti, qualora siano in grado di generare qualsiasi tessuto, poi con il procedere della segmentazione diventano pluripotenti (o cellule somatiche) qualora possano dare vita ai tessuti del corpo.

Il caso Brüstle davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

La decisione Brüstle⁸ è molto importante ed ha fatto scalpore nel mondo biogiuridico perché per la prima volta un organo giurisprudenziale sovranazionale ha assunto una posizione nettamente definitoria su cosa sia un embrione e cosa sia lecito, ovvero non lecito, farne. In ciò i giudici di Lussemburgo si sono chiaramente differenziati da quelli di Strasburgo, che al contrario hanno fatto ampio uso del margine di apprezzamento per non intervenire direttamente nel dibattito etico e indirizzarlo nel rispetto delle diverse tradizioni caratterizzanti ciascuno dei 47 Paesi aderenti alla CEDU; tuttavia va osservato che la decisione della Corte di Giustizia non ha una portata generale, ma i suoi effetti sono limitati al diritto industriale. L'analisi della decisione chiarisce il perché.

La vicenda sorge dal deposito da parte di Oliver Brüstle di un brevetto relativo a cellule progenitrici neurali, isolate e depurate, aventi proprietà neurologiche e ancora in grado di moltiplicarsi. Il brevetto avrebbe potuto porre rimedio al problema tecnico della riproduzione illimitata di siffatte cellule, trovando applicazione nei trapianti di cellule del sistema nervoso e migliorando la cura di numerose malattie neurologiche, specie del morbo di Parkinson⁹.

⁵ D. NERI, *La bioetica in laboratorio: cellule staminali, clonazione e salute umana*, cit., p. 193.

⁶ J.A. THOMPSON - J. ITSKOVITZ-ELDOR - S.S. SHAPIRO - M.A. WAKNITZ - J.J. SWIERGIEL - V.S. MARSHALL - J.M. JONES, *Embryonic Stem Cell Lines Derived from Human Blastocysts*, in *Science*, 6 November 1998, vol. 282. no. 5391, pp. 1145-1147.

⁷ K.C. CHENEY, *Patentability of Stem Cell Research Under TRIPS: Can Morality-Based Exclusions Be Better Defined by Emerging Customary International Law?*, in *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, 29.503/2007, p. 505.

⁸ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 18 ottobre 2011.

⁹ Conclusioni dell'Avvocato Bot, § 27.

Contro questo brevetto ha presentato ricorso l'associazione Greenpeace e V, in quanto proibito dalla legge tedesca di implementazione della direttiva CE/44/98, che all'art. 6 prevede il divieto di brevettabilità delle invenzioni il cui sfruttamento commerciale è contrario all'ordine pubblico o al buon costume, in particolare, al paragrafo 2) lett. c) il quale vieta «le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali»¹⁰.

Il *Bundespatentgericht* ha parzialmente accolto la domanda e ha dichiarato nullo il brevetto nella parte in cui verte su cellule progenitrici ricavate da cellule staminali di embrioni umani e sui loro metodi di produzione. Tale decisione è stata impugnata dallo scienziato di fronte al *Bundesgerichtshof*, il quale ha rilevato che la questione deve essere trattata unitariamente dai Paesi membri, poiché la direttiva 44/98 non lascia alcun margine discrezionale sul punto. In conseguenza, il BGH ha sottoposto alla Corte di Giustizia alcune questioni pregiudiziali, ovvero: come debba essere intesa la definizione di «embrioni umani» ex art. 6. n. 2, lett. c) della direttiva 44/98; in quale stadio di sviluppo devono essere considerati tali; se nelle definizioni debbano essere considerati anche gli ovuli umani non fecondati; come debbano essere intese le definizioni «utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali» e «utilizzazione finalizzata alla ricerca scientifica»; se la brevettabilità debba essere esclusa qualora l'utilizzo degli embrioni costituisca la necessaria premessa del passaggio inventivo brevettato; se tale passaggio inventivo comportasse la previa e necessaria distruzione degli embrioni.

Le conclusioni dell'Avvocato Generale Bot

La lettura delle conclusioni dell'Avvocato Generale Bot, obbligatorie, ma non vincolanti ai fini decisorii della Corte di Giustizia, aiutano a chiarire i limiti di applicabilità della Direttiva 98/44 rispetto alla più ampia portata dei temi prettamente bioetici. Bot afferma senza ombra di dubbio che la questione non inerisce alla definizione scientifica, filosofica e religiosa dell'embrione, in quanto la materia del contendere concerne l'armonizzazione della normativa applicabile alle biotecnologie nel mercato interno poiché «una protezione efficace e armonizzata in tutti gli Stati membri è essenziale al fine di mantenere e promuovere gli investimenti nel settore della biotecnologia»¹¹. Infatti, la mancanza di una definizione uniforme della nozione di embrione provocherebbe il rischio che gli autori di alcune invenzioni biotecnologiche siano tentati di chiederne la brevettabilità negli ordinamenti più permissivi in materia. L'avvocato Bot afferma chiaramente di non voler scegliere né imporre alcuna

¹⁰ Specificando però che al Considerando n. 42 della medesima direttiva si legge che «tale esclusione non riguarda comunque le invenzioni a finalità terapeutiche o diagnostiche che si applicano o che sono utili all'embrione umano».

¹¹ Conclusioni Avv. Bot, § 54.

convinzione¹² sulla definizione del concetto di “vita”, ma affronta il tema sotto un profilo estremamente pragmatico nella lettura delle disposizioni della direttiva. In particolare Bot evidenzia la precisione dei termini utilizzati dall’art. 5, n. 1, dove si fa riferimento al «corpo umano, ai diversi stadi della sua costituzione e del suo sviluppo»¹³. Perciò la questione concerne quale stadio dell’evoluzione del corpo umano debba ricevere la qualificazione giuridica di embrione. Questa interpretazione così asciutta è necessaria perché seppure la scienza sia in grado di definire le varie fasi del processo biologico che porta dal concepimento alla nascita, ma non può definire da «quale momento comincia veramente la persona»¹⁴. Siccome questa valutazione non può prescindere da un collegamento a convincimenti di natura filosofico religiosa, non è possibile una soluzione condivisibile unanimemente, soprattutto se si fa iniziare lo sviluppo della “persona”, e non solo delle cellule che la compongono, da un elemento quale l’annidamento dell’ovulo. Sfugge, infatti, «la ragione per la quale la qualificazione verrebbe negata con il pretesto di un avvenimento casuale possibile prima dell’annidamento e non lo sarebbe dopo il medesimo, mentre esiste la stessa probabilità anche se si concretizza meno di frequente. La probabilità sarebbe qui una fonte di Diritto?»¹⁵. L’unica risposta utile a risolvere il problema posto è negativa: per risolvere i problemi giuridici inerenti la brevettabilità di materiali umani occorre utilizzare solo elementi certi, legati alla conoscenza acquisita.

A questo passaggio logico e giuridico è necessario collegare l’applicazione delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, specie l’art. 1 relativo alla protezione della dignità umana. Questa consiste in un concetto indeterminato, il cui significato non può essere stabilito in via assoluta *ex ante*, ma solo dopo la sua contestualizzazione in un certo periodo storico, entro un territorio definito e riferito a precisi soggetti concreti¹⁶; pertanto anche nei confronti del corpo umano durante la sua formazione a partire dal suo primo stadio di sviluppo¹⁷. Ne consegue che la brevettabilità delle cellule che contribuiscono alla formazione dell’embrione deve essere vietata. Tuttavia, esiste un’eccezione a tale divieto, prevista dalla stessa direttiva qualora l’invenzione, e la ricerca scientifica che la produce, abbiano finalità terapeutiche ovvero diagnostiche che si applicano e sono utili all’embrione umano¹⁸.

¹² Conclusioni Avv. Bot, §40, §§ 81-83.

¹³ Conclusioni Avv. Bot, §72.

¹⁴ Conclusioni Avv. Bot, §80, supra §4.

¹⁵ Conclusioni Avv. Bot, § 87.

¹⁶ R. BIFULCO, *Dignità umana ed integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Rass. Parl.*, 2005, p. 91.

¹⁷ Conclusioni Avv. Bot, § 96.

¹⁸ Conclusioni Avv. Bot, §111-114.

La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Nella decisione, la Corte condivide l'approccio dell'Avvocato Generale, soprattutto per quanto concerne la definizione di embrione umano. Si tratta di un tema delicato sottoposto ad ampio dibattito ed entro il quale non vi è condivisione di opinioni, pertanto la Corte stessa non è chiamata, «con il presente rinvio pregiudiziale»¹⁹, ad affrontare questioni di natura medica o etica, ma deve limitarsi ad interpretare giuridicamente le disposizioni della direttiva 98/44.

Per quanto riguarda la definizione di embrione, la Corte sottolinea che da un lato l'art. 5.1 della direttiva vieta che il corpo umano sia brevettabile in qualsiasi delle fasi della sua costituzione e del suo sviluppo, mentre l'art. 6.2 indica quale ulteriore protezione la contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume di una serie di interventi su materiale umano (come la clonazione di esseri umani, i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale e le utilizzazioni di embrioni umani a fini commerciali e commerciali). La Corte di Giustizia specifica che l'elenco contenuto nell'art. 6.2 non è esauriente, e che tutti i procedimenti che arrechino pregiudizio alla dignità umana devono essere esclusi dalla brevettabilità²⁰. Ne consegue che la definizione di embrione umano deve essere intesa in senso ampio, e quindi estesa anche agli ovuli non fecondati al fine di impedire la brevettabilità di possibili frutti della clonazione. Questa tecnica viene intesa come quel processo scaturito dall'impianto in un ovulo non fecondato del nucleo di una cellula umana matura e indotto a svilupparsi attraverso partenogenesi. Del pari, è altresì proibita la distruzione di embrioni umani, non esplicitamente menzionata nel testo dell'art. 6, n. 2, ma logicamente collegata alla ricerca ovvero alla istanza di brevetto, onde evitare che la descrizione della domanda brevettuale possa eludere l'effetto utile del citato articolo, il quale si limita a proibire la generale "utilizzazione".

Sulla collegata questione inerente all'ammissibilità della ricerca scientifica che utilizzi embrioni umani, la corte afferma da un lato che accordare un brevetto ad un'invenzione implica lo sfruttamento industriale e commerciale della medesima, mentre dall'altro lato, seppure lo scopo della ricerca deve essere distinto dai fini industriali, l'utilizzazione di embrioni umani a fini della ricerca che sia oggetto della domanda di brevetto non può essere scorporata dal brevetto stesso e dai diritti da questo discendenti, e pertanto ne segue il medesimo destino. Solo l'utilizzazione di finalità terapeutiche e diagnostiche applicate all'embrione e che siano a questo utili consentono all'invenzione di essere oggetto di brevetto.

La lettura analitica delle conclusioni e della sentenza Brüstle evidenzia che l'oggetto della decisione è esclusivamente brevettuale, volto ad impedire lucro e strumentalizzazioni del corpo umano in ossequio all'inviolabilità della dignità umana stabilita dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Eu-

¹⁹ Corte di Giustizia, 18 ottobre 2011, C-34/10, §30.

²⁰ V. sentenza Paesi Bassi v. Parlamento e Consiglio.

ropea, senza tuttavia intervenire, né volendolo fare, nel dibattito in corso sulla natura dell'embrione. Tale dibattito è stato oggetto anche della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, vediamo come.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani

Sul punto, la Corte europea dei diritti umani si è occupata del dibattuto tema della possibile qualificazione dell'embrione come persona, senza tuttavia giungere ad una soluzione condivisa. Tale orientamento è presente già nelle decisioni più risalenti²¹, nelle quali la Corte non aveva preso posizione sulla qualificazione del diritto alla vita del feto nei confronti dell'intenzione della madre di abortire²². Infatti, nel successivo caso *Vo contro Francia*²³, seppure riconoscendo la dignità del nascituro, la Corte ha dato atto del disaccordo europeo generalizzato sullo *status* giuridico dell'embrione e sul fatto che non vi fossero al momento riscontri scientifici che consentissero di orientare la questione. In conseguenza di ciò non vi sarebbe una convergenza sostanziale di opinioni, scientifiche e giuridiche, sui due punti centrali della questione: a) sull'esclusione dell'embrione quale soggetto del diritto alla vita; b) se il diritto alla vita dell'embrione è collegato a quello della madre, quindi che il diritto alla sua salute sia subordinato alla cura della salute materna. Va sottolineato che nel caso concreto portato davanti ai giudici di Strasburgo, la *Cour de Cassation* stabilì che al feto non può riconoscersi la qualifica di persona e che quindi non è ipotizzabile la fattispecie di omicidio. Nelle successive decisioni relative al caso *Evans contro Regno Unito di Gran Bretagna*²⁴ la Corte di Strasburgo non ha modificato la propria posizione, rinviando la soluzione della questione agli Stati aderenti e valorizzando al massimo il principio del margine di apprezzamento in ambito bioetico.

Anche la decisione della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani *S.H. contro Austria* del 3 novembre 2011²⁵, è utile in questo caso a conferma-

²¹ Tra le decisioni in materia si ricordano: *Bruggemann e Scheuten v. Germany*, 12 luglio 1977 sul diritto della madre di abortire, *X v. United Kingdom*, 13 maggio 1980, sull'assenza della previsione del diritto alla vita per il "non nato" ai sensi della CEDU, *H. v. Norway*, 29 maggio 1992, dove si evidenziavano le divergenze sul punto tra i vari ordinamenti dei Paesi aderenti alla CEDU (in dottrina, P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Giuffrè, Milano 2007, p. 97).

²² V. SILVESTRI, *Il quesito sul diritto alla vita*, cit.

²³ Corte europea dei diritti umani, 8 luglio 2004. Il caso concerneva un errore medico subito dalla madre che aveva provocato la morte del nascituro (*Cour de Cassation, chambre criminelle*, 30 juin 1999, n. 97-82.351).

²⁴ Il caso riguardava una donna che, in previsione di un intervento chirurgico ablativo sul proprio apparato riproduttivo, si era sottoposta, insieme al suo compagno, ad un trattamento di fecondazione in vitro. Tuttavia in seguito la relazione era cessata e la signora chiedeva di utilizzare gli embrioni anche senza il consenso dell'ex partner, ma così l'operazione non era più possibile ai sensi dello *Human Fertilisation and Embriology Act*.

²⁵ Invece, la Prima Sezione della Corte europea dei diritti umani, *S.H. et al. contro Austria*, 1 aprile 2010, aveva affermato che seppure «non esista un obbligo per gli Stati membri di

re il principio dell'ampio margine di apprezzamento da parte degli Stati membri in materia di definizione e regolamentazione dell'embrione anche se essa tratta specularmente del diritto a diventare genitori, comunque garantito ex art. 8 CEDU, per mezzo di un intervento sul processo di formazione dell'embrione attraverso la fecondazione eterologa. Statuisce la Corte: «Poiché l'utilizzo della fecondazione in vitro ha sollevato e continua a sollevare questioni delicate di ordine etico e morale che rientrano in un contesto di progressi rapidissimi in campo medico e scientifico, e poiché le questioni sollevate dalla presente causa vertono su aree in cui non vi è ancora una omogeneità tra gli Stati membri, la Corte ritiene che il margine di discrezionalità di cui deve disporre lo Stato convenuto sia ampio»²⁶.

Il dibattito italiano

Il dibattito nazionale ha avuto ad oggetto due aspetti speculari dello stesso tema inerente l'asserita assoluta intangibilità dell'embrione. Da un lato la richiesta delle coppie sterili di poter procreare attraverso la fecondazione eterologa, esplicitamente proibita in Italia dall'art. 4, comma 3 della legge 19 febbraio 2004, n. 40; dall'altro, un'ordinanza di costituzionalità dell'art. 4 della legge 22 maggio 1978, n. 194.

Sotto il primo aspetto, i giudici di merito hanno sollevato questione di costituzionalità degli artt. 4, comma 3, 9, comma 1 e 3, e 12, comma 1, della 40/2004. Tali questioni²⁷ traevano fondamento dall'interpretazione dell'art. 8 e 14 CEDU effettuata dalla I Sezione della Corte europea dei diritti umani emanata il 1 aprile 2010, S. H. e altri contro Austria. In questa sentenza lo Stato convenuto veniva condannato per una illegittima e irragionevole discriminazione operata dalla legge nazionale che proibisce la fecondazione in vitro di gameti donati, qualora questa sia l'unica possibilità per avere un figlio. Tuttavia, come anticipato, questo orientamento è stato ribaltato dalla Grande Camera in nome del margine di apprezzamento su una questione controversa tra gli Stati membri, pertanto la Corte Costituzionale ha restituito gli atti ai giudici rimettenti affinché ridefiniscano le sollevate questioni alla luce della sopravvenuta sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 3 novembre 2011. Seppure i problemi presenti in questa specifica tematica ineriscano alla modalità scelta per realizzare il desi-

adottare una legislazione che consenta la fecondazione assistita, una volta che questa sia consentita, nonostante il largo margine di discrezionalità lasciato agli stati contraenti, la sua disciplina dovrà essere coerente in modo da prevedere una adeguata considerazione dei differenti interessi legittimi coinvolti in accordo con gli obblighi derivanti dalla Convenzione».

²⁶ B. LIBERALLI, *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il c.d. Time Factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l'Austria*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 1/2012.

²⁷ Trib. Firenze, 6 settembre 2010; dal Trib. Catania, 21 ottobre 2010; Trib. Milano, 2 febbraio 2011.

derio di genitorialità (nello specifico attraverso tecniche di procreazione medicalmente assistita attraverso intervento eterologo che coinvolgerebbero i diritti del minore nato a conoscere le proprie origini) tale situazione necessariamente prevede un intervento esterno durante la formazione dell'embrione.

Sotto il secondo aspetto, la questione di costituzionalità concerne la richiesta al giudice tutelare di una ragazza diciassettenne, dunque ancora minorenni, per abortire senza il consenso dei genitori. Il giudice solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 22 maggio 1978, n. 194, in relazione agli articoli 2, 32, primo comma, 11 e 117 della Costituzione. Per giustificare la sollevata questione il giudice remittente fa esplicito riferimento alla decisione Brüstle affermando che: «vietare la 'distruzione' dell'embrione umano' equivale infatti ad affermare il disvalore assoluto in ogni caso, ai sensi dei principi fondanti il diritto dell'Unione Europea, della perdita dell'embrione umano per consapevole intervento dell'uomo, se anche effettuato invocando esigenze di progresso scientifico; trattasi quindi di affermazione, nemmeno troppo implicita, della giuridica esistenza di un soggetto, l'embrione umano' che, in ogni caso, deve trovare tutela in forma assoluta»²⁸.

Il riferimento del giudice tutelare alla decisione Brüstle è del tutto inappropriato sia perché la materia è di competenza del diritto nazionale, sia perché il giudicante estende un principio elaborato in tema di brevettabilità alla questione del bilanciamento tra i diritti dell'embrione e della madre. Infatti l'embrione è considerato dal giudice remittente come provvisto di «autonoma soggettività giuridica della cui tutela l'ordinamento deve farsi carico», elemento che va ben oltre quanto affermato, seppur simbolicamente, dall'art. 1 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, relativa alle «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita» dove «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito»; mentre il giudicante non riserva il minimo ascolto al diritto di pari assolutezza e dignità costituzionale della madre, alla sua autodeterminazione e alla sua riservatezza, nonostante nel caso concreto si tratti di persona già titolare di capacità giuridica, anche se non ancora provvista di capacità di agire.

La Corte Costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibile la sollevata questione facendo propria la teoria dei "controlimiti"²⁹. Il Giudice delle leggi non ha preso neppure in considerazione le argomentazioni relative alla tutela assoluta dell'embrione, anzi ha ribadito che in tema di interruzione volontaria della gravidanza della minore il potere del giudice tutelare non si configura come una potestà co-decisionale, essendo siffatta decisione rimessa

²⁸ Trib. Spoleto, 3 gennaio 2012.

²⁹ Secondo la quale la "ritrazione" del diritto interno nei confronti del diritto comunitario non opera «in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana» (C. cost., sent. del 19 luglio 2012, n. 196). In dottrina, R. CAPONI, *La tutela della identità nazionale degli stati membri dell'U.E. nella cooperazione tra le corti: addio ai 'controlimiti'?*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2011, pp. 215 ss.

soltanto alla responsabilità della donna. Il giudice tutelare deve limitarsi ad assicurarsi che le condizioni della minore che prende siffatta decisione siano di piena libertà morale³⁰.

Conclusioni

La giurisprudenza europea pare aver fissato con nettezza limiti alla brevettabilità, quindi dello sfruttamento economico, di prodotti della ricerca scientifica provenienti da materiale umano, ma ciò non consente di dire che sia stata raggiunta una definizione comune di embrione e di inizio della vita. Anzi, il dibattito è aperto sul punto, perciò il margine di apprezzamento, riconosciuto a livello delle Corti sovranazionali, ne consente lo sviluppo.

Tuttavia impedendo la brevettabilità dei prodotti della ricerca sugli embrioni, si disincentivano gli investimenti nella ricerca che persegue tali risultati e quindi lo stimolo stesso al perseguimento della discussione bioetica sul punto. Su tali aspetti critici si sono concentrate le voci dissenzienti, provenienti soprattutto da ambiti scientifici. Ad esempio, perché mai un'industria farmaceutica dovrebbe investire nella ricerca se il prodotto finale non viene tutelato con un brevetto? Secondo questo orientamento, quindi, la Corte di Giustizia pone un freno alla ricerca europea³¹, ma non impedisce il rischio di importazioni di prodotti farmaceutici ricavati dallo stesso tipo di ricerche provenienti dagli Stati Uniti ovvero dall'Asia. Considerando quanto sia forte l'incentivo economico e la necessità di innovazione, specie in tempi di crisi, la questione non può dirsi conclusa.

³⁰ C. cost., sent. del 19 luglio 2012, n. 196, cit.

³¹ S. BLANCE, *Brüstle v Greenpeace (C-34/10): The End for Patents Relating to Human Embryonic Stem Cells in Europe?*, in *Biotechnology Law Report*, February 2012, 31(1), pp. 33-38.

La violenza di genere in una prospettiva sociologica, giuridica e comparatistica

Ilaria Li Vigni

La Conferenza Mondiale sui diritti umani delle Nazioni Unite (Vienna, 1993)¹ ha definito la violenza contro le donne come «qualsiasi atto di violenza di genere che comporta, o è probabile che comporti, una sofferenza fisica, sessuale o psicologica o una qualsiasi forma di sofferenza alla donna, comprese le minacce di tali violenze, forme di coercizione o forme arbitrarie di privazione della libertà personale sia che si verifichino nel contesto della vita privata che di quella pubblica».

Partiamo da questa definizione normativa per addentrarci nel complesso ambito della violenza di genere e degli atti persecutori.

Le forme della violenza di genere: qualche dato generale

La violenza di genere è un fenomeno di grande frequenza nella nostra civiltà moderna, rappresentando una piaga drammatica che va oltre i ceti sociali, le condizioni economiche e culturali delle persone.

È un fenomeno interclassista che si manifesta, a seconda del tipo di relazione e della tipologia di soggetti coinvolti, in varie forme.

La violenza psicologica è costituita da una serie di atteggiamenti intimidatori, minacciosi e denigratori da parte dell'autore della violenza.

La stessa si manifesta in varie modalità: tattiche di isolamento, ricatti, insulti verbali, minacce, rifiuti, colpevolizzazioni pubbliche e private, svalutazioni continue, squalificazioni, deprivazioni, umiliazioni, limitazioni dell'espressione personale.

In certi casi la violenza psicologica può arrivare al vero e proprio "lavaggio del cervello" dovuto per esempio a "falsi pentimenti" o a manovre di isolamento.

Nei casi più gravi ha luogo un processo di "distruzione morale" (effrazione psichica) che può portare la vittima alla malattia mentale, all'abuso di sostanze stupefacenti o alcoliche, alla depressione e al suicidio.

La violenza fisica comprende qualsiasi atto volto a far male o a spaventare la vittima e, nella maggior parte dei casi, a procurare lesioni.

¹ Dal 14 al 25 giugno 1993, si è tenuta a Vienna la Conferenza Mondiale delle Nazioni Unite sui diritti umani alla cui conclusione i rappresentanti di 171 Stati, hanno approvato, con votazione unanime, una Dichiarazione e un Programma d'Azione per la promozione e la tutela dei diritti umani nel mondo.

Per maltrattamento fisico s'intende un danno fisico provocato intenzionalmente e con mezzi differenti: rientrano tra le violenze fisiche calci, schiaffi, morsi, pugni, violenti scossoni, colpi alla testa, strangolamenti, soffocamenti.

La violenza fisica comprende anche tutti quegli atti che non solo "ledono", ma spaventano la vittima (danni agli oggetti, lesioni a carico di animali domestici) e l'assoggettano al controllo del maltrattatore.

La violenza economica riflette una serie di atteggiamenti volti a impedire che la partner diventi o possa diventare economicamente indipendente, al fine di poter esercitare su di lei un controllo indiretto, ma molto efficace.

Tra questi atteggiamenti possono rientrare l'impedire la ricerca di un lavoro, la privazione o il controllo dello stipendio, il controllo della gestione della vita quotidiana, la determinazione a privare la partner della benché minima disponibilità economica (non avere accesso a un conto bancario, bancomat, ecc.).

Nel caso in cui la partner sia straniera, il maltrattante può impedire la messa in regola dei documenti di soggiorno impedendo così la ricerca del lavoro e rendendo la donna vulnerabile legalmente, soprattutto in vista dell'affidamento dei figli.

La violenza sessuale, infine, è data dall'insieme di comportamenti legati alla sfera sessuale come le molestie sessuali, l'aggressione sessuale agita con costrizione e minaccia, la costrizione ad avere rapporti sessuali con terzi, il visionare materiale pornografico, la costrizione a prostituirsi.

L'omicidio c.d. femminicidio: un crimine silenzioso ed opprimente

"Femminicidio" è un neologismo che indica ogni forma di discriminazione e violenza rivolta contro la donna in quanto appartenente al genere femminile.

Il neologismo è salito alla ribalta delle cronache internazionali per i fatti di Ciudad Juarez, città al confine tra Messico e Stati Uniti, dove dal 1992 più di 4.500 giovani donne sono scomparse e più di 650 stuprate, torturate e poi uccise ed abbandonate ai margini del deserto; il tutto nel disinteresse delle istituzioni, con complicità tra politica e forze dell'ordine corrotte e criminalità organizzata.

Il Messico, sulla scia di questi fatti, ha approvato una legge organica sul modello spagnolo e ha sancito l'introduzione, nel codice penale, del reato di femminicidio.

Leggi *ad hoc* con l'introduzione di questa fattispecie sono state emanate in molti codici penali dell'America Latina: da quello del Messico, Guatemala, Costa Rica, Venezuela, Cile, El Salvador a, più recentemente, quello del Perù e Argentina.

Il progresso latinoamericano nel contrasto alla violenza maschile sulle donne si deve certamente alla determinazione del movimento femminista attivo sui territori e delle associazioni a tutela dei diritti umani, che hanno promosso e utilizzato queste indagini per la propria attività di lobby nei confronti dei

Governi, ma anche per evidenziare, sulla base dei dati raccolti, la responsabilità dello Stato nel momento in cui non è in grado di garantire il diritto delle donne all'integrità psicofisica ed a vivere con sicurezza e dignità nella propria comunità.

Anche l'Unione Europea ha riconosciuto che il femminicidio riguarda tutti gli Stati del mondo, non solo quelli latinoamericani, quindi, dovremo abituarci all'idea di convivere con questo termine, in tutta la sua severa complessità.

I numeri del femminicidio in Italia sono drammatici: se nel 2006 su 181 omicidi di donne 101 erano femminicidi, nel 2010 su 151 omicidi di donne 127 lo erano.

Un dato ci pone in classifica addirittura dietro al Messico: se là il 60% delle vittime di femminicidio aveva già denunciato episodi di violenza o di maltrattamento, qui invece autorevoli ricerche hanno evidenziato che più del 70% delle vittime di femminicidio era già nota per avere contattato le forze dell'ordine, ovvero per aver denunciato, o per aver esposto la propria situazione ai servizi sociali.

Un dato ci accomuna anche agli altri Paesi europei: le ricerche criminologiche dimostrano che su 10 femminicidi 7-8 sono in media preceduti da altre forme di violenza nelle relazioni di intimità.

Cioè l'uccisione della donna non è che l'atto ultimo di un *continuum* di violenza di carattere economico, psicologico o fisico.

Oltre alle uccisioni di donne dobbiamo tenere in considerazione altresì il numero di suicidi da parte di donne vittime di violenza domestica: uno studio europeo del 2006 indicava una media di 7 femminicidi conseguenza di pregressa violenza domestica al giorno nei 27 Stati europei.

Insomma, il quadro è davvero devastante.

È emblematico che l'Italia non abbia, nel suo corpus normativo, il reato di femminicidio, così come molti altri Paesi europei.

Per cercare di superare questa problematica, occorre partire dal riconoscimento che il femminicidio, lo *stalking*, i maltrattamenti, oltre alla violenza sessuale, sono forme di violenza di genere, rivolta contro le donne in quanto donne.

Partire da qui, per raccogliere i dati secondo un'ottica di genere, per capire, con dati concreti, se davvero le donne che chiedono aiuto vengono protette, o se invece mancano i posti letto per accoglierle perché i fondi sono insufficienti e le case rifugio chiudono; se davvero le donne vengono correttamente informate o magari pensano che se non denunciano non possono avere protezione; se davvero le leggi esistenti vengono correttamente applicate o prevale la faciloneria amministrativa di alcuni uffici di pubblica sicurezza.

V'è da dire che i passi avanti in questi anni ci sono stati e l'attenzione alla formazione e alla protezione delle donne che decidono di uscire da situazioni di violenza è sempre maggiore: tuttavia ancora troppe donne vengono uccise perché manca una reazione collettiva e sentita a una cultura assassina, che riporta in auge pregiudizi e stereotipi antichissimi, legati alla virilità, all'onore, al ruolo di uomini e donne nella coppia e nella società.

Pertanto, davanti a una cultura così pervasiva da permeare anche talvolta quegli operatori che dovrebbero contrastarla, le Istituzioni hanno il dovere di porre in essere una normativa cogente che possa cercare di porre una soluzione a tale problema.

Gli atti persecutori: *excursus* storico e normativa attuale

Gli atti persecutori sono una serie di comportamenti volti a controllare e limitare la libertà della persona, messi in atto principalmente dal partner o ex partner e assumono vere e proprie forme di persecuzione di cui sono vittime principalmente le donne.

Tali comportamenti possono diventare ossessivi o persecutori se continuati nel tempo, incutendo nella vittima terrore e paura.

Tale istituto riassume in sé tratti di natura psicologica, sociologica, giuridica e comportamentale ed è quindi di complessa definizione e, mi permetto di aggiungere, di difficile piena comprensione.

Proprio in ragione di tale complessità, una vicenda concreta, con tutte le sue sfumature pratiche, credo possa esserci utile al fine di un'attenta analisi del fenomeno.

Questa storia è tratta dal libro di Harald Ege: *Oltre il mobbing: straining, stalking e altre forme di conflittualità sul posto di lavoro*².

Marina si è separata da circa due anni. Dopo la conclusione infelice del matrimonio, ha incontrato un altro uomo, ha avuto un figlio ed è andata a vivere con la sua nuova famiglia in un'altra città, dove ha anche ripreso a lavorare.

Fabio, l'ex marito di Marina, non riesce tuttavia a rassegnarsi alla perdita: non comprende perché il suo matrimonio è finito e il fatto che lei conviva con un altro uomo e che abbia avuto un figlio gli provoca sentimenti di rabbia e frustrazione. Il lasso di tempo trascorso dalla separazione non ha fatto altro che suscitare in lui pensieri ossessivi: la fine del matrimonio è vissuta da lui come un fallimento personale a cui crede di poter rimediare soltanto cercando di riportare le cose come erano prima.

Un giorno qualcosa scatta nella mente di Fabio, che decide all'improvviso di realizzare la sua ossessione. Dopo una breve ricerca riesce a trovare il nuovo numero di telefono di Marina e la chiama. Lei rifiuta il contatto e lo prega di non cercarla più, ma Fabio non può rassegnarsi. Non comprende perché lei lo respinge ed è convinto di quello che fa. Comincia a telefonarle continuamente, agli orari più disparati ed inopportuni; risale al suo indirizzo e le manda piccoli regali. Marina continua a rifiutare ogni contatto; dopo qualche mese fa cambiare il numero di telefono.

Fabio allora si trasferisce nella città di Marina e prende a seguirla furtivamente in tutti i suoi spostamenti; si introduce nel suo giardino e fa scempio di fiori e piante; le lascia messaggi minacciosi nella cassetta delle lettere. Con un banale sotterfugio

² H. HAGE *Oltre il Mobbing. Straining, stalking e altre forme di conflittualità sul posto di lavoro*, Franco Angeli, Milano 2005.

riesce a farsi dare dalla ditta dove Marina lavora il suo numero di cellulare e inizia a tempestarla di messaggi sgradevoli.

Marina vive molto male questa sua condizione di perseguitata: si sente minata nella sua libertà personale e nella sua privacy, è angosciata e spaventata, in uno stato d'ansia perenne, ben presto si accorge di non riuscire più a compiere le più semplici operazioni quotidiane. Ha paura ad uscire e a rispondere al telefono, per strada si guarda attorno continuamente temendo di essere pedinata.

Diventa, in un certo senso, prigioniera del suo persecutore.

Questa vicenda ci introduce nella complessa tematica dello *stalking*, figura giuridica che è stata posta all'attenzione degli studiosi (psicologi, sociologi, giuristi) in tempi piuttosto recenti.

Possiamo ricordare che il fenomeno ha cominciato a destare interesse, sia in ambito psicologico sia sociologico, ed anche presso l'opinione pubblica, intorno agli anni Ottanta.

Questa ondata d'interesse è stata suscitata, in particolare, da quanto stava accadendo ad alcuni personaggi pubblici, divenuti vittime di ammiratori particolarmente assillanti.

Citiamo, come esempi noti di cronaca, il caso della tennista Serena Williams, inseguita durante tutti i suoi tornei dal proprio persecutore, o ancora, le attrici Theresa Saldana e Rebecca Shaffer uccise entrambe dai loro *stalker*.

Questi due episodi sono, tra l'altro, estremamente rilevanti, perché in seguito ad essi, in California, è stata emanata la prima legge *anti-stalking*, in vigore dal 1992.

Ma vediamo di comprendere appieno il fenomeno degli atti persecutori, anche in un'ottica di riflessione in merito alle differenze di genere.

Stalking è un termine inglese che fa riferimento a comportamenti di persecuzione e molestia assillante tenuti da un individuo nei confronti di un'altra persona che possono arrivare a comprometterne il normale svolgimento della quotidianità.

La persecuzione avviene solitamente mediante reiterati tentativi di comunicazione verbale e scritta, appostamenti ed intrusioni nella vita privata, che hanno un andamento crescente e culminano in minacce e in aggressioni fisiche che possono arrivare fino all'uccisione della vittima.

Lo *stalker* può essere un estraneo, ma il più delle volte è un conoscente o un ex-partner che agisce spinto dal desiderio di recuperare il precedente rapporto o per vendicarsi di qualche torto subito. Nella maggior parte dei casi si tratta di soggetti di sesso maschile che non accettano la fine di un rapporto affettivo.

In particolare, è stato segnalato in letteratura che è più probabile che gli uomini *stalker* agiscano nei confronti di una persona con cui hanno avuto una relazione intima e che quanto più la relazione interrotta è stata lunga e seria, tanto più assillanti e gravi risultano gli atti posti in essere dallo *stalker*.

La più importante ricerca sull'argomento, condotta negli USA, nella metà degli anni novanta (*National Violence Against Women*)³, ha rivelato sia l'estensione del fenomeno – che, secondo i risultati dell'indagine, riguarda l'8% delle donne e il 2% cento degli uomini – sia le sue caratteristiche salienti: la maggior parte delle vittime di *stalking* è costituita da donne (78%) e la maggior parte degli *stalker* sono di sesso maschile (87%). Nella gran parte dei casi la vittima conosce lo *stalker* e solo il 23% delle donne e il 36% degli uomini è stato perseguitato da uno sconosciuto.

Lo *stalking* si iscrive all'interno della più generale questione della violenza sulle donne che, lungi dal riguardare solo le donne dei Paesi sottosviluppati o degli ambienti sociali più svantaggiati, è largamente presente anche nei Paesi avanzati.

Ricerche e studi e condotti negli anni recenti, anche sulla scorta di dati istituzionali ormai periodicamente disponibili, hanno evidenziato la trasversalità del fenomeno per quanto riguarda i profili socio-biografici delle vittime e degli autori della violenza, mostrando altresì che la maggior parte delle violenze vengono esercitate in ambito familiare o in circuiti relazionali caratterizzati da intimità e affettività.

In ogni caso, anche laddove la violenza provenga da estranei, essa implica un persistente orientamento a considerare il corpo femminile come violabile, a scopo sessuale, di punizione o di rivalsa, e la libertà delle donne di disporre del proprio corpo, dello spazio in cui vivono e delle relazioni con gli altri, più limitata di quella degli uomini.

In Italia le condotte tipiche dello *stalking* configurano il reato di "atti persecutori" (art. 612-*bis* c.p.), introdotto con il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11.

La norma introduce nel codice penale l'articolo 612-*bis*⁴, rubricato "atti persecutori", che al comma 1 recita: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, con condotte

³ Ricerca *National Violence against Women/1996*.

⁴ 612-*bis* c.p. Atti persecutori: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita. La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato o da persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa. La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso a danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero con armi o da persona travisata. Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. Si procede tuttavia d'ufficio se il fatto è commesso nei confronti di un minore o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio».

reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita».

La norma sugli atti persecutori è stata inserita nel nostro ordinamento a tutela della libertà morale della persona e ha ad oggetto condotte reiterate di minaccia e molestia che determinano nella vittima, alternativamente:

- un perdurante e grave stato di ansia o paura;
- un fondato timore per la propria incolumità o per quella di persona comunque affettivamente legata;
- la costrizione ad alterare le proprie abitudini di vita.

A ciò si aggiungono alcune norme accessorie, ossia l'aumento di pena in caso di recidiva o se il soggetto perseguitato è un minore, il fatto che lo *stalking* costituisca un'aggravante in caso di omicidio e violenza sessuale e la possibilità di ricorrere alle misure di indagine previste per i reati più gravi, quali le intercettazioni telefoniche e gli incidenti probatori finalizzati ad acquisire le testimonianze di minori.

Questa fattispecie di reato è normalmente procedibile a querela, ma è prevista la procedibilità d'ufficio qualora la vittima sia un minore, una persona disabile, quando il reato è connesso con altro delitto procedibile d'ufficio e quando lo *stalker* è già stato ammonito precedentemente dal questore.

Il nuovo istituto costituisce una sorta di affinamento della preesistente norma sulla violenza privata: delinea infatti in modo più specifico la condotta tipica del reato e richiede che tale condotta sia reiterata nel tempo e tale da «cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura» alla vittima.

Tale norma, nei suoi tre anni di vita, ha lasciato aperte molte problematiche di natura interpretativa.

Infatti, la fattispecie penale è di interpretazione piuttosto complessa e soprattutto si pone a cavallo di varie condotte penalmente rilevanti, ponendo qualche problematica in ordine al rispetto del principio di offensività e della tutela del bene giuridico.

La giurisprudenza di legittimità ha dovuto, soprattutto nel corso del primo anno di applicazione della norma, “mettere i paletti” al contenuto della stessa, così da renderla conforme al dettato costituzionale e rispettosa dei principi fondanti del diritto penale.

Infatti, non è apparsa subito chiara agli interpreti la differenza tra “atti persecutori” e semplici minacce e la giurisprudenza di legittimità⁵ ha chiarito che integrano l'illecito di *stalking* anche due sole condotte di minaccia o di molestia, idonee a costituire la reiterazione richiesta dalla norma.

⁵ Cass. pen., sez. V, 17 febbraio 2010, n. 6417.

Le condotte di minaccia o molestia devono essere “reiterate”, così da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura nella vittima ovvero un fondato timore per la propria incolumità o per quella di persone vicine o, infine, costringere la persona offesa a modificare le sue abitudini di vita.

Una problematica particolarmente pressante è data dall'utilizzo dei c.d. *social network*, come ad esempio *facebook* che darà certamente parecchio da argomentare ai giuristi quale strumento di possibile propagazione degli atti persecutori.

Anche in questo ambito la Corte di Cassazione si è pronunciata⁶ sostenendo la configurabilità del reato anche a mezzo *social network*, che ormai rappresenta una realtà virtuale utilizzata da molti.

Violenza di genere nella normativa internazionale ed europea: cenni comparatistici

Il primo importante segnale a livello internazionale in materia di legislazione sulla violenza contro le donne viene dato dall'Assemblea Generale dell'ONU nel 1979 attraverso la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne, entrata in vigore il 3 settembre 1981 e ratificata dall'Italia nel 1985⁷.

Successivamente, nel 1993, viene promulgata la Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'eliminazione della violenza contro le donne e, nel 1999, viene adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il Protocollo opzionale alla predetta convenzione, ratificato dall'Italia nel 2000.

A livello europeo, si evidenzia una particolare sensibilità in relazione al problema della violenza sulle donne a partire dal 2000, allorquando vengono emanate una serie di raccomandazioni e risoluzioni su diverse tematiche, quale ad esempio lo stupro nei conflitti armati, le mutilazioni genitali femminili, la schiavitù domestica e la violenza domestica, sui matrimoni forzati e sui matrimoni in età minorile.

⁶ Cass. pen., sez. V, 30 agosto 2010, n. 32404.

⁷ L'esigenza di scrivere la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, nonostante esistesse già la Dichiarazione Universale dei diritti umani, nasce dalla presa di coscienza della reale situazione in cui vertevano, e vertono ancora oggi, le donne in molti Paesi, e dalla consapevolezza che sulla base di queste situazioni molte donne non avrebbero mai visto riconoscersi quei diritti definiti universali e riconosciuti a chiunque senza discriminazioni. Gli Stati che hanno redatto tale Convenzione hanno inteso creare uno strumento a livello internazionale attraverso il quale si potesse denunciare qualsiasi forma di discriminazione della donna e per promuovere l'emancipazione femminile con tutti i mezzi adeguati. La Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna è stata adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979 ed è entrata in vigore il 3 settembre 1981.

Di fondamentale importanza risulta essere la raccomandazione n. 5 del 2002 rivolta dal Comitato dei Ministri delle Comunità Europee agli Stati Membri in materia di protezione delle donne quali soggetti deboli⁸.

Tale atto risulta essere il primo strumento internazionale per proporre una strategia globale per prevenire la violenza e proteggere le vittime.

Altro atto di rilevante spessore legislativo è la decisione n. 803 del 2004, emanata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio⁹, che istituisce un programma di azione comunitaria per prevenire e combattere la violenza non solo contro le donne, ma anche contro i bambini ed i giovani.

Inoltre, v'è da aggiungere che, nel mese di novembre 2007, è stata promossa dal Consiglio d'Europa una campagna di sensibilizzazione contro la violenza domestica sulle donne, presentata proprio a Madrid, ovvero nella capitale del primo Stato in Europa che ha compiuto una radicale riforma della propria normativa penale in materia di violenza sulle donne e sui soggetti deboli.

La disciplina penale della violenza domestica adottata dai singoli Stati Membri varia, come ovvio, in relazione alla storia dei singoli Stati, al ruolo svolto dalle autorità amministrative e giudiziarie, nonché dall'associazionismo femminile e femminista e dai professionisti del settore socio-sanitario.

Le violenze domestiche rientrano, in gran parte, nelle disposizioni generali di diritto penale e sono punite come vere e proprie condotte lesive dell'integrità fisica.

In alcuni Stati (a mero titolo esemplificativo, Polonia, Lituania e Danimarca), la legge sanziona la violenza domestica nell'ambito degli illeciti relativi alla famiglia, in altri (ad esempio, Slovacchia) esistono leggi specifiche per le violenze commesse in danno del partner.

Francia e Lussemburgo hanno recentemente introdotto una normativa che inasprisce le pene per i delitti commessi nei confronti del partner, l'ordinamento svedese ha istituito il reato di «violazione grave dell'integrità della donna» ed infine la Spagna, con una recente legge quadro, ha compiuto la più innovativa riforma del diritto penale, modificando radicalmente la normativa codicistica in materia di violenza contro le donne ed i soggetti deboli.

⁸ Nel corso degli ultimi 25 anni, il Consiglio d'Europa ha preso un certo numero di iniziative per assicurare la protezione delle donne contro la violenza. In questo contesto il Comitato direttivo per l'eguaglianza di genere CDEG sottolinea che la Raccomandazione 5/2002 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulla protezione delle donne contro la violenza preconizza l'adozione di una serie di misure pratiche e legislative di prevenzione, di aiuto alle vittime, di repressione, di sensibilizzazione e di formazione professionale. Altre misure raccomandate in questo testo riguardano la violenza in famiglia e la realizzazione di programmi per gli autori delle violenze. Tutte queste misure vanno nel senso di quelle richieste dall'Assemblea.

⁹ Decisione n. 803/2004/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 che istituisce un programma di azione comunitaria (2004-2008) per prevenire e combattere la violenza contro i bambini, i giovani e le donne e per proteggere le vittime e i gruppi a rischio (programma *Daphne II*).

Inoltre, la legislazione esistente in molti Paesi europei assicura una protezione immediata alla vittima attraverso misure come l'allontanamento preventivo del partner aggressivo ed ordinanze restrittive o di espulsione dell'autore del reato che permettono di allontanare la vittima dal proprio aggressore.

Per quanto concerne, nello specifico, la normativa sullo *stalking*, occorre anzitutto evidenziare come siano state pionieristiche le esperienze legislative dei Paesi di *common law*.

La giurisprudenza americana è stata la prima ad affrontare specificatamente il problema della definizione dello *stalking*.

Nel 1992, infatti, il Congresso degli Stati Uniti ha deliberato che la massima autorità giudiziaria della Federazione, l'*Attorney General*, conducesse specifiche ricerche sul fenomeno e sviluppasse un modello legislativo *anti-stalking* costituzionale e applicabile nelle singole legislazioni degli Stati Membri.

Entro la fine del 1994, tutti gli Stati hanno approvato una legge *anti-stalking*.

La gran parte di tali normative definiscono lo *stalking* come «intenzionale malevolo e persistente comportamento di seguire o molestare un'altra persona».

Alcuni Stati richiedono, per configurare l'illecito penale, una "minaccia credibile" e che sia verosimile che il persecutore possa attuare tale minaccia.

In Canada è considerato delitto di molestia criminale «molestare intenzionalmente o imprudentemente un'altra persona in ciascuno dei seguenti modi: 1) seguendo o comunicando con quella persona e conoscenti anche indirettamente; 2) sorvegliando i luoghi dove quella persona o un suo conoscente risiede o si trova; 3) mettendo in atto condotta minacciosa di qualsiasi tipo diretta a quella persona ed ai suoi familiari, tale da far temere per la sua sicurezza».

In Europa la disciplina normativa ha avuto una storia non omogenea con diversi ritocchi legislativi avvenuti nel corso degli ultimi anni. Alcuni Stati hanno introdotto legislazione ad hoc, altri hanno adattato leggi non espressamente riferite allo *stalking*.

In Europa la Gran Bretagna è stata la prima che nel 1997 ha legiferato in materia, si tratta del *Protection From Harassment Act*¹⁰ per una tutela delle vittime di molestie e condotte simili, tra cui anche lo *stalking*. Altri Paesi come il Belgio e l'Olanda hanno una legislazione specifica anti *stalking*.

¹⁰ Il *Protection from Harassment Act 1997* ha fornito in particolare misure contro le molestie e lo *stalking* rendendo evidente i legami di tale comportamento con la violenza domestica che si manifesta dopo la separazione, come dimostrarono dati di inchiesta, secondo i quali circa il 40% delle donne vittime di *stalking* erano state perseguitate da ex partner. Un aspetto importante di questo atto legislativo è stato inoltre quello di introdurre misure per mettere in connessione la legislazione penale con quella civile. Sono stati previsti due livelli di comportamento e di reati conseguenti – un illecito penale di molestia e un reato più grave comprendente la "paura di violenza" quando in almeno due occasioni il comportamento ha provocato paura pur senza causare danni fisici – con la possibilità per il tribunale di emanare nei confronti dell'esecutore un mandato di carcerazione (*restraining order*).

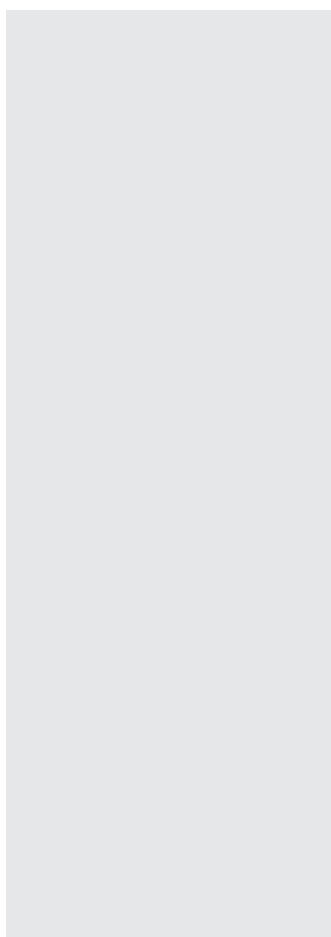
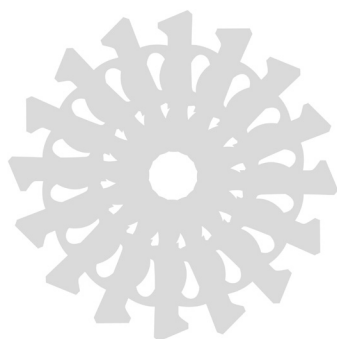
In Belgio lo *stalking* fu riconosciuto nel 1998, in Olanda attraverso una legge del Codice Penale del 2001.

Francia, Italia, Danimarca, Svezia, Norvegia ed Irlanda non hanno invece una legislazione autonoma ma lo *stalking* è perseguito facendo riferimento ad altre leggi.

Le legislazioni esaminate, pertanto, non chiariscono se, per la configurabilità dell'illecito penale, debbano essere poste in essere minacce esplicite.

Prevale la tendenza ad assumere come decisivo il consenso su ciò che una persona ragionevole giudicherebbe minaccioso, con le ovvie difficoltà relative all'incriminazione dei casi più lievi, che possono verosimilmente confinare con goffi tentativi di corteggiamento.

ETICA PROFESSIONALE E DEONTOLOGIA



Il diritto all'asilo nel continuo equilibrio fra etica e diritto

L'esigenza di tutela del diritto umano all'asilo ed il continuo e necessario intreccio con la cittadinanza

Silvia Reda

Il concetto di “diritto di asilo”, in quanto istituto giuridico, e il concetto di “asilato”, sono atti a promuovere l'esercizio delle libertà democratiche da parte di uno straniero in un Paese che le riconosce, qualora nel suo Paese di appartenenza non possa esercitarle. Se entriamo nel merito di tale problematica, si approfondisce quale sia il ruolo degli Stati, come enti sovrani e titolari di una soggettività giuridica internazionale, e quale sia l'effettiva valenza dei principi c.d. inviolabili posti a tutela dei diritti umani, nonché dei relativi strumenti di attuazione per la loro tutela.

Viepiù, il diritto di asilo è inteso come corollario del principio di sovranità statale, per cui risulta essere la regola fondamentale della disciplina internazionale di tale diritto. Ciò comporta due importanti conseguenze: *in primis*, la concessione dell'asilo non può essere considerata, almeno di regola, un illecito internazionale. In proposito, è piuttosto chiara la Dichiarazione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale adottata nel 1967¹. *In secundis*, non sussiste alcun obbligo gravante sugli Stati di concedere o rifiutare asilo agli individui. In altre parole, in linea di principio, ciascuno Stato non subisce alcuna limitazione in ordine all'esercizio del proprio diritto di asilo².

Questa affermazione merita, tuttavia, un approfondimento: sebbene, infatti, la sovranità territoriale non sembra ammettere alcuna limitazione, in dottrina

¹ Al primo comma dell'art. 1 si legge: «*L'asile accordé par un Etat, dans l'exercice de sa souveraineté, à des personnes fondées à invoquer l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, y compris celles qui luttent contre le colonialisme, doit être respecté par tous les autres Etats*». Il testo integrale è riprodotto da F. LEDUC, *L'asile territorial et Conférence des Nations Unies de Genève janvier 1977*, in *Annuaire français du droit international*, 1977, pp. 222-223, nota 2. Si veda pure H. WIEBRINGHAUS, *Le droit d'asile en Europe*, in *Annuaire français de droit international*, 1967, p. 571, secondo cui la Risoluzione «*ne fait Qu'annoncer certains principes*», e dunque non costituisce uno strumento vincolante.

² Afferma chiaramente S. GIULIANO, *Asilo (diritto di) c) diritto internazionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1958, p. 206: «[sul piano] del diritto internazionale generale, si deve rilevare la totale assenza di norme che pongano allo Stato delle limitazioni, dirette o indirette, alla sua libertà di accordare o di non accordare asilo entro il proprio territorio».

si sono avanzate ipotesi secondo cui essa subirebbe, in taluni casi, significative compressioni e, dunque, si rileva che, come il principio di sovranità territoriale, di cui è un corollario, anche l'esercizio del diritto di asilo statale soggiace ad alcune restrizioni.

D'altra parte il diritto di asilo statale, come ogni diritto di libertà, è legato intrinsecamente all'idea di limite³. Esistono, infatti, a tale potestà dei c.d. limiti estrinseci e intrinseci. Nei primi, l'illiceità dell'esercizio del mero diritto di asilo statale, in altre parole l'illiceità dell'ammissione, o della mancata espulsione, o del rifiuto di estradizione ecc. di un certo individuo, è solo apparente. Si tratta dell'ipotesi in cui lo Stato di asilo tiene, volontariamente o colposamente, un comportamento concorrente nella commissione di un atto costituente minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali, quale, ad esempio, un atto terroristico.

Tale comportamento potrebbe rivelarsi illecito poiché in contrasto con norme internazionali, in particolare, con quella che prescrive il divieto della minaccia o dell'uso della forza e/o con quella che prescrive il divieto di ingerirsi negli affari di altri Stati⁴. In tali casi l'esercizio dei poteri connessi al diritto di asilo statale – ad esempio, il rifiuto di estradare i presunti colpevoli – non è di per sé illecito⁵, ma lo diventa per connessione con altri fattori contingenti, questi sì di per sé comportanti violazioni di norme internazionali. È, invece, considerato limite intrinseco secondo autorevole dottrina⁶, nel generale obbligo internazionale di *non-refoulement*⁷. Esso riguarderebbe quelle persone «whose

³ Acuta l'analisi di B. LEONI, *Freedom and the Law*, 1961, p. 56: «Nel mondo occidentale, l'idea che la costrizione, sia connessa molto strettamente con la libertà è vecchia almeno quanto la storia delle dottrine politiche. Penso che questa circostanza si spieghi principalmente col fatto che non si può dire che nessuno è libero da altri se questi sono liberi di costringerlo in qualche modo. In altre parole, si è liberi se si è in grado, in qualche modo, di costringere altri ad astenersi dal costringere noi sotto qualche aspetto».

⁴ Non sempre è possibile stabilire con certezza se il comportamento statale, ad esempio l'assistenza fornita a un gruppo terroristico o ribelle, ricada nel divieto della minaccia o dell'uso della forza o, invece, nel divieto di ingerenza. Sul punto, si veda B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, ESI, Napoli 1992, p. 355.

⁵ Come poi si dirà, si può affermare l'illiceità del rifiuto di estradizione per il contrasto con una norma diversa dal divieto dell'uso della forza.

⁶ Si tratta di G.S. GOODWIN-GILL, *Non-Refoulement and the New Asylum Seekers*, in *Virginia Journal of International Law*, 1986.

⁷ Si badi che per *non-refoulement* Goodwin-Gill intende ogni tipo di provvedimento che possa mettere fine al contatto tra territorio di asilo e rifugiato, ivi compreso – assieme all'espulsione e all'extradizione – il cosiddetto *refus d'admission*. In proposito G.S. GOODWIN-GILL, *op. cit.*, p. 901, è piuttosto chiaro: «it has confirmed that the duty of non-refoulement extends beyond expulsion and return and applies to measures such as rejection at the frontier and even extradition». Per distinguere il *refoulement* dalle ipotesi in cui lo Stato ponga fine al contatto tra territorio e asilato tramite i propri poteri di espulsione ed estradizione, ma non anche tramite quelli relativi all'ingresso, si userà il termine di *allontanamento*. Per cui in definitiva si intenderà per *refoulement* il venir meno del legame territorio/asilato (o

*lives or freedom may be endangered in their country of origin by reasons of violence, conflict, violations of human rights, or other serious disturbances of public order*⁸.

La dottrina in questione fa leva su alcuni strumenti pattizi e sulla prassi maturata intorno al ruolo dell'Alto Commissariato per i rifugiati⁹. L'opinione non è pacifica: intanto perché, per ammissione stessa della dottrina in discorso, l'espansione che ha subito il ruolo dell'Alto Commissariato per i rifugiati è poco indicativa dell'esistenza di un principio generale di *non-refoulement*¹⁰.

Argomento più forte sembra essere la Convenzione di Ginevra del 1951, che al primo comma dell'art. 33 dispone «*No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion*».

Tale richiamo presta, tuttavia, il fianco ad alcune obiezioni: intanto, le categorie degli individui protetti dall'obbligo di *non-refoulement*, secondo la dottrina in discorso e di quelli indicati nell'art. 33 non coincidono, semmai, potrebbe configurarsi un obbligo di carattere consuetudinario in questo senso solo nei riguardi degli individui soggetti altrimenti a persecuzioni, e non anche a quelli su cui incombe una più generica minaccia alla vita o alla libertà. A ciò si aggiunga che l'obbligo posto dall'art. 33 ha una portata minore di quella voluta dalla dottrina in questione con riguardo ai poteri cui gli Stati membri avrebbero abdicato. Sembra, infatti, che essi non comprendano quelli in materia d'ingresso¹¹.

E anche riportando la tesi entro un confine meglio rispondente all'obbligo posto dall'art. 33¹², rimane insuperabile l'ostacolo relativo alla qualità degli Stati membri della Convenzione¹³. I numeri sembrano confortanti, ma non appena

asilando) che avvenga tramite l'espulsione, l'extradizione o il diniego d'ingresso; mentre per "allontanamento" si intenderà il venir meno del legame territoriale/asilato (o asilando) che avvenga per il solo tramite dell'espulsione o dell'extradizione.

⁸ G.S. GOODWIN-GILL, *op. cit.*, p. 903.

⁹ In modo particolare, l'Autore, *cit.*, *passim*, trae spunto dalla Convenzione di Ginevra del 1951, da quella promossa dall'OUA nel 1969 e dalla Dichiarazione sui rifugiati di Cartagena del 1984. Aggiunge G.S. GOODWIN-GILL, *op. cit.*, p. 898: «*the essentially moral obligation to assist refugees and to provide them with refuge or safe haven has, over time and in certain contexts, developed into a legal obligation (albeit at a relatively low level of commitment)*».

¹⁰ Scrive G.S. GOODWIN-GILL, *op. cit.*, p. 900: «*This development might be described as purely functional, enabling the UNHCR to provide limited protection and assistance, but not otherwise entailing legally binding obligations*».

¹¹ In altre parole, l'obbligo dell'art. 33 non comprenderebbe il cosiddetto *refus d'admission*.

¹² Cioè se si affermasse che l'obbligo in questione riguarda solo l'allontanamento e non il *refoulement* e prenda in considerazione solo i perseguitati e non tutti coloro che si trovino comunque in pericolo di vita.

¹³ Essa è stata firmata da 140 Stati (il 74% di quelli che fanno parte delle Nazioni Unite), alcuni dei quali (cinque) non hanno però sottoscritto il Protocollo di New York. Tre invece, tra cui gli Stati Uniti, hanno sottoscritto solo quest'ultimo.

ci si muove dal terreno quantitativo a quello qualitativo, emergono significative discrepanze¹⁴.

Vi sono, inoltre, alcune eccezioni all'obbligo sancito nell'art. 33¹⁵. Esse non solo limitano la sua portata sotto il profilo sostanziale, ma, dal momento che molti Stati membri affidano il loro accertamento non sempre a organi giurisdizionali ma (più) spesso amministrativi (ad es. alla polizia di frontiera)¹⁶, esse si prestano a una pericolosa espansione. Non si può affermare, dunque, l'esistenza di una norma generale che obblighi gli Stati al *non-refoulement* di individui verso Paesi nei quali sarebbero soggetti a persecuzioni in base alla loro razza, religione ecc., o tanto meno nei quali la loro vita e/o la loro libertà personale siano minacciate¹⁷.

A ben vedere, va comunque evidenziato come l'art. 33 fornisca un significativo dato circa l'esistenza di una norma diversa da quella in questione: occorre premettere, anzitutto, che il diritto internazionale generale vieta le cosiddette *gross violations* dei diritti dell'uomo. Le violazioni che, secondo dottrina pa-

¹⁴ Tra gli Stati membri vi sono quasi tutti gli Stati del blocco occidentale e latino-americano (eccetto Cuba), vi sono molti Stati islamici (ivi compreso l'Iran), c'è il Giappone e numerosi Stati ortodossi, compresa la Russia; figurano inoltre alcuni Stati africani. Tuttavia, non hanno sottoscritto la Convenzione molti o quasi tutti gli Stati del sud-est asiatico, sia nel blocco indù India e Sri Lanka), sia nel blocco buddista (qui l'unica eccezione è la Cambogia; in verità, anche il Tibet è parte della Convenzione, ma esso non può costituire eccezione poiché non è uno Stato, essendo soggetto alla sovranità cinese), sia nel blocco sinico (con la significativa eccezione della Cina, appunto, e della Corea del Sud). Ho qui adottato la divisione proposta da S.P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilization and the Remaking of World Order*, Simon and Schuster, New York 1993, pp. 51-52.

¹⁵ Il secondo paragrafo dell'art. 33 prevede che: «*The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country*».

¹⁶ Ecco cosa scrive B. NASCIBENE, *La condizione giuridica dello straniero*, CEDAM, Padova 1997, p. 125, a proposito del caso italiano: «La norma [l'Autore si riferisce al quarto comma dell'art. 1 della legge 39/1990, che prevede i casi in cui lo straniero che voglia ottenere lo *status* di rifugiato deve essere respinto alla frontiera o, comunque, venire escluso dall'accesso alla procedura] si espone a numerose censure, che inducono a concludere nel senso della sua complessiva inconciliabilità, sia sotto il profilo formale che sotto il profilo sostanziale, con gli obblighi internazionali. Per quanto riguarda il profilo formale, l'attribuzione alla polizia di frontiera di un potere decisionale autonomo, per di più non soggetto ad alcun efficace controllo, in ordine alla sussistenza di condizioni ostative., si pone di per sé in radicale contrasto con i ridotti compiti che alla stessa dovrebbero competere nel quadro di una procedura strutturata in conformità ai canoni precisati in sede internazionale».

¹⁷ Peraltro, è questo l'orientamento della prevalente dottrina. Si vedano A. BEGHÈ LORETI, *Rifugiati e richiedenti asilo nell'area della Comunità europea*, CEDAM, Padova 1990, p. 56, e N. RONZITTI, *L'Italia e il diritto d'asilo territoriale: aspetti giuridici e umanitari. Politica internazionale*, Giappichelli, Milano 1987, pp. 12-13. Quest'ultimo scrive: «Difficile è [...] accettare l'opinione di chi sostiene che, secondo il diritto internazionale attualmente in vigore, il principio del non-refoulement sia ormai principio di diritto internazionale consuetudinario che obbliga gli Stati indipendentemente dalla ratifica o adesione alla Convenzione sui rifugiati del 1951».

cifica, ricadono nel divieto citato sono: l'*apartheid*, il genocidio, la tortura, le deportazioni di massa, i trattamenti crudeli e degradanti dei prigionieri politici e dei criminali comuni, e simili¹⁸.

L'esistenza di norme che pongano i siffatti divieti non sembra essere in discussione. È bene, però, sottolineare che esse non proteggono qualsiasi diritto individuale e da qualunque tipo di violazione, bensì vietano solo le gravi violazioni e solo quelle che attentino agli essenziali beni dell'uomo, primi fra tutti la vita e la libertà¹⁹. Si tratterebbe, tra l'altro, di norme di *ius cogens*²⁰.

Ci si chiede, pertanto, come queste norme possano incidere sul diritto di asilo statale nella comunità internazionale. È possibile ipotizzare che da esse derivi l'obbligo di non allontanare i cittadini stranieri verso Paesi nei quali essi corrono il serio rischio di essere oggetto di quelle violazioni.

Lo Stato che allontanasse in qualsivoglia modo un individuo verso luoghi nei quali questi venga sottoposto a tortura, o ad altro tipo di grave violazione dei suoi diritti fondamentali, parteciperebbe *latu sensu* alla commissione di quella violazione.

Tale norma si prova con il fatto che la comunità internazionale avverte l'allontanamento, nel contesto indicato, come una violazione dei diritti dell'uomo. Ebbene, la Convenzione di Ginevra fornisce un argomento proprio in questa direzione. Infatti, fra tutti gli Stati che hanno contribuito nella prassi a consolidare la norma che impone il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, quasi tutti sono parti della Convenzione.

Molti degli Stati non membri sono fortemente sospettati di ledere gravemente la vita e la libertà dell'uomo, proprio quei diritti che l'asilo protegge (si pensi all'Iraq, o alla Somalia, o ancora allo Sri Lanka). Questo può significare che, tra gli Stati che rispettano i diritti fondamentali dell'uomo, la maggioranza avverte che l'allontanamento verso Paesi nei quali l'individuo possa seriamente rischiare di subire gravi violazioni dei propri fondamentali diritti "equivale" a una violazione di quel generale principio.

Vi è, in altre parole, un *habitat* comune alla norma che vieta le *gross violations* dei diritti dell'uomo e a quella, contenuta dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra, che impone il divieto di allontanamento. Le due fattispecie stanno

¹⁸ B. CONFORTI, *op. cit.*, p. 234.

¹⁹ Si veda F. LATTIANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Giuffrè, Milano 1983, p. 15, nota 2: «La dottrina, in verità, afferma spesso con troppa facilità l'esistenza di norme generali sui diritti dell'uomo, basandosi in particolare sulla Dichiarazione universale del 1948 [...]. Sembra difficile tuttavia che norme generali si siano formate in una materia così strettamente legata ai regimi economici, sociali e culturali dei singoli Stati, regimi che attualmente non sono certo omogenei come potevano esserlo in epoche passate. Le uniche norme generali in materia di diritti dell'uomo della cui assistenza è possibile trovare la prova sono quelle che riconoscono i principi essenziali di umanità a vantaggio di qualsiasi uomo, in qualunque situazione venga a trovarsi».

²⁰ B. CONFORTI, *op. cit.*, p. 234.

– almeno tendenzialmente – come genere a specie: le gravi violazioni dei diritti dell'uomo difficilmente avvengono con modalità che non integrano l'esistenza della minaccia alla vita o alla libertà in base alla razza, alla religione, ecc. Si deve, però, ammettere che questo dato da solo è ben poco incisivo. Vi sono, tuttavia, alcuni importanti elementi che, sommati a quello appena descritto, convalidano la tesi dell'esistenza di un generale divieto di allontanamento combinato col generale rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo.

All'interno della comunità internazionale, l'Italia gioca un ruolo estremamente importante. Le normative adottate finora (quali i pacchetti sicurezza e i precedenti progetti CTP) assurgono a “proposte cuscinetto”, utili solo a tamponare un fenomeno dilagante sul quale si stenta ad aprire gli occhi. E sebbene la legge Turco-Napolitano, meglio conosciuta come d.lgs. 286/98, appariva ispirata sostanzialmente ad una logica “binaria” che cercava di tenere distinti l'immigrazione regolare per motivi di lavoro (che intendeva favorire collegandola anche alla progressiva integrazione sociale dei lavoratori) dall'immigrazione clandestina (che si voleva drasticamente limitare, prevenire e reprimere); la legge Bossi-Fini 189/2002 può dirsi essere stata mossa principalmente da due finalità: ridurre o rendere difficili le possibilità di ingresso regolare di stranieri per lavoro e collegare strettamente la durata e la validità del permesso di soggiorno per lavoro subordinato all'esistenza effettiva di un regolare rapporto di lavoro. Non si diminuisce la discrezionalità del Governo circa la programmazione dei nuovi ingressi per lavoro (tanto che la stessa determinazione annuale delle quote di ingresso per lavoro non è più obbligatoria ma facoltativa); si reintroduce nell'ordinamento la verifica preventiva dell'indisponibilità di altri lavoratori italiani o comunitari quale condizione per autorizzare l'ingresso di nuovi lavoratori stranieri; si rende ancora più precaria la condizione dello straniero regolarmente soggiornante per lavoro; si istituisce il “contratto di soggiorno” il quale, mediante procedure assai complicate rispetto alle esigenze del mercato del lavoro, sposta dai pubblici poteri ai datori di lavoro gli oneri concernenti le esigenze alloggiative dei lavoratori stranieri.

Tuttavia, una disciplina organica nel nostro ordinamento stenta a vedere la luce, anzi, sempre più si allontana dal dare attuazione al dettato costituzionale ex art. 10, comma 3. Tant'è vero che il 2 luglio 2009 il Senato Italiano ha approvato, dopo tre voti di fiducia, il cosiddetto “pacchetto sicurezza”. Si avvia così alla conclusione (si aspetta ancora la firma del Presidente della Repubblica), l'ultimo dei provvedimenti in materia di sicurezza pubblica varati dal Governo nella seduta straordinaria del Consiglio dei Ministri tenutosi a Napoli il 21 maggio 2008. Dopo il decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, convertito con legge 24 luglio 2008, n. 125, recante “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica”, dopo le ordinanze presidenziali sui campi nomadi, dopo i due correttivi ai decreti legislativi in materia di ricongiungimento familiare (d.lgs. 3 ottobre 2008, n. 160) e rifugiati (d.lgs. 3 ottobre 2008, n. 159), dopo il decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con legge 23 aprile 2009, n. 3, recante “Misure

urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori” (peraltro emendato della disposizione sul prolungamento del trattenimento nei CIE in sede di conversione, poi di nuovo reintrodotta nel decreto sicurezza), il Parlamento ha licenziato il pacchetto più complesso – ed anche il più controverso – recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica» con numerose modifiche alla disciplina dell’immigrazione e della condizione dello straniero, nonché alcuni “correttivi” alla legge sulla cittadinanza ed alle disposizioni sulla protezione internazionale.

Una prima considerazione sul *modus procedendi* è d’obbligo: senza una nuova legge sull’immigrazione (l’ultima approvata, ed ancora in vigore, è la cosiddetta legge Bossi-Fini del 2002), si modificano sostanzialmente le politiche sull’immigrazione nel nostro Paese, considerando anche le iniziative per il respingimento in mare, essenzialmente a «colpi decreti e di fiducia» e ciò, per la delicatezza del tema, ci sembra francamente inquietante.

Nel merito, l’ultimo provvedimento prevede una serie di atti, a nostro avviso inutili per aumentare sicurezza e dannosi per il convivere sociale, quali l’introduzione del reato di ingresso e/o soggiorno illegale e l’obbligo di dimostrazione della regolarità del soggiorno ai fini dell’accesso ai servizi (con esclusione di sanità e scuola dell’obbligo) e ai fini del perfezionamento degli atti di stato civile (matrimonio, registrazione della nascita – bambini invisibili, riconoscimento del figlio naturale – figli invisibili, registrazione della morte).

Tutte norme che avranno come unico effetto quello «di fare terra bruciata attorno agli stranieri irregolari, impedendo loro od ostacolando l’accesso a prestazioni e servizi pubblici. Così però si rischia di attentare a diritti fondamentali della persona, e in ogni caso l’unico effetto pratico probabile di queste misure sarà far scomparire ancor più le persone nella clandestinità invece di farle emergere. [...] Si inseguono e si alimentano paure quotidiane di cittadini indotti a considerare l’immigrazione come una sorta di flagello da cui difendersi solo con misure di ordine pubblico, invece che avere il coraggio di affermare come necessarie, e di cominciare a praticare, politiche di lungo periodo che mirino alle radici del problema».

In una situazione storico-politica di tal fatta, in materia d’immigrazione, stante l’architettura del sistema informativo in ambito Schengen e la natura composita delle informazioni in esso inserite, appare chiaro che «non vi possa essere automatismo tra segnalazione e provvedimento negativo dell’autorità nazionale competente; in altri termini, l’autorità di pubblica sicurezza non può limitarsi a prendere atto puramente e semplicemente dell’avvenuta segnalazione da parte di uno degli Stati firmatari della Convenzione e, su tali basi, negare la richiesta di regolarizzazione del cittadino straniero»²¹, tanto per comprendere le ragioni a fondamento della segnalazione onde poter valutare se la segna-

²¹ T.A.R. LOMBARDIA, Milano, sez. IV, sent. del 14 settembre 2012, n. 2324.

lazione medesima sia ostativa, in base alle norme interne, a regolarizzare la permanenza in Italia del cittadino straniero.

Di converso, l'articolo 10, comma 3, della Costituzione italiana recita testualmente «lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese l'esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione Italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge».

Il riconoscimento positivo di un diritto all'asilo nei moderni ordinamenti costituzionali trova la sua giustificazione logica e storica nella relatività dei valori politici²² e nell'esistenza di profonde differenziazioni politico-ideologico-istituzionali tra i diversi sistemi giuridici statuali. In alcuni di questi, infatti, il dissenso dei cittadini, singoli o associati, rispetto ai principi di organizzazione e di funzionamento cui formalmente si ispira, nelle leggi, il rispettivo Stato, non può essere manifestato in forme libere e garantite all'interno del sistema.

In correlazione e contrapposizione ai limiti e alle discriminazioni con le quali taluni Stati colpiscono categorie di loro cittadini, altri stati – proclamanti il loro *favor* alle libertà ed al conseguente pluralismo ideologico e politico – enunciano nelle loro leggi fondamentali il principio sia del privilegiato ingresso e soggiorno nel loro territorio degli stranieri, il cui *status* sia sottoposto a *deminutio* in patria, sia del conseguente riconoscimento ad essi delle libertà e dei diritti che vengono garantiti ai propri stessi cittadini'. La norma interna che ciò disponga non presuppone che lo Stato di appartenenza dello straniero dichiarati nelle proprie leggi o comunque manifesti in modo formale l'esclusione del dissenso politico, ideologico e democratico e che sottoscriva convenzioni internazionali per la tutela dei diritti e delle libertà personali.

Tale disposizione muove dall'idea della rispondenza a natura umana delle libertà garantite ai cittadini della Costituzione italiana e offre asilo in Italia a coloro che siano impediti in tali libertà nel loro Paese, nel quale non abbiano una situazione di diritto positivo o di fatto rispondente a quella ideale garantita ai cittadini della Costituzione italiana.

Anzitutto, il paragone per decidere sul diritto all'asilo va istituito tra lo *status* di fatto dello straniero e quella che secondo Costituzione spetta al cittadino italiano: ove si accerti che allo straniero sono negate libertà politiche e civili fondamentali, il diritto all'asilo resta acclarato. Poiché però questo diritto, secondo Costituzione, dipende dalla situazione di impedimento e non dal suo accertamento, allo straniero che farà richiesta d'asilo dovrà consentirsi l'ingresso e il soggiorno provvisorio in Italia.

La disposizione dell'art. 10, comma 3, poiché garantisce il solo asilo territoriale in senso stretto, non contempla in alcun modo l'asilo extraterritoriale in

²² E. GALLO, *Problematica di un profilo unitario del delitto politico nell'unificazione del diritto europeo*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Atti del IV Convegno di diritto penale (Bressanone, 1967), CEDAM, Padova 1968, pp. 347 ss.

sedi di missioni diplomatiche, nei consolati, a bordo di navi da guerra adibite all'esercizio di potestà pubblica, ecc. Tuttavia, esso trova giustificazione costituzionale nella dichiarazione dell'art. 2, secondo cui «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità».

Si impone, in tal modo, ad ogni autorità italiana o fuori dall'Italia di agire nei confronti di cittadini e stranieri conformemente alla solenne garanzia dei diritti inviolabili, tale disposizione contiene un generico invito a dare aiuto o rifugio a chi sia perseguito o perseguitato nei diritti inviolabili dell'uomo. Soprattutto, si deve ricordare che l'art. 10, comma 2, rimettendo alle leggi ordinarie di disciplinare la condizione dello straniero conforme ai trattati, consente che, sia formalmente limitata o negata la possibilità di asilo extraterritoriale, pur tendenzialmente degno di approvazione secondo l'art. 2 Cost. Ben diversamente, i poteri della legge sono delimitati dalla Costituzione, trattati e accordi fra gli Stati non varrebbero a giustificazione degli stessi limiti al diritto costituzionale.

La ragione della difficile attuazione e applicazione della garanzia costituzionale del diritto di asilo è lapalissiana: la paura verso lo straniero è un sentimento di matrice ormai sociale, che ha comportato un rallentamento e un allontanamento di rilievo umanitario dal concetto di straniero. Si configura, così, la difficoltà di attuazione del concetto sostanziale di straniero che chiede asilo, come colui il quale attiva un diritto che gli è proprio in via esclusiva, un diritto pieno ed assoluto. Una simile concezione socio-culturale della cittadinanza traspare inoltre con sufficiente chiarezza da una più larga lettura della Costituzione in chiave sistematica, a cominciare dalla circostanza, a cui si è accennato, che – come ha chiarito una oramai annosa giurisprudenza costituzionale – fondamentali diritti civili e sociali debbono essere garantiti a tutti, senza che si possano fare distinzioni tra cittadini e non cittadini (art. 2 Cost.); questa garanzia dell'uomo in quanto tale, a prescindere dalla cittadinanza, denota univocamente una società permeabile all'esterno e predisposta ad accogliere presso di sé chi proviene per origini da altri luoghi, come non potrebbe essere, invece, la società unita da fattori etnici o persino genetico-razziali di appartenenza. Com'è significativo, a proposito della maniera di percepire la cittadinanza alla stregua di un nesso unificante la società, lo stesso linguaggio più ampiamente utilizzato nella Costituzione italiana, in cui al termine “popolo” o “nazione” – il quale compare nell'art. 98, comma 1, in un'accezione sicuramente diversa da quella etnico-territoriale – si preferisce sovente il termine “repubblica”, il quale è indicativo, non di un'appartenenza bensì di una compartecipazione all'attuazione costituzionale.

Si configura, così, la difficoltà di attuazione del concetto sostanziale di straniero che chiede asilo, come colui il quale attiva un diritto che gli è proprio in via esclusiva, un diritto pieno ed assoluto.

In questo senso, l'Unione Europea potrebbe compiere un importante passo in avanti lavorando per un sistema di responsabilità e di condivisione degli

oneri, quel c.d. processo di armonizzazione, tanto decantato nel Trattato di Maastricht prima, e nel Trattato di Lisbona poi, in modo da essere in grado di assistere meglio i Paesi in via di sviluppo e più colpiti dal fenomeno della violazione dei diritti umani, causa fondamentale dell'immigrazione.

Tant'è vero che, nel 1999, al summit di Tampere, i capi di Stato e di governo si sono dichiarati determinati a fare dell'Unione Europea «uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia sfruttando pienamente le possibilità offerte dal Trattato di Amsterdam», affermando che la possibilità di avere la libertà di circolare liberamente in tutta l'Unione non doveva essere una prerogativa riservata ai cittadini comunitari, bensì che l'Unione voleva essere «aperta e sicura, totalmente rispettosa degli obblighi della Convenzione di Ginevra riguardo ai rifugiati e capace di rispondere ai bisogni umanitari sulla base della solidarietà e che, pertanto, era necessario promuovere l'integrazione nelle nostre società delle persone originarie da Paesi terzi che risiedono legalmente nell'Unione».

Dunque, quando si ragiona intorno alla grande questione dell'immigrazione, immediatamente ci si ritrova a discutere di due grandi questioni: quella dell'integrazione e quella della sicurezza, dove spesso i due termini sono usati in maniera impropria, a volte, anche semplicistica o ideologica.

I due aspetti sono strettamente connessi, ma nonostante ciò si tende a metterli in opposizione l'un con l'altro, mentre la vera grande questione è quella di riuscire a costruire dei percorsi culturali, politici sociali ed economici che comprendano e tengano insieme le due differenti istanze. Non può esservi integrazione senza sicurezza. Oggi, in Italia vivono circa 4,5 milioni di stranieri che hanno un lavoro, una casa e pagano delle tasse; l'anno scolastico ci dice di circa 600 mila bambini frequentanti le nostre scuole. Ma per superare il contrasto tra integrazione e sicurezza è necessario un lavoro articolato, con un *mix* di leggi, risorse economiche, buone prassi e collaborazione fra i vari attori (forze politiche, sociali, dell'ordine, giudiziarie). Solo una cooperazione piena e una visione ampia può permettere di superare il *gap* che si crea fra l'immigrazione vissuta, quella raccontata e quella paventata e favorire di meccanismi che creino sicurezza per tutti.

Nel concreto significa, in primo luogo, leggi, ma anche prassi in cui sia chiara la certezza del diritto e la chiarezza dei doveri. Non esiste un diritto che riguardi una tal parte, così come gli obblighi, i quali non sono solo per i migranti, ma esistono degli obblighi che riguardano anche chi accoglie. Tutti i dati ci dicono che gli immigrati regolari hanno generalmente un alto tasso d'interesse ad integrarsi: a tal fine occorre promuovere una effettiva parità dei cittadini, immigrati con autoctoni, ed è ormai evidente che la partecipazione alla vita sociale e civile è forte incentivo all'integrazione. La cittadinanza non è un premio, bensì la metafora di un normale e quotidiano cammino verso l'appartenenza ad una comunità politica, che accomuna per il sentimento di condivisione e destino comune.

L'avvocato tra libertà e liberalizzazioni: uno sguardo comparativo alla situazione ungherese

Serena Tomasi

Introduzione

L'intento di questo contributo è quello di condividere un resoconto e di riflettere sulle attuali vicissitudini della "professione" dell'avvocato attraverso il prisma del raffronto con la situazione vigente in altri ordinamenti.

L'occasione è scaturita da un convegno sulla metodologia forense nel quale studiosi accademici e avvocati di vaglia si sono confrontati sul tema della natura dei discorsi che hanno luogo nel processo e sulla loro forma argomentativa: si tratta della XII Edizione delle Giornate Tridentine di Retorica, organizzate dal CERMEG, che nello scorso mese di giugno 2012 ha riunito personalità internazionali costruendo un ponte per la comunicazione fra esperienze di differenti Paesi¹. L'Ungheria era rappresentata dal prof. Janos Frivaldszky, direttore del Dipartimento giuridico all'Università Cattolica Pazmany Péter di Budapest: con lui è scaturita una fitta corrispondenza su temi di comune interesse nel corso della quale egli ci ha trasmesso per la pubblicazione un saggio sulle condizioni di esercizio della professione di avvocato in Ungheria dopo il recente cambio di governo. L'autore dell'articolo che segue, intitolato *Actual Position of Hungarian Attorneys at Law* è un avvocato di Budapest, il dott. Patyi Gergely: egli fornisce un preciso resoconto, completo di dati aggiornati, che consente di volgere lo sguardo all'Europa centro orientale per confrontare lo stato della professione forense nell'ambito di quello che "dovrebbe essere" l'unico macrocontesto dell'Unione Europea.

Di questo documento, e dei suoi dati, intendo ora presentare una traduzione in lingua italiana, dichiarando ogni cura, ad onore del compito di interprete, per la conformità al dato letterale e, soprattutto, allo spirito del testo. Per tale motivo è doveroso precisare che, in taluni luoghi, la scarna struttura linguistica ha reso necessario un intervento sulla forma, senza che questo abbia tuttavia in alcun modo toccato la sostanza del pensiero dell'autore.

Prima di procedere con l'esposizione, vale la pena di chiarire alcune premesse sottintese nel testo la cui conoscenza è essenziale per il corretto inquadramento della situazione magiara.

¹ Per conoscere i lavori del Convegno, è possibile consultare il sito web: www.cermeg.it e l'Archivio Video della Facoltà di Giurisprudenza di Trento, all'indirizzo URL <http://www.jus.unitn.it/services/arc/2012/0607ii/home.html> (consultato il 27 novembre 2012).

Gergely, infatti, descrive lo stato del sistema forense in un periodo particolare, cioè a seguito del cambio di regime politico in Ungheria, dopo la vittoria alle urne nel 2010 di Victor Orban. Il primo Ministro ungherese, di formazione liberale, passato alle cronache, anche nazionali, per la sua posizione dichiaratamente anti-globalista e vindice dell'identità nazionale, leader del partito *Fidesz*, ha avviato nel Paese profonde riforme legislative in materie sensibili, in punto di elezioni, stampa, cittadinanza ed economia. Durante la sua seconda legislatura è stata scritta ed approvata una nuova Costituzione, entrata in vigore il 1° gennaio del 2012. La sua politica orientata al ritorno dello Stato nazionale nel controllo dell'economia e alla formazione di un capitalismo nazionale (spesso in collisione con gli orientamenti comunitari), ha inciso sulle libere professioni come quella forense.

Questo dato sociale e storico-politico va completato con menzione alla attuale crisi finanziaria ed economica. Gli indicatori economici rappresentano un Paese in grave sofferenza: titoli di stato declassati a *junk bonds*, alto livello di indebitamento pubblico (sino all'81%), bassa crescita, dichiarata tensione con la *governance* europea.

Questo è il contesto di azione degli avvocati del quale Gergely, con approccio descrittivistico, ci rende partecipi. Il saggio che segue è frutto delle sue osservazioni.

La situazione attuale degli avvocati in Ungheria *di Patyi Gergely, Avvocato in Budapest*

Con il cambio di regime impresso nel 2011, la Corte Costituzionale ungherese ha rideterminato i confini di accesso alla professione forense. Ad un modello chiuso, con forti limitazioni di ingresso, anche di ordine amministrativo, è seguita una regolamentazione che configura un vero e proprio diritto soggettivo ad essere avvocato in presenza dei requisiti di legge. Il numero di avvocati, prima limitato per via di rigide restrizioni, oggi è aumentato esponenzialmente assieme al numero di controversie, ponendo all'immediata evidenza due problemi: uno qualitativo e uno quantitativo. Qualitativamente, la liberalizzazione della professione ha determinato l'accesso all'ordine professionale di un crescente numero di aspiranti avvocati ed ha reso impraticabile quel modello, prima vigente, che si rivolgeva a pochi e che esercitava su di essi uno «stato di influenza» per via diretta e personale. L'esito ultimo è la mancanza di un controllo di competenza e professionalità degli iscritti all'albo. Quantitativamente, sussiste una pratica emergenza di ordine economico: mancano infatti i mezzi adeguati di sussistenza per consentire di esercitare la professione e di vivere in condizioni dignitose.

Il cambio di regime ha accentuato una tendenza già nota da una decina di anni, gravida di conseguenze per lo *status* dell'avvocato. Con il XXI secolo gli ordini professionali delle contee ungheresi registrano un dato empirico inequivoco: il crescente numero di aspiranti alla pratica forense. Ma la crisi economica nel 2009 ha reso manifesta l'impraticabilità di questo *trend*. La quantità

di avvocati ha raggiunto una «massa critica» che richiede interventi positivi di regolamentazione².

La associazione nazionale forense, in occasione dell'assemblea plenaria degli associati, ha assunto l'obiettivo di introdurre meccanismi preventivi volti a rallentare l'ulteriore crescita, nella consapevolezza che l'avvocato è inserito nel sistema giuridico in duplice qualità, quale *prodotto* e quale *produttore*. L'avvocato, nella sua attuale fisionomia, è il prodotto del sistema giuridico-universitario-giudiziario, ma allo stesso tempo egli è produttore di soluzioni giuridiche: ciò causa un ciclo vizioso per il quale la preparazione universitaria e la pratica professionale forniscono una formazione inadeguata che si riverbera sulle concrete modalità di prestazione di consulenza ed assistenza tecnica, con pregiudizio per i cittadini che si rivolgono al patrocinatore ricercando la giustizia del processo. Non tutti gli avvocati che si fregiano di questo titolo sono in grado di assicurare un servizio che incontri le attese dei cittadini: il titolo professionale, insomma, non assicura più la serietà e la competenza del responso al cliente.

A supporto di queste considerazioni, appare opportuno fornire alcuni significativi dati numerici.

La associazione nazionale forense ungherese conta circa 13.600 avvocati, dei quali quelli esercitanti la professione fuori la capitale sono soltanto 5.000. L'ordine professionale di Budapest raccoglie più avvocati di quelli degli altri ordini comitali del Paese: perciò il caso di Budapest verrà assunto a rappresentazione dei processi dell'intero Paese³.

Anzitutto, il numero degli iscritti all'ordine di Budapest risulta in crescita dal 2008 ad oggi: nel 2008, di 415 iscritti; nel 2009, di 383; nel 2010, di 450. La tabella che segue riporta i dati del 2011.

Tabella 1. <i>Isritti all'ordine degli Avvocati di Budapest.</i>							
Numero	Tot.	F	M	Interruzioni	Malattia	Sospensione	In esercizio
Avvocati	6482	2960	3522	848	0	13	5523
Praticanti avvocati	215	158	57	0	11	0	204
Consulenti legali stranieri	22	3	19	0	0	0	22
EU Community jurists	137	17	120	4	0	0	130
Avvocati dipendenti	1733	1035	698	0	45	0	1688
Totale:	8589	4173	4416	852	56	13	7570

Lo schema riporta gli iscritti all'ordine degli avvocati di Budapest distinguendo le diverse figure ad esso afferenti: avvocato, praticante, avvocato dipen-

² H. GÁBOR, *Critical mass*, in *Ügyvédek Lapja*, 4/2010, pp. 30-31 [Nota dell'autore].

³ Si vedano anche le informazioni disponibili in lingua italiana in www.bpugyvedikamara.hu (consultato il 27 novembre 2012) [Nota del curatore].

dente, giurista della comunità europea, consigliere legale straniero⁴. Gli iscritti all'ordine nel complesso sono 8589, in esercizio 7570.

Demograficamente, il 35% degli avvocati di Budapest ha più di cinquant'anni di età: sta aumentando l'affluenza all'ordine di giovani avvocati.

Età media	Donne		Uomini		Totale		Sotto 50 anni
Fino a 30	110	45%	132	55%	242	4%	3568 65%
31-35	627	54%	524	46%	1151	21%	
36-40	616	61%	395	39%	1011	18%	
41-45	413	59%	284	41%	697	13%	
46-50	260	56%	207	44%	467	8%	
51-60	539	50%	541	50%	1080	20%	Sopra 50 anni
61-70	397	60%	265	40%	662	12%	1955 35%
71-80	106	66%	55	34%	161	3%	
81-90	45	90%	5	10%	50	1%	
90 anni	1	50%	1	50%	2	0%	
Totale	3114	56%	2409	44%	5523	100%	

La tabella successiva rappresenta la struttura organizzativa della professione forense: ben l'89,2% degli avvocati esercita la professione individualmente (*one-man practice*). Praticamente insignificante è invece il numero di studi legali con più di dieci membri.

Struttura	Numero	%
Totale	5495	100,0
Studi legali	593	10,8
Studi legali a responsabilità unica	2637	48,0
Singoli avvocati	2265	41,2
<i>One-man practices</i> , in totale	4902	89,2

Studi legali: composizione	Persone
1-5 componenti	560
6-10 componenti	19
11-15 componenti	6
Più di 15 componenti	4

⁴ Si rimanda *infra* agli approfondimenti segnalati nelle note [Nota del curatore].

Alla luce di questi risultati, la professione di avvocato appare contrassegnata da una dinamica inversamente proporzionale in termini di quantità/qualità: alla crescita del numero dei professionisti corrisponde un decremento della qualità professionale della categoria forense.

A mio avviso sono ravvisabili due vie d'uscita.

La prima soluzione riguarda la *form of practice*: la predilezione per un sistema di professionisti solitari, individui indipendenti, espone i medesimi ai rischi della volubilità economica. L'organizzazione professionale in forma di associazione consentirebbe, invece, di unire i guadagni e di sopportare le perdite che, se gravanti sul singolo, più indifeso, possono portare alla cessazione forzata dell'attività.

La seconda via riguarda l'*education*: la responsabilità del decadimento della categoria va imputata al percorso formativo, a partire dall'università. La relativa economicità delle tasse universitarie consente un accesso indiscriminato alle facoltà di giurisprudenza, le quali non attuerebbero una rigida selezione. A rimedio del grave scopenso formativo, gioverebbe potenziare gli incontri di aggiornamento professionale e formazione continua, favorendone la frequenza con tasse di iscrizione agevolate o comunque ridotte.

Considerazioni finali del curatore

La lettura degli schemi di Gergely richiede alcune notizie sulla formazione giuridica ungherese e sulla qualificazione professionale dei giuristi post laurea⁵.

Sia pur per sommaria ricognizione, valga sapere che in Ungheria il corso di laurea in Giurisprudenza risulta articolato in nove semestri a conclusione dei quali i giuristi che hanno superato l'esame di stato sono abilitati quali dottori in giurisprudenza. Chi intende esercitare la professione di avvocato deve svolgere un praticantato della durata di tre anni: il praticante viene assunto dal titolare dello studio legale con contratto di lavoro dipendente. Il professionista affidatario assume l'obbligo contrattuale di provvedere all'addestramento teorico e pratico del praticante formandolo all'esercizio e alla gestione della professione. Durante il tirocinio, il praticante non può patrocinare individualmente né avere propri clienti ma svolge le attività indicate dall'avvocato, sotto la sua supervisione. Al termine della pratica forense è previsto un esame, orale e scritto, di abilitazione: la professione di avvocato può essere esercitata subordinatamente all'iscrizione all'ordine e al giuramento di avvocato. Quanto ai requisiti per l'iscrizione all'ordine, gli avvocati devono dimostrare: la cittadinanza di uno Stato membro dello spazio economico europeo, l'assenza di precedenti penali, il possesso di diploma universitario di diritto e il superamento dell'esame pro-

⁵ Per ulteriori indicazioni, cfr. la descrizione della rete giudiziaria europea fornita dal sito ufficiale http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_prof/legal_prof_hun_it.htm (consultato il 27 novembre 2012).

fessionale ungherese di diritto, la stipula dell'assicurazione di responsabilità e la disponibilità di locali idonei.

Sono altresì chiamati a notificare la propria attività all'ordine degli Avvocati competente per luogo gli avvocati degli Stati membri dell'UE: essi possono prestare la propria attività di consulenza giuridica in forza del titolo conseguito nel Paese di origine; possono esercitare la professione di avvocati dimostrando la loro esperienza e conoscenza del diritto ungherese e della terminologia legale nel corso di un'audizione *ad hoc* presso l'ordine degli avvocati. Un avvocato della Comunità europea iscritto all'ordine ha diritto di utilizzare il titolo professionale di avvocato ed è soggetto alle stesse norme degli avvocati ungheresi.

I consulenti legali stranieri, provenienti cioè dai territori extracomunitari, prestano attività di consulenza giuridica nelle controversie connesse al diritto dei Paesi di origine o al diritto internazionale.

Per quanto riguarda gli avvocati, essi vengono distinti in due categorie: gli avvocati e gli avvocati-dipendenti. I primi svolgono la professione forense in piena autonomia e indipendenza, senza vincolo di servizio o subordinazione. Il loro compenso è oggetto del libero accordo con l'assistito; l'onorario è regolamentato solo nei casi in cui è nominato in qualità di difensore d'ufficio in un procedimento giudiziario. I secondi svolgono invece la loro attività alle dipendenze di un altro avvocato o di uno studio legale, forniscono consulenza legale, preparano atti e contratti, partecipano alla organizzazione dello studio professionale senza potere di controfirma, sempre alle dipendenze altrui. La loro retribuzione è fissata sulla base della normativa in materia di impiego.

Chiariti questi profili, credo che il confronto con l'esperienza ungherese descritta da Gergely porti immediatamente l'italico avvocato a ritrovarsi per molti aspetti: il numero crescente di coloro che adiscono la professione; la burocratizzazione dell'associazione professionale, degenerata in un ente distaccato e lontano, più prossimo ad una corporazione costituita a baluardo degli interessi, pur legittimi, di categoria; le difficoltà economiche degli esordienti e del quadro sociale; l'esigenza del professionista di qualificarsi, se non anche di affermarsi per specializzazione; l'impulso a organizzarsi in forme diverse da quelle dello studio legale individuale⁶.

La regolamentazione della professione nella pianura pannonica appare peraltro conforme alla prassi vivente e, rispetto alla nazionale situazione, più garantista: a primo acchito stupisce la naturalezza della distinzione tra avvocato ed avvocato-dipendente. Per quanti pensano all'avvocato nella sua letterale configurazione, nominare un avvocato quale dipendente equivale a poco meno di un turpiloquio. L'*advocatus* è colui che è stato *vocatus ad*, chiamato

⁶ Sulle sfide dell'avvocato e sull'esigenza di evitare l'appiattimento della professionalità sulle mere esigenze del mercato, cfr. A. MARIANI MARINI, *Agli antipodi dell'Azzecagarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, Jovene, Napoli 2009.

in soccorso, colui del quale ci si fida ed al quale ci si affida personalmente, per proprie virtù⁷. Ma che fine fa questo rapporto stretto, personalissimo, di fiducia laddove l'avvocato si avvalga di dipendenti? Vale la proprietà transitiva per ricadute conseguenti sugli intermediari gerarchici? E per l'inverso: può l'avvocato-dipendente fregiarsi dell'epiteto di patrocinatore? Orbene, colui che dà il patrocino, è un *patronus*, garantisce la sua protezione come un *pater*, tanto che, per la sua funzione, si presta ad essere massimamente rispettato ed onorato. Ma se l'avvocato dipendente è invisibile, per sua natura non ha nome proprio, ma assume unicamente quello dello studio legale: è innominabile, inaccessibile e inesprimibile. Eppure, per quanto stordente, questo fenomeno è frequente ed attestato nella prassi degli studi professionali ove operano (spesso, giovani) avvocati, preparati ed addestrati per essere produttivi *ghostwriters* di pareri, atti e contratti, senza essere mai menzionati. Essi sono di fatto dei dipendenti: non ricevono il loro compenso dai clienti del processo, che spesso non conoscono neppure di persona, ma dai loro *domini*. A dispetto dei cugini ungheresi, essi però sono privi delle garanzie proprie del rapporto di lavoro subordinato: in Ungheria ciò non avviene poiché con fotografico realismo si trattano giuridicamente in modo diverso situazioni giuridiche diverse, nominandole adeguatamente.

Minimo comun denominatore, tanto qui quanto nella Mitteleuropa, è l'esigenza di formazione professionale qualificante' Il senso di queste osservazioni mi pare massimamente orientato a indicare l'opportunità di un appropriato piano formativo, capace di colmare le lacune educative e di fondare autenticamente l'*ethos* dell'avvocato⁸. "Formare" è operazione ben diversa dall'"informare". La partecipazione ad un programma di aggiornamento seminariale o di altro genere non può essere sostenuta solo da un obbligo burocratico di

⁷ Vale sul ruolo dell'*ad-vocatus* il richiamo al modello processuale costruito teoricamente da Maurizio Manzin sotto la suggestiva formula OLD (acronimo di Ontologia, Logica e Deontologia): riconosciuta la natura eminentemente processuale del diritto, e dimostrata dialetticamente l'originarietà della controversia, il filosofo assume che accanto ad una dimensione logica, il contraddittorio processuale abbia anche una valenza deontologica, implicante un modello di pratica per le parti processuali (gli avvocati) e per il giudice. Egli nota che «il neustico del 111 Cost. adombrerebbe, allora, un richiamo a valori destinati ad ispirare, nell'ambito stesso della professione giuridica, una deontologia il cui contenuto andrà a sostanziarsi nell'apprestamento di procedure logiche e rituali che siano effettivamente in grado di assicurare il contraddittorio secondo le direttive esposte nel frastico della norma costituzionale». Così, M. MANZIN, *In principio era il contraddittorio*, in *La giustizia penale*, 51/2010, pp. 397-406.

⁸ Sul tema si veda ancora M. MANZIN, *La formazione dei formatori. Come s'insegna nel "ginnasio forense"*, in *Tigor. Rivista di scienze della comunicazione*, suppl. al n. 1/2010 (i numeri della rivista sono disponibili all'URL: <http://www.rivistatigor.scfor.units.it>, consultato il 27.11.12). Per un approfondimento dei rapporti tra teoria del diritto e deontologia forense, v. più ampiamente M. MANZIN - P. MORO, *Retorica e deontologia forense*, Giuffrè, Milano 2010.

collezionare dei crediti, ma deve essere motivata dalla coscienza del valore deontologico. Così, parimenti, ponendosi dal lato opposto a quello dell'avvocato fruitore, chi impartisce la formazione non può limitarsi ad assumere l'obiettivo di fornire nozioni o informazioni, ma deve saper interpretare l'istanza deontologica, cioè introdurre e stimolare la domanda sul fondamento della attività specifica e fornire un modello per la pratica. Questo perché l'avvocato non deve dimenticare la sua antichissima origine e la sua (lo si dica senza remore) nobile funzione sociale⁹: nonostante i tempi impongano un ripensamento della struttura organizzativa degli studi legali e richiedano accorgimenti particolari (fiscali, previdenziali e finanche contrattuali), sempre vivo deve essere in chi esercita la professione, indipendentemente o dipendentemente, l'esempio del buon avvocato (*vir bonus dicendi peritus*) che ci ha preceduto nelle forme ideali di derivazione classica¹⁰, onorando quotidianamente le aule dei tribunali con serietà, competenza e rettitudine¹¹.

⁹ La dimenticanza del fondamento porta inevitabilmente ad una forma di "cinismo giudiziario": così M. MANZIN, *L'ordine infranto. Ambiguità e limiti delle narrazioni formali nel diritto dell'età post-moderna*, in *Tigor. Rivista di scienze della comunicazione*, 1/2009, pp. 31-41 (disponibile in formato.pdf all'URL <http://hdl.handle.net/1007/3188>, consultato il 27 novembre 2012), anche in *Rassegna degli avvocati italiani*, 2/2009, pp. 42-54.

¹⁰ V.F. PUPPO, *Il fondamento dell'etica professionale*, in *Cultura e diritti. Per una formazione giuridica*, 3/2012, pp. 73-82.

¹¹ Sul ruolo della cultura nella società (professionale) di oggi e sui caratteri di "nobiltà" richiesti ad un professionista, v. G. ALPA, *Paolo Grossi*, Laterza, Roma-Bari 2011.

Etica e responsabilità sociale dell'avvocato inglese nel quadro delle recenti riforme deontologiche

Lorenza Maria Villa

Le norme deontologiche disciplinanti l'attività della professione forense inglese – con particolare riferimento ai *Solicitors* e alle *Law Firm* – sono state oggetto di una continua revisione dal 2007 ad oggi. Prima di tale data se, da una parte, non sussisteva alcun dubbio circa l'obbligatorietà delle norme contenute nelle *Solicitors' Practice Rules* del 1990, non si poteva dall'altra affermare di trovarsi di fronte a un complesso di norme unitario stante il copioso numero di integrazioni succedutesi negli anni e sulla cui efficacia obbligatoria sussistevano perplessità, trattandosi essenzialmente di linee guida. Queste considerazioni, unitamente alla pubblicazione del *Clementi Report* e all'inizio dei lavori parlamentari che avrebbero portato all'emanazione nel 2007 del *Legal Services Act*, diedero il via a un imponente lavoro di revisione e razionalizzazione della normativa allora vigente con la pubblicazione nel 2007 di un Codice deontologico unitario, integrato da specifiche norme disciplinari e di gestione delle *Law Firm*.

Anche se il riferito *corpus* normativo risultava conforme alle previsioni di legge già nella prima edizione del 2007, l'opera di revisione e di aggiornamento della materia deontologica è stata ulteriormente proseguita e sviluppata attraverso due successivi rilevanti interventi, che hanno portato ad altrettante riedizioni del *Code* nel 2009 e nel 2011, contenenti disposizioni atte a vincolare non solo i singoli professionisti, ma anche chiunque operi nel più vasto ambito della professione legale. Si è così addivenuti a un *corpus* normativo onnicomprensivo, coordinato e unitario che – se ancora nel 2009 presentava una impostazione tendenzialmente tradizionale – nell'ultima edizione, entrata in vigore nell'ottobre del 2011, sviluppa le tematiche di fondo del “*risk management*” applicato alla professione legale e del servizio al cliente, assunto quale consumatore, finalizzandole alla necessità di preservare la fiducia della società nei confronti della classe forense a tutela della società stessa e del più generale diritto di accesso alla giustizia.

Se quanto sopra appare chiaramente espresso già nel Codice del 2009, laddove nella prefazione si afferma la necessità di «aver sempre presente l'interesse pubblico oltre a quello dei clienti»¹, il concetto viene ulteriormente sviluppato nel 2011 con la pubblicazione di un'opera dalla struttura sostanzialmente rinnovata.

¹ *Solicitors' Code of Conduct* 2007, *The Law Society Publishing*, giugno 2009, p. VII.

Di fatto, in precedenza, il *Solicitors' Code of Conduct* costituiva una pubblicazione a se stante, integrata da linee guida e da altre pubblicazioni a valenza regolamentare, ognuna disciplinante differenti aspetti della professione forense.

Nel 2011 questo consistente *corpus* normativo viene aggregato in un'unica pubblicazione – lo *SRA Handbook* – recante in apertura la proclamazione dei dieci principi fondamentali posti alla base dell'esercizio dell'attività legale, in qualsiasi forma essa venga posta in essere e da chiunque esercitata:

- osservare la legge e favorire una corretta amministrazione della giustizia;
- agire con integrità;
- non permettere che la propria indipendenza venga in alcun modo pregiudicata;
- agire nel migliore interesse di ogni singolo cliente;
- fornire un adeguato livello di prestazioni ai propri clienti;
- comportarsi in modo tale da preservare l'affidamento e la fiducia riposta dalla società nel singolo professionista e nell'attività legale latamente intesa;
- adempiere ai doveri derivanti dall'esercizio della professione forense e rapportarsi agli organismi di controllo in modo trasparente, collaborativo e puntuale;
- gestire la propria attività o, comunque, espletare il proprio ruolo con efficienza e in osservanza delle norme vigenti in materia, con particolare riferimento alle regole di gestione finanziaria e di gestione del rischio;
- gestire la propria attività o, comunque, espletare il proprio ruolo attuando le pari opportunità e con rispetto per la diversità;
- aver cura e proteggere i soldi e il patrimonio dei propri clienti.

La successiva sezione (B) ospita un nuovo *Code of conduct* con una sostituzione dei rigidi precetti comportamentali del passato con l'enunciazione di risultati da raggiungere, secondo le modalità ritenute più opportune avuto riguardo al caso concreto, affinché la tutela degli interessi del cliente e della società possa dirsi realizzata.

Ancora una volta, nell'*incipit* della sezione B, vengono ribaditi e riportati i dieci principi fondamentali da ritenersi quale «punto di partenza laddove insorga un qualsiasi dubbio di natura etica»².

L'enucleazione di tali principi si pone come punto di arrivo e di compiuta maturazione di una elaborazione teorica già presente nell'edizione del 2009, significativamente coeva al Trattato di Lisbona e pienamente recettiva delle prescrizioni di cui al Preambolo del Codice di Deontologia degli Avvocati Europei; Preambolo che, al punto 1.1, illustra la missione dell'avvocato in una «società fondata sul rispetto della giustizia» derivandone «una serie di doveri e di obblighi [...] verso il cliente, i tribunali e le altre autorità davanti alle quali l'avvocato difende o assiste il cliente, la professione in generale e ciascun collega in par-

² *SRA Handbook*, cit., Sez. A, 2.1., p. 4.

ticolare, la società per la quale una professione liberale e indipendente, legata dal rispetto delle regole che essa stessa si è data, è un mezzo essenziale per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato e degli altri poteri».

Pur potendosi rilevare che, nelle prescrizioni etiche inglesi, il concetto di responsabilità civile dell'avvocato non viene mai espressamente richiamato o menzionato, un più attento esame delle stesse non può che confermare come tale nozione le pervada e ne costituisca l'essenza, a sua volta corroborata e integrata da un sano senso di corporativismo.

L'analisi può essere condotta a livello sia formale che sostanziale. Da un punto di vista formale-strutturale si può innanzitutto notare che tanto nell'elenicare i doveri fondamentali dell'avvocato (2007-2009) quanto nell'enunciazione dei dieci principi fondamentali il dovere di agire nell'interesse della giustizia e nel rispetto della legge, il dovere di integrità e il dovere di indipendenza vengono collocati sistematicamente prima del dovere di agire nell'interesse del cliente ed enunciati nei rispettivi preamboli.

Sotto il profilo sostanziale, invece e con particolare riferimento all'edizione del 2011, al richiamo dei suddetti principi si accompagnano linee guida e note esplicative con una significativa precisazione di apertura (comune a tutte le edizioni) per cui «laddove due o più Principi entrino in conflitto, dovrà essere fatto prevalere il Principio più funzionale alla tutela del pubblico interesse, avuto riguardo al caso concreto e, in particolar modo, alla tutela dell'interesse pubblico a una corretta amministrazione della giustizia». La tematica della tutela dell'affidamento sociale viene ulteriormente sviluppata in relazione all'enunciato Principio n. 5 (Dovere di fornire un adeguato livello di prestazioni ai propri clienti) con la precisazione che «la società deve sempre poter confidare nel professionista»³ ed estensione del relativo precetto anche alla vita privata dello stesso. Previo avvertimento che «qualsiasi comportamento, pertinente o meno all'esercizio dell'attività professionale, che possa contribuire a diminuire tale affidamento non solo danneggia il professionista ma altresì impedisce alla classe forense di rendere il dovuto servizio alla società», di particolare rilevanza ai fini che qui interessano appaiono le norme regolanti i rapporti con i terzi, la cui osservanza viene indicata come obbligatoria anche in ambito extra-professionale. Divieto di trarre un indebito vantaggio in danno a terze parti, dovere di adempiere puntualmente alle obbligazioni assunte (anche in nome e per conto del proprio cliente), dovere di verità e di lealtà, divieto di utilizzare il proprio *status* o la propria qualifica personale al fine di trarre un ingiusto vantaggio o di perseguire interessi personali in danno a terzi.

Il tema della responsabilità sociale dell'avvocato trova, poi, ulteriore sviluppo nelle norme relative alle pari opportunità e al trattamento della diversità, conformemente ai doveri fondamentali di cui alle edizioni del 2007 e del 2009

³ *SRA Handbook*, cit., Sez. A-2.10, p. 5.

e al Principio n. 9, edizione 2011. Il dovere di rispetto delle diversità e il divieto di discriminazione vengono intesi in senso generale sia rapporti con i clienti sia nei confronti dei terzi con espresso rinvio ad ogni norma di legge pertinente e, in particolare, all'*Equality Act del 2010*. Per quanto attiene ai rapporti con il cliente, le prescrizioni generali del 2011 si concretano nell'indicazione di specifici obiettivi quali:

- divieto di discriminare senza giustificato motivo o perseguitare o molestare chiunque nell'esercizio della propria attività professionale;
- dovere di prestare la propria attività a favore dei clienti rispettando le diversità;
- dovere di provvedere in modo tale che clienti, dipendenti e dirigenti disabili non siano posti in condizioni di svantaggio rispetto agli altri senza alcun aggravio di costi a carico delle persone disabili;
- dovere di selezionare il personale secondo criteri paritetici e nel rispetto delle singole diversità.

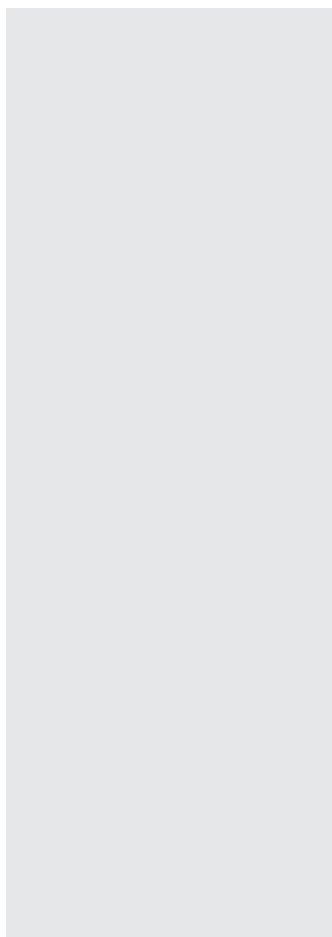
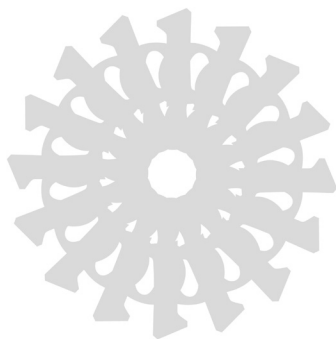
Comportamenti in violazione dei predetti principi o, meglio, il mancato raggiungimento dei predetti obiettivi nella realtà della pratica professionale, costituisce un illecito disciplinare sanzionabile a tutti gli effetti. In particolare, le linee guida del *Solicitors' Code of Conduct 2007-2009*, evidenziavano la necessità di agire in prevenzione nella consapevolezza che le prescrizioni dettate in materia dalle norme disciplinari, pur traendo origine dalle vigenti norme di legge e nonostante il rimando a queste, non limitavano la loro operatività ai soli casi statutariamente previsti ma erano intese estendere i loro effetti al di là del dato normativo, in ogni situazione potenzialmente rilevante (età, *status* del lavoratore, sesso, razza, religione, orientamento sessuale, anzianità di servizio, problemi connessi alla maternità e/o alla paternità) e sempre nel rispetto dei principi sanciti dallo *Human Rights Act* del 1998.

Approfondendo ulteriormente la tematica trattata, nelle stesse linee guida venivano date le definizioni per i concetti di “persecuzione” e “molestie”, intendendosi – quanto al primo termine – ogni situazione di trattamento meno favorevole riservato a chi abbia fatto valere un proprio diritto in relazione alle questioni attinenti situazioni di potenziale discriminazione. Quanto, invece, al termine “molestie”, le stesse venivano fatte coincidere con condotte indesiderate e aventi il solo scopo di intimidire, degradare, umiliare o, comunque, di creare un ambiente lesivo della dignità umana. Veniva infine delineato il criterio a cui attenersi nel giudizio circa la sussistenza di una condotta effettivamente molesta, individuando la stessa in ogni situazione in cui – a seguito di un comportamento tacito o esplicito, doloso ovvero anche meramente colposo – fossero derivati gli effetti tipici di tale condotta.

L'immanenza del concetto di responsabilità civile dell'avvocato risulta infine anche dalle norme regolanti i rapporti con le Corti di giustizia e, più in generale, con la magistratura. In ossequio ai Principi fondamentali enunciati in apertura, il *Solicitor* patrocinante in giudizio sarà chiamato non solo al rispetto

dei tradizionali doveri di correttezza, lealtà e riservatezza, ma anche a far sì che un eguale contegno venga tenuto dal proprio assistito, arrivando alla rinuncia al mandato difensivo nel caso in cui ci si accorga che quest'ultimo «abbia commesso spergiuro, ingannato o tentato di ingannare i giudici su fatti sostanziali, salvo il cliente non consenta di rivelare la verità».

APPROFONDIMENTI



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

Parte terza

Paolo Doria

Il problema del risarcimento del danno in ambito familiare

Non è questa la sede per un puntuale esame della tutela risarcitoria intrafamiliare, rimandando per maggiori approfondimenti ai contributi indicati nelle note bibliografiche. Ci si limita, pertanto, a brevi cenni sul tema.

La questione del risarcimento del danno in ambito familiare¹ in seguito alla violazione dei doveri e degli obblighi coniugali è relativamente recente, perché per molti anni si è ritenuto che l'istituto della responsabilità aquiliana non fosse applicabile al diritto di famiglia². In particolare, l'impostazione tradizionale

¹ S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 1984; G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, IPSOA, Milano 2004; Id., *L'ingiustizia del danno nelle relazioni familiari*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 1245 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, CEDAM, Padova 2010, I, p. 153; *Violazione dei doveri nascenti dal matrimonio e responsabilità aquiliana, con particolare riferimento alla risarcibilità del danno patrimoniale*, in *Diritto e formazione*, 3/2006, pp. 422 ss., G. MECCA, *Responsabilità per violazione dei doveri familiari e risarcimento del danno*, in *Studium Juris*, 7-8/2008, pp. 811 ss.; G. RAMACCIONI, *L'applicazione dei principi della responsabilità civile nell'ambito delle relazioni familiari: la recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Diritto e formazione*, 3/2009, pp. 450 ss.; P. CORDER, *Il figlio minore, privato degli incontri con il padre, ha diritto al risarcimento del danno*, in *Corriere merito*, 2008, p. 553; C. DI FRANCO, *La responsabilità aquiliana nelle relazioni familiari*, in *La responsabilità civile*, 166/2008; L. BOCCADAMO, *Torto endofamiliare e risarcibilità del danno esistenziale per violazione dei doveri coniugali: una duplice conferma*, in *La responsabilità civile*, 2008, p. 616; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, CEDAM, Padova 2011, pp. 367 ss.; A. THIENE, in A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, CEDAM, Padova 2011, pp. 1487 ss.; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino 2011, pp. 61 ss.; M. PARRINELLO, in L. BALESTRA (a cura di) *Commentario del codice civile. Della famiglia*, Utet, Torino 2010, vol. I, pp. 625 ss.; L. LENTI, in G. FERRANDO - L. LENTI (a cura di), *La separazione personale dei coniugi*, CEDAM, Padova 2011, pp. 571 ss.; G. CONTIERO, *I doveri coniugali e la loro violazione. L'addebito e il risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano 2012, pp. 182 ss.; F. MACARIO, in S. PATTI - M.G. CUBEDDU (a cura di), *Diritto della famiglia*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 136-138.

² Si è parlato di una sorta di immunità per gli illeciti compiuti nell'ambito dei rapporti di famiglia: G. ALPA - M. BESSONE - V. CARONE, *Atipicità dell'illecito*, I, *Persone e rapporti familiari*, Giuffrè, Milano 1993, p. 274.

riteneva che i diritti intrafamiliari non fossero caratterizzati dalla patrimonialità³, né l'adempimento dei doveri coniugali fosse generalmente suscettibile di esecuzione coattiva, perché avrebbe determinato una coartazione della libertà personale⁴; si eccipiva anche nello stesso senso che l'eventuale violazione dei doveri familiari comportasse gli specifici rimedi previsti dal diritto di famiglia⁵. Per esempio, come si è visto al paragrafo precedente, la grave violazione dei doveri coniugali implica la dichiarazione di addebito, con le conseguenze della perdita del diritto al mantenimento (art. 156 c.c.), del venir meno della quota di riserva nella successione (art. 548 c.c.) e della determinazione in termini restrittivi dell'assegno di divorzio (art. 5, 6° comma, legge div.).

Nel corso del tempo, è emerso un diverso orientamento favorevole a riconoscere l'invocabilità delle regole sulla responsabilità extracontrattuale, nel caso di violazione dei doveri familiari. Da un lato, infatti, si è ampliata in generale la categoria dei danni risarcibili con particolare attenzione al danno alla persona⁶, dall'altro si è sottolineato che la semplice dichiarazione di addebito della separazione costituisce una sanzione in molti casi inefficace e scarsamente incisiva⁷. Si è escluso, però, che vi sia automatismo tra la violazione dei doveri coniugali e la responsabilità extracontrattuale, dovendosi negare che l'ingiustizia del danno possa essere ravvisata nella semplice crisi coniugale in sé e per sé considerata⁸, poiché ciascun coniuge ha il diritto di separarsi e divorziare. Anche la semplice relazione extraconiugale non integra di per sé gli estremi del danno ingiusto, ma è necessario riscontrare una lesione dell'onore, della dignità e della reputazione dell'altro coniuge che sia caratterizzata dal requisito della gravità⁹ o addirittura del dolo, ovvero sia l'intenzione di ferire il partner con la condotta fedifraga¹⁰. Particolarmente controversa è la responsabilità esofamiliare dell'amante nei confronti del coniuge tradito per aver indotto il partner alla violazione dell'obbligo di fedeltà: decisamente preferibile è la tesi più rigorosa che nega la configurabilità di questo tipo di danno, perché è impossibile assimilare il rapporto matrimoniale a quello contrattuale¹¹. Il rimedio

³ M. FRANZONI, *L'illecito*, Giuffrè, Milano 2004, p. 875.

⁴ T. AULETTA, *op. cit.*, p. 61.

⁵ Cass. 6 aprile 1993, n. 4108, in *Giust. civ. mass.*, I/1993, p. 624; Cass. 22 marzo 12993, n. 3367, in *Giust. civ. mass.*, I/1993, p. 535; Trib. Milano 24 settembre 2002, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 465, con nota di G. FACCI; Trib. Milano 10 febbraio 1999, in *Famiglia e diritto*, 2001, p. 185.

⁶ G. RAMACCIONI, *op. cit.*, p. 454.

⁷ A. THIENE, *op. cit.*, p. 1488.

⁸ G. DE MARZO, in *Danno e responsabilità*, 2001, p. 745.

⁹ Trib. Venezia 14 maggio 2009 in *Nuova giur. civ. comm.*, I/2010, pp. 89 ss., con nota di A. BENNI DE SENA; Trib. Venezia 3 luglio 2006, in *Giur. merito*, 2006, pp. 2178 ss.; in senso decisamente meno rigoroso Trib. Busto Arsizio 5 febbraio 2010, in *Juris data*, Redazione Giuffrè, 2010.

¹⁰ A. ZACCARIA, in *Studium juris*, 2000, p. 527.

¹¹ G. FACCI, *op. cit.*, p. 28; A. ZACCARIA, in *Studium juris*, cit. p. 528; M. FRANZONI, *op. cit.*, pp. 874-875. In giurisprudenza, a favore del riconoscimento di questa tipologia di danno del

risarcitorio in ambito familiare è stato definitivamente riconosciuto anche dalla S.C. con la nota sentenza n. 9801 del 2005: la Cassazione ha ammesso il diritto al risarcimento del danno nel caso in cui il coniuge taccia al proprio partner prima del matrimonio la propria *impotentia coeundi*¹². La casistica giurisprudenziale più in generale ha ammesso la domanda risarcitoria per responsabilità aquiliana, oltre che nelle ipotesi in cui l'illecito configuri un reato penale¹³, quando vi sia la violazione dell'obbligo di assistenza morale, educativa e materiale dei minori¹⁴ e quando vi sia l'inadempimento dell'obbligo di assistenza morale e materiale tra coniugi¹⁵. Inoltre, la responsabilità risarcitoria è stata

terzo: Trib. Roma 17 settembre 1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, I/1989, p. 559, con nota di V. PALETTO; *contra*, Tribunale di Milano 24 settembre 2002, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 465, con nota di G. FACCI.

¹² Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, in *Giur. it.*, 2006, p. 691, con note di A. FRACCON, *Nuovi approdi della responsabilità civile. Anche la Cassazione oltrepassa la soglia dei rapporti tra coniugi*, e di E. CARBONE, *Requiem per un'immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile*; anche in *Danno e responsabilità*, 2006, p. 37, con nota di F. GIAZZI, in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 365, con note di M. SESTA - G. FACCI, in *Responsabilità civ. prev.*, 3/2005, p. 670. Va peraltro notato che la domanda risarcitoria era stata proposta in separato giudizio, non essendo ammissibile cumulare nei giudizi di separazione e divorzio domande diverse da quelle che rientrano nei profili di connessione di cui agli artt. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c., ostandovi la diversità di rito; così Cass. 23 marzo 2003, n. 4367, in *D&G - Diritti e Giustizia*, 15/2003, p. 95; Cass. 15 maggio 2001, n. 6660, in *Giust. civ. mass.*, 2001, p. 974; Cass. 12 gennaio 2000, n. 266, in *Diritto di famiglia*, 2001, p. 74, con nota di S. LIBERTI; *contra*, però, Cass. 1° giugno 2012, n. 8862, in *Giur. it.*, 2012, p. 1488. L'orientamento della S.C. si è poi consolidato: Cass. 15 settembre 2011, n. 18853, in www.italia-oggi.it. In questo caso è stato riconosciuto il diritto al risarcimento in caso di infedeltà plateale.

¹³ Normalmente si tratta delle fattispecie di cui agli artt. 570 c.p. (violazione degli obblighi di assistenza familiare) e 572 c.p. (maltrattamenti in famiglia); sul tema, v. O. RICCIO, in *Danno e responsabilità*, 2006, pp. 585 ss.; G. DELOGU, in G. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, CEDAM, Padova 1995, VII, pp. 25 ss.; Cesari, in M. SESTA - A. ARCERI (a cura di), *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, Utet, Torino 2012, pp. 1018 ss.; B. DE FILIPPIS, *Diritto di famiglia*, CEDAM, Padova 2011, pp. 1306 ss.; in giurisprudenza, in relazione a un caso di elusione sistematica dei provvedimenti relativi all'affidamento (art. 388 c.p.) e per ingiurie: Cass. pen. 3 settembre 2009, n. 34838, in *Juris data*, Redazione Giuffrè, 2009; Cass. pen. 3 giugno 2009, n. 35874, in *Juris data*, Redazione Giuffrè, 2009.

¹⁴ Cass. 7 giugno 2000, n. 7713, in *Famiglia e diritto*, 2001, p. 159; Trib. Venezia 30 giugno 2004, in *Il merito*, 2005, p. 17; Trib. Venezia 18 aprile 2006, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 927; Trib. Bassano del Grappa 27 gennaio 2005, in *Famiglia e diritto*, 2006, p. 543; Trib. Rovereto 19 dicembre 2002, in *Dir. fam.*, 2003, p. 99.

¹⁵ Trib. Bassano del Grappa 27 gennaio 2005, in *Famiglia e diritto*, 2006, p. 543; Trib. Rovereto 19 dicembre 2002, in *Diritto di famiglia*, 2003, p. 99; Trib. Milano 4 giugno 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, I/2003, con nota di A. FUSARO; Trib. Firenze 13 giugno 2000, in *Famiglia e diritto*, 2001, p. 161, con nota di M. DOGLIOTTI.

riconosciuta nel c.d. *mobbing familiare*¹⁶, che ricorre quando siano posti in essere comportamenti persecutori con abitualità e continuità all'interno della famiglia, e nell'ipotesi della violazione del diritto di visita dei minori¹⁷, sia da parte del coniuge affidatario¹⁸ che non affidatario¹⁹.

Una fattispecie particolare riguarda l'infedeltà omosessuale: in una decisione, poi riformata e rimasta isolata²⁰, si era ritenuto che fosse dovuto il risarcimento del danno all'altro coniuge in caso di relazione adulterina omosessuale, in quanto veniva ravvisata nell'omosessualità un comportamento intrinsecamente e gravemente lesivo della dignità e del rispetto dovuto all'altro coniuge; tuttavia poi si è affermata una diversa tesi²¹, secondo cui non esistono criteri oggettivi in riferimento ai quali è possibile affermare che l'infedeltà di tipo eterosessuale sia meno grave e provochi meno sofferenza rispetto a quella omosessuale²², per cui tutte le relazioni adulterine debbono subire lo stesso trattamento anche sotto il profilo risarcitorio. Un breve cenno, infine, va riservato all'introduzione ad opera della legge n. 54 del 2006 dell'art. 709-ter c.p.c.: infatti, detta norma consente al giudice, in caso di gravi inadempienze relative all'affidamento dei figli e all'esercizio della potestà, di disporre il risarcimento del danno sia a favore dell'altro genitore che dei minori²³. Secondo la tesi nettamente preferibile, il legislatore avrebbe definitivamente consacrato l'ingresso dell'illecito aquiliano nelle relazioni familiari²⁴, dovendosi respingere le diverse

¹⁶ Corte Appello Torino 21 febbraio 2000, in *Foro it.*, I/2000, p. 1555; in dottrina, P. CENDON, *Dov'è che si sta meglio che in famiglia?*, in *Persona e danno*, a cura di P. CENDON, Giuffrè, Milano 2004, III, p. 2724; in senso critico, G. FACCI, *op. cit.*, p. 37.

¹⁷ G. CONTIERO, *L'affidamento dei minori*, Giuffrè, Milano 2009, pp. 125 ss.

¹⁸ Trib. Roma 13 giugno 2000, in *Diritto di famiglia*, 2001, p. 209; Trib. Monza 5 novembre 2004, in *Danno e resp.*, 8-9/2005, p. 851.

¹⁹ Trib. Brindisi 30 ottobre 2001, in *Giur. merito*, 2002, pp. 391 ss.; il Tribunale ha evidenziato che il diritto di visita, oltre ad essere un diritto è anche un dovere dei genitori, e pertanto la sua violazione comporta il risarcimento del danno.

²⁰ Trib. Brescia 14 ottobre 2006, in *Giust. civ.*, 4/2007, p. 987, con nota di A. MASCIA.

²¹ Corte appello Brescia 5 giugno 2007, in *Giur. it.*, 2008, pp. 897 ss., con nota di E. FALLETTI, *Infedeltà coniugale omosessuale con addebito ma senza danno esistenziale*. In dottrina, anche A. PLAIA, in *Famiglia e diritto*, 2009, pp. 565 ss.; in giurisprudenza, per l'equivalenza dell'infedeltà omosessuale ed eterosessuale ai fini dell'addebito della colpa, v. Cass. 1 marzo 2005, n. 4290, in *Foro it.*, I/2005, p. 2994.

²² Anzi, era anche emersa una tesi secondo cui una relazione omosessuale non potesse essere neppure intesa come violazione del dovere di fedeltà; così F. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 284 ss.; la tesi, però, è giustamente criticata; sul punto, G. CONTIERO, *I doveri coniugali e la loro violazione. L'addebito e il risarcimento del danno*, cit., pp. 113-114.

²³ B. DE FILIPPIS, *Diritto della famiglia*, CEDAM, Padova 2011, pp. 518 ss.; C. PADALINO, in M. SESTA - A. ARCERI (a cura di), *op. cit.*, pp. 876 ss.

²⁴ M. SESTA, *op. cit.*, p. 369; G. FERRANDO, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, p. 590; F. CIPRIANI, in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 518; F. LONGO, in *Famiglia e diritto*, 2009, pp. 182 ss.; G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, cit., p. 102; in giurisprudenza, Trib. Pisa

tesi che ritengono che l'art. 709-ter c.p.c. disponga condanne risarcitorie a titolo punitivo o sanzionatorio²⁵. Resta inteso, infine, che per i casi più gravi di abusi familiari, rimangono valide le misure di protezione di cui agli articoli 342-bis e ter c.c. introdotti con la legge n. 154 del 2001²⁶, che consentono al giudice di disporre particolari provvedimenti come l'ordine di cessazione della condotta abusante e l'allontanamento del coniuge responsabile dalla casa familiare.

Contratto preliminare di compravendita e comunione legale dei coniugi

Altra questione molto dibattuta, ancorché non strettamente legata all'istituto della separazione²⁷, riguarda il rapporto tra la comunione legale dei coniugi²⁸ e il contratto preliminare di compravendita²⁹ di un bene immobile appartenente

23 ottobre 2009, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 149, con nota di A. ARCIERI; Trib. Pisa 24 gennaio 2008, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 180; Corte Appello Firenze 29 agosto 2007, in *Giur. it.*, 2008, pp. 560 ss.

²⁵ A. GRAZIOSI, in *Diritto famiglia*, 2008, pp. 880 ss.; D'ANGELO, in *Famiglia*, 2006, pp. 1048 ss.; in giurisprudenza: Trib. Vallo della Lucania 7 marzo 2007, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 472; Trib. Padova 3 ottobre 2008, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 609, con nota di F. FAROLFI.

²⁶ Per una più ampia disamina sul punto: R. BARBANERA, in G. FERRANDO - L. LENTI (a cura di), *op. cit.*, p. 213 ss.; M. GIROLAMI, in G. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI (a cura di), *op. cit.*, pp. 440 ss.; A.G. CIANCI, in S. PATTI - M. G. CUBEDDU (a cura di), *op. cit.*, p. 1041 ss.; G. FOTI, in L. BALESTRA (a cura di), *op. cit.*, pp. 1067 ss.

²⁷ Ma non vi è dubbio che, in determinati casi, possa esserci interferenza con la separazione, trattandosi di questione legata al regime patrimoniale dei coniugi: normalmente le problematiche patrimoniali non creano ostacoli ad una coppia affiatata e collaudata; al momento della separazione, invece, l'animosità e il rancore portano ad accanirsi soprattutto sulle pretese economiche.

²⁸ Per un panorama generale sull'istituto della comunione, vedansi: F. GALGANO, *La comunione dei beni fra coniugi a trent'anni dalla sua introduzione*, in *Contratto e impresa*, 2005, pp. 1007 ss.; P. SCHLESINGER in G. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI (a cura di), *op. cit.*, III, p. 69 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 87 ss.; M. PALADINI in S. PATTI - M.G. CUBEDDU (a cura di), *op. cit.*, pp. 230 ss.; Id., in *Commentario del codice civile*, a cura di L. BALESTRA, cit., pp. 1 ss.; B. DE FILIPPIS, *op. cit.*, pp. 226 ss.

²⁹ Sul contratto preliminare di compravendita in generale: A. LUMINOSO, *La compravendita*, Giappichelli, Torino 2011, pp. 407 ss.; G. DE MATTEIS, in V. BUONOCORE - A. LUMINOSO (a cura di), *Codice della vendita*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 60 ss.; P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca*, artt. 1470-1547, *Foro it.*, Zanichelli, Bologna-Roma 1981; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Utet, Torino 1993, pp. 133 ss.; G. PALERMO, *Contratto preliminare*, CEDAM, Padova 1991; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Giuffrè, Milano 1970; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, CEDAM, Padova 2010, vol. II, pp. 285 ss.; E. SERRAO, *Il contratto preliminare*, CEDAM, Padova 2002; V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 651 ss.; M. G. SALVADORI - G. SCALITI, *La metamorfosi del contratto preliminare: riflessioni e spunti suggeriti dalla nuova disciplina sulla trascrizione*, in *Contratto e impresa*, 1997, pp. 671 ss.; M. BERNARDINI, *Il preliminare di vendita immobiliare e la sua circolazione*, in *Contratto e impresa*, CEDAM, Padova 1991, pp. 687 ss.; F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, Giappichelli, Torino 2000, p. 565; D. CENNI, *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Contratto e impresa*, 1994, pp. 1108 ss.; E. CAMILLERI, *Dal preliminare*

alla proprietà comune familiare. Il problema riguarda la necessità di integrare o meno il litisconsorzio nei confronti del coniuge rimasto estraneo alla stipula del contratto preliminare di vendita nel giudizio ex art. 2932 c.c. instaurato per ottenere il trasferimento coattivo di un immobile rientrante nella comunione familiare. In realtà, la fattispecie non riguarda solo aspetti processuali, ma investe appieno anche l'istituto sostanziale della comunione coniugale e il regime di amministrazione dei beni che vi ricadono.

Come è noto, il regime legale del rapporto patrimoniale familiare è quello della comunione, con possibilità di deroga a favore della separazione solo a fronte di esplicito accordo delle parti, visto l'art. 159 c.c.

La comunione legale³⁰, a' sensi dell'art. 177 c.c., comprende i beni acquistati dai coniugi anche separatamente durante il matrimonio (esclusi i beni acquistati in precedenza, quelli ricevuti per successione o donazione e quelli di uso strettamente personale), i frutti e i proventi dei beni e delle attività di ciascuno dei due coniugi non ancora consumati al momento dello scioglimento della comunione (c.d. comunione *de residuo*) e le aziende costituite e gestite da entrambi i coniugi durante il matrimonio.

L'amministrazione ordinaria dei beni della comunione spetta disgiuntamente a ciascun coniuge, mentre gli atti di straordinaria amministrazione, visto l'art. 180 c.c., debbono essere compiuti congiuntamente da entrambi e, in caso di disaccordo, è necessario l'intervento del giudice (art. 181 c.c.)³¹. Gli atti compiuti da un coniuge senza il necessario consenso dell'altro, se riguardano beni immobili e beni mobili registrati, sono annullabili, su domanda dell'altro coniuge, da proporsi entro un anno dalla conoscenza dell'atto e in ogni caso entro un anno dalla trascrizione (art. 184, 1° e 2° comma c.c.). Gli atti di disposizione unilaterale di beni mobili, invece, sono validi, ma obbligano il coniuge disponente a ricostituire, in natura o per equivalente in denaro, l'integrità della comunione (art. 184 3° comma c.c.). Sui beni che formano la comunione sussiste un vincolo di destinazione a favore del mantenimento della famiglia e dell'educazione dei figli opponibile ai creditori. Infatti, mentre i creditori della famiglia, ovverosia i cui crediti sono afferenti la comunione, possono soddisfarsi sulla totalità dei beni comuni e, se questi non sono sufficienti, anche su quelli personali di ciascun coniuge, ma solo nella misura della metà del credito (art. 190 c.c. - responsabilità parziaria e limitata), i creditori personali dei coniugi debbono agire preventivamente sui beni di proprietà esclusiva, e solo se questi sono insufficienti possono soddisfarsi sui beni della

ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione, in *Contratto e impresa*, 1999, pp. 98 ss.

³⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. II, *La famiglia, le successioni*, cit., pp. 87 ss.; R. SACCO, in G. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI (a cura di), *op. cit.*, 1992, vol. III, pp. 3 ss.; F. GALGANO, *op. cit.*, vol. I, pp. 637 ss.

³¹ P. SCHLESINGER, in G. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI (a cura di), cit., vol. III, pp. 162 ss.

comunione, ma solo nei limiti del valore della quota del coniuge debitore (art. 189, 2° comma c.c.).

La comunione legale familiare è ben distinta dalla comunione ordinaria: la seconda, definita come comunione *pro indiviso*, costituisce una proprietà plurima parziaria in cui il diritto di proprietà è unico ed ha per oggetto il bene nella sua interezza³²; conseguentemente il diritto di ciascuno dei partecipanti alla comunione non ha per oggetto né il bene nel suo complesso, né una parte fisicamente individuata, ma una quota ideale, proporzionata al rispettivo diritto di partecipazione. La comunione ordinaria, in sostanza, è una comunione per quote e i comproprietari costituiscono una unica parte complessa per cui è necessario che la volontà negoziale si formi nei confronti di tutti, non potendosi ipotizzare la possibilità per il promissario acquirente di ottenere una sentenza costitutiva nei confronti dei soli comproprietari promittenti, essendo inefficace il contratto rispetto ai comproprietari rimasti estranei all'atto³³.

Al contrario, del tutto diversa è la situazione nel caso di comunione legale tra coniugi, secondo la ricostruzione operata dalla Corte Costituzionale³⁴: si tratta di una proprietà plurima parziaria senza quote³⁵, nel senso che i coniugi non sono individualmente titolari di un diritto di quota, bensì sono solidalmente titolari di un diritto avente per oggetto i beni della comunione, né è ipotizzabile l'ingresso di un estraneo nella comunione familiare. La quota non è un elemento strutturale, ma ha soltanto la funzione di stabilire la misura entro cui i beni della comunione possono essere aggrediti dai creditori particolari di ciascun coniuge, di determinare i limiti della responsabilità sussidiaria dei coniugi con i propri beni personali rispetto ai creditori della comunione e di fissare la proporzione del riparto della differenza tra attivo e passivo al momento dello scioglimento della comunione. Nei rapporti con i terzi, dunque, ciascun coniuge ha il potere di disporre non della sua quota, ma dell'intero bene comune e il consenso dell'altro coniuge è un negozio (unilaterale) autorizzativo, da intendersi nel senso che rimuove un limite all'esercizio di un potere, la cui mancanza, ove si tratti di bene immobile, si traduce in un vizio nel negozio³⁶; conseguentemente, non si tratta di un caso di acquisto inefficace in quanto *a non domino*, ma di un acquisto *a domino* in base a un titolo viziato ai sensi del 1° comma dell'art. 184 c.c.

³² Cass. s.u. 8 luglio 1993, n. 7481, in *Foro it.*, I/1993, p. 2546, con nota di G. LA ROCCA, *Contratto preliminare di vendita e giurisprudenza: riflessioni critiche*.

³³ P. CIANNI, *Contratto preliminare di vendita e comunione legale dei coniugi*, in *Diritto e formazione*, 2/2008, pp. 201-203.

³⁴ C. cost. 10 marzo 1988, n. 311, in *Giust. civ.*, I/1988, p. 1388, e II, p. 2482, con nota adesiva di A. NATUCCI, *Alienazioni immobiliari e annullabilità nella disciplina della comunione legale*; anche in *Foro it.*, I/1990, p. 2146.

³⁵ Cass. 25 ottobre 2011, n. 22082, in *Giur. it.*, 2011, p. 2471; ma nel senso che l'assunto non possa essere condiviso, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. II, *La famiglia, le successioni*, cit., p. 92 e 125.

³⁶ M. DE CRISTOFARO, nota a Cass., s.u. 23 aprile 2009, n. 9660, in *Studium juris*, 10/2009, p. 1111.

In definitiva l'atto di alienazione di un immobile posto in essere da uno solo dei contitolari è un negozio efficace e sottoposto alla sola sanzione dell'annullabilità per iniziativa del coniuge pretermesso, nel limite annuale di prescrizione già citato in precedenza. Diversa, invece, è la disciplina di acquisto di immobili destinata a ricadere nella comunione ai sensi dell'art. 177 lett. a c.c.: questi negozi, infatti, sono estranei all'amministrazione dei beni comuni, perché il meccanismo di acquisizione non è condizionato da alcun concorso, implicito o esplicito, della volontà del coniuge rimasto estraneo alla stipula dell'atto di acquisto. In caso di acquisizione di un bene, la contitolarità viene acquisita automaticamente *ex lege* anche dal coniuge non stipulante in quanto beneficiario degli effetti reali del negozio³⁷.

In relazione al regime delle alienazioni dei beni della comunione, si è creato un contrasto giurisprudenziale in senso alla S.C., non ancora del tutto sopito, sulla necessità di integrazione del contraddittorio con il coniuge non stipulante quando sia stato promesso in vendita un bene immobile comune, in seguito all'azione costitutiva ex art. 2932 c.c. promossa dal promissario acquirente.

Alcune decisioni, richiamando la natura personale e non reale del preliminare³⁸, hanno escluso la sussistenza del litisconsorzio necessario tra i coniugi, argomentando sul fatto che l'azione svolta dal promissario acquirente sarebbe esperibile nei soli confronti del coniuge stipulante al fine di conseguire una pronuncia che disponga il trasferimento del bene nei limiti della quota di sua pertinenza³⁹.

³⁷ M. DE CRISTOFARO, nota a Cass., s.u. 23 aprile 2009, n. 9660, in *Studium juris*, cit., *ibid*.

³⁸ È noto che non ricadono in comunione i rapporti creditizi, ma solo gli acquisti, ovvero sia gli atti implicanti l'effettivo trasferimento reale della proprietà o la costituzione di diritti reali sulla *res*. Così Cass. 1 aprile 2003, n. 4959, in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 4; Cass. 27 aprile 2004, n. 8002, in *Giust. civ. mass.*, 2004, p. 4; Cass. 4 marzo 2003, n. 3185, in *Giust. civ.*, I/2004, p. 2832; Cass. 13 dicembre 1999, n. 13941, in *Giust. civ. mass.*, 1999, p. 2508; Cass. 18 febbraio 1999, n. 1363, in *Giust. civ. mass.*, 1999, p. 430; *contra*, Cass. 9 ottobre 2007, n. 21098, in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 1. Tuttavia la dottrina prevalente è di segno opposto: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia, le successioni*, cit., p. 95-101; T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino 2011, pp. 138 ss.; G. GABRIELLI, *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Digesto civ.*, XVI, Torino 1997, p. 347; P. VITUCCI, in *La comunione legale*, a cura di C.M. BIANCA, I, Giuffrè, Milano 1989, p. 33; *contra*, F. ANELLI, *Il matrimonio. Lezioni*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 150 ss.; per una visione problematica, nel senso che si deve fare riferimento alla tipologia del credito, M. PALADINI, in L. BALESTRA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Utet, Torino 2010, vol. II, pp. 11 ss.

³⁹ Cass. 28 ottobre 2004, n. 20867, in *Riv. Giur. Edilizia*, 4/2005, p. 1156, con nota adesiva di S. SETINI, *In tema di preliminare di vendita stipulato da uno dei coniugi in regime di comunione legale*; Cass. 28 dicembre 1988, n. 7081, in *Mass. Giur. it.*, 1988, p. 990; Cass. 27 aprile 1982, n. 2635, in *Mass. Giur. it.*, 1982, p. 656; in dottrina v. il contributo di L. SPINELLI, in *Diritto e formazione*, 2/2005, pp. 296-298. Le sezioni unite, però, con la sentenza n. 17952/2007 citata nella nota successiva, hanno opportunamente sottolineato che questo orientamento non tiene conto, almeno nei precedenti più datati, dei fondamentali principi introdotti dal-

L'orientamento maggioritario, invece, partendo dal ragionamento del giudice delle leggi, secondo cui la comunione legale non è una comunione per quote, ma ciascuno dei due coniugi può disporre dell'intero bene, nei limiti già indicati, deve essere disposta, in caso di domanda costitutiva ex art. 2932 c.c., l'integrazione del contraddittorio nei confronti del coniuge pretermesso, atteso che quest'ultimo è titolare di una situazione giuridica che può essere pregiudicata dalla disposizione che coinvolge il patrimonio comune⁴⁰. Secondo l'orientamento dominante, che sembra più corretto, non è possibile l'ingresso di un terzo estraneo nella comunione per cui non può essere esperita l'azione di cui all'art. 2932 c.c. neanche nei limiti della quota del coniuge promittente venditore. Inoltre, la sentenza che tiene luogo del contratto definitivo deve necessariamente riprodurre il medesimo assetto di interessi contenuto nel preliminare, per cui, ove il contratto abbia per oggetto l'intero bene, il promissario acquirente non potrebbe agire per il trasferimento della sola quota del promittente venditore. Ancora, considerando l'effetto solo obbligatorio e non reale del preliminare, il bene oggetto del contratto non è ancora uscito dalla comunione familiare, per cui il coniuge pretermesso rimane titolare di una situazione giuridica inscindibile che postula il litisconsorzio necessario, essendo il bene esposto all'azione esecutiva del terzo. Infine, visto l'art. 180 c.c., l'amministrazione dei beni della comunione spetta congiuntamente ad entrambi i coniugi per gli

la sentenza della Consulta n. 311 del 1988. Successivamente, pur in relazione non ad un contratto preliminare immobiliare, ma all'azione di risoluzione per inadempimento di un contratto di compravendita relativo ad un'azienda commerciale, ha escluso espressamente il litisconsorzio necessario anche Cass. 7 marzo 2006, n. 4890, in *Giur. it.*, 2007, pp. 346 ss., citata anche successivamente. In dottrina, a favore di questa tesi, proprio perché il richiamo alla comproprietà solidale indicato dalla C. Cost. con la sentenza n. 311/1988 porta a ritenere che l'atto dispositivo sia senz'altro valido ed efficace per tutti, con conseguente non necessaria partecipazione al giudizio di ogni soggetto legato dal rapporto di solidarietà, vedasi P. CIANNI, *op. cit.*, p. 206.

⁴⁰ Cass., s.u. 24 agosto 2007, n. 17952, in *Giur. it.*, 2008, p. 681, con nota di B. FRATINI, *Preliminare di compravendita e litisconsorzio necessario tra i coniugi in regime di comunione legale dei beni*; Cass. 26 novembre 2002, n. 16678, in *Vita notar.*, 2003, p. 279; Cass. 11 aprile 2002, n. 5191, in *Giur. it.*, 2003, p. 1150, con nota parzialmente critica di A. ANGIULI, *Preliminare di vendita di bene della comunione legale concluso da un solo coniuge e giudizio ex art. 2932 c.c.*; Cass. 5 dicembre 2001, n. 15354 in *Giust. civ. mass.*, 2001, p. 2090; Cass. 14 gennaio 1997, n. 284, in *Diritto di famiglia*, 1998, p. 26; nello stesso senso, in tema della necessità del litisconsorzio necessario di entrambi i coniugi in materia di riscatto agrario, Cass., s.u. 1 luglio 1997, n. 5895, in *Famiglia e diritto*, 1997, p. 529, con nota adesiva di V. CARIELLO, *"Il punto fermo" delle sezioni unite sul problema del litisconsorzio tra coniugi in comunione legale*; Cass., s.u. 8 luglio 1993, n. 7481, in *Giur. it.*, I-1/1994, pp. 886 ss. con nota di A. MASUCCI; l'orientamento è conforme anche per il riscatto locatizio ex art. 39 della legge n. 392/1978: Cass. 29 maggio 1998, n. 5340, in *Foro it.*, I/1998, p. 2868; Cass. 29 luglio 1995, n. 8341 in *Giust. civ.*, I/1995, p. 2622. In dottrina, aderisce a questa impostazione P. SCHLESINGER in G. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI (a cura di), *op. cit.*, III, p. 181.

atti di straordinaria amministrazione, per cui va affermata la necessaria partecipazione di entrambi i coniugi nei giudizi aventi ad oggetto atti di straordinaria amministrazione del patrimonio familiare comune⁴¹.

Naturalmente bisogna avere ben chiara la nozione dell'istituto del litisconsorzio necessario secondo l'interpretazione data all'art. 102 c.p.c. dalla Suprema Corte: il litisconsorzio necessario ricorre, oltre che nei casi previsti dalla legge, ogni qual volta la decisione richiesta, indipendentemente dalla sua natura (di condanna, di accertamento o costitutiva), sia di per sé inidonea a spiegare i propri effetti nei riguardi delle sole parti presenti, stante la natura plurisoggettiva e inscindibile, sia in senso sostanziale, sia, talvolta, processuale, del rapporto dedotto in giudizio⁴². Sul piano sostanziale il litisconsorzio si impone quando vi sono più soggetti inscindibilmente coinvolti nella vicenda, in guisa tale che tutti devono agire o essere convenuti nello stesso processo. In definitiva, tutti debbono partecipare allo stesso processo quando la mancanza di una delle parti comporti l'impossibilità per la decisione di produrre un risultato utile e pratico anche solo nei confronti delle parti presenti.

Infine, va dato atto di un ulteriore orientamento, non tanto in relazione al contratto preliminare, quanto piuttosto nella diversa ipotesi di revocatoria fallimentare di un atto di acquisto di uno dei due coniugi. In questo caso si è distinto tra l'atto e il rapporto patrimoniale di cui l'atto è fonte. Se l'oggetto del giudizio, come nella revocatoria fallimentare, è l'atto, i soggetti legittimati a partecipare al giudizio sono solo quelli che hanno partecipato alla conclusione del contratto di alienazione del bene immobile, anche se questo abbia generato un rapporto (nella fattispecie di comunione legale) di cui è diventato contitolare un soggetto estraneo a detto contratto. Quest'ultimo non può ritenersi litisconsorte necessario in un giudizio relativo ad un atto a cui è rimasto estraneo, anche se l'atto abbia comportato indirettamente un arricchimento del patrimonio familiare. Infatti, la revocatoria fallimentare non determina alcun effetto restitutorio, ma comporta solo l'inefficacia relativa dell'atto rispetto alla massa dei creditori, rendendo il bene trasferito assoggettabile all'esecuzione concorsuale, senza caducare ad ogni altro effetto l'atto di alienazione nei confronti dell'acquirente⁴³.

⁴¹ Tra gli atti di straordinaria amministrazione rientra anche il preliminare di vendita di un bene comune: Cass. 21 dicembre 2001, n. 16177, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 55; Cass. 19 maggio 1988, n. 3483, in *Corriere giuridico*, 1988, p. 692; in dottrina, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, CEDAM, Padova 2010, vol. I, p. 649.

⁴² Cass. 7 marzo 2006, n. 4890, in *Giur. it.*, 2007, p. 346; Cass. 6 luglio 2004, n. 12313, in *Giust. civ.*, I-3/2005, p. 705; Cass. 3 febbraio 2004, n. 1940, in *Mass. Giur. it.*, 2004, p. 119; Cass. 5 luglio 2001, n. 9083, in *Famiglia e diritto*, 2002, p. 150; Cass. 7 luglio 1988, n. 4475, in *Mass. Giur. it.*, 1988, p. 606.

⁴³ Cass., s.u. 23 aprile 2009, n. 9660, in *Studium juris*, cit., con nota di M. DE CRISTOFARO.

Conclusioni

Le conclusioni del presente contributo non possono che riportare all'inizio del tema: l'analisi dei principali istituti che riguardano le problematiche di una coppia in crisi che si appresta ad affrontare il dramma della separazione conferma che il processo non può portare ad una piena soddisfazione della parte che pure riveste, in determinati casi, il ruolo di autentica vittima della prepotenza e dell'arroganza del proprio partner. Mi è capitato di assistere un coniuge in un giudizio di separazione personale, che pure avrebbe dovuto avere carattere "urgente", secondo una di quelle definizioni utilizzate dalla curia che assumono un tono grottesco e paradossale, visto il triste confronto con la realtà: il processo, infatti, durò oltre undici anni in primo grado. Nel corso del giudizio, scandito da tutti gli imprevisti a cui i patroni sono purtroppo abituati (sostituzione dei giudici istruttori, rinvii delle udienze a date inaccettabili, "congelamenti" dei ruoli, ecc.), venivano escussi come testimoni amici, parenti e financo compagni di classe ultraquattordicenni dei figli. La domanda di addebito della separazione, benché certamente fondata, venne respinta, perché la sostituzione dei giudici e l'edulcorazione del verbale avevano portato a smarrire il senso delle testimonianze. Qualche mese dopo la conclusione del processo, la moglie venne uccisa dall'amante. Come ultimo atto, dovetti accompagnare il marito a pagare l'avvocato della moglie, contro cui si era battagliato in tribunale per undici anni. Un accordo a denti stretti sicuramente avrebbe consentito in poco tempo di ottenere la separazione e successivamente anche il divorzio. Forse, si sarebbe anche risparmiato un dramma.

I licenziamenti in Europa

Giuseppe Bronzini

Premessa

L'ampio ed a tratti piuttosto aspro dibattito che ha accompagnato la travagliata approvazione in Italia del "decreto Fornero" di riforma del mercato del lavoro, ed in particolare la sua parte più discussa, la revisione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori con la limitazione dei casi di applicazione dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 18 l. n. 300/70, è stato dominato dai riferimenti e dal richiamo alle indicazioni sovra-nazionali ed alla situazione normativa vigente negli altri *partners* dell'Unione, a noi più vicini per tradizione costituzionale e lavoristica come la Germania, la Francia, la Spagna. In questo contributo non si esaminerà in dettaglio se davvero la riforma rispondesse a richieste sovranazionali ed, eventualmente, se ne abbia rispettato il contenuto, ma si cercherà di ricostruire il quadro normativo, valoriale e concernente la cosiddetta *soft law* derivante dal metodo aperto di coordinamento (ed oggi sottoposta anche al rispetto dei principi comuni di *flexicurity* approvati nel 2007) dell'Unione Europea, perché questo comunque rimane il perimetro in cui legittimamente gli Stati membri debbono e possono agire, senza infrangere spirito e lettera del diritto europeo. Una dilagante e superficiale letteratura interna si è concentrata sull'"offesa" arrecata alla sovranità nazionale con la lettera inviata dal responsabile uscente e da quello entrante della BCE al Governo Berlusconi, nella quale si assicurava un sostegno al "bel paese" contro l'attacco speculativo in corso attraverso l'acquisto temporaneo nel mercato secondario di titoli pubblici italiani (operazione mai attuata in precedenza e contestata nell'ambito degli stessi organi direttivi BCE) e nella quale si ricordavano, punto su punto, alcune riforme che l'Italia avrebbe dovuto compiere urgentemente onde usufruire del paracadute (temporaneo) dell'*Eurotower*. Si è scritto che organi tecnici, privi di legittimazione democratica, nel cui mandato istituzionale figura solo la stabilità dei prezzi avrebbero forzato l'Italia, oltre gli ambiti di ripartizione di competenza tra Stati ed Unione, ad avventurarsi in una strada di flessibilità e di *deregulation* di segno liberista. Queste obiezioni sono certamente molto approssimative: la discussa lettera BCE ripropone tali e quali i punti sottoposti al Governo italiano (e lasciati nei fatti senza alcuna credibile risposta) con le Raccomandazioni del Consiglio del 12 luglio 2011, nell'ambito del sistema di coordinamento delle politiche economiche e sociali che trova fondamento nei Trattati e che è stato rafforzato con l'*Euro plus act*, e successivamente con il cosiddetto *Fiscal compact*, cioè nel quadro di una sorveglianza multilaterale ed unitaria nella cornice del "semestre europeo" da parte degli attori istituzionali

dell'Unione: Consiglio, Commissione e Stati membri deputati a tale compito. Poiché il Governo italiano aveva semplicemente ignorato tali impegni (che derivano, come già accennato, dai Trattati e che trovano una precisa legittimazione, formale e sostanziale, nel contesto inedito di una integrazione più stretta tra i Paesi dell'eurogruppo resa necessaria ed impellente onde fronteggiare la crisi in atto) la BCE – prima di avviare un piano di aiuti straordinario per un Paese inadempiente agli impegni sovranazionali come l'Italia – ha correttamente voluto ribadire quali riforme l'Italia avesse l'obbligo di realizzare, in virtù di un esame compiuto congiuntamente dagli organi costituzionalmente competenti, ivi compresi gli Stati membri che nel “semestre europeo” si impegnano individualmente ad agire secondo le indicazioni ricevute, ma verificano anche i comportamenti e la condotta degli altri *partners*. A nostro avviso appare contraddittorio voler chiedere aiuto all'Unione (con una interpretazione evolutiva anche della lettera dei Trattati), senza però mantenere gli impegni, o – come si dice oggi – fare i compiti a casa. Nel merito, poi, nelle Raccomandazioni (e quindi nella lettera BCE) effettivamente era presente un passaggio che così recitava «rafforzare le misure intese a combattere la segmentazione del mercato del lavoro, anche rivedendo aspetti specifici della legislazione a tutela dell'occupazione, comprese le procedure che disciplinano i licenziamenti». Se si medita con attenzione il passaggio si vedrà come la *ratio* dell'intervento richiesto è quella della lotta alla segmentazione nel mercato del lavoro, cioè alla creazione di un esercito di *outsiders* in via permanente privi di adeguata protezione accanto a settori tutelati efficacemente, fenomeno che giustamente gli organi europei stigmatizzano come tipico del sistema italiano nel quale, soprattutto in materia di licenziamenti, milioni di lavoratori e comunque la maggioranza del lavoro eterodiretto, già sottopagati ed in genere giovani (precari, falsi lavoratori autonomi, soggetti con partita IVA, ecc.), sono in sostanza abbandonati all'arbitrio padronale o protetti con un risarcimento irrisorio¹. Da questo punto di vista la “riforma Fornero” non realizza né si avvicina in qualche misura al fine indicato dagli organi UE, in quanto nessuno di coloro che abitavano la cittadella degli esclusi è stato ammesso al circolo dei garantiti, mentre sono state in certi casi alleggerite le protezioni degli *insiders*, un'operazione quindi che nel suo complesso ha diminuito le garanzie poste a presidio di uno dei *fundamental rights* protetti dalla Carta di Nizza, senza in realtà alleviare le condizioni dei più svantaggiati: il nuovo sistema di ammortizzatori sociali è apparso a tutti i commentatori inidoneo, come il precedente, ad offrire a quest'ultimi una copertura adeguata, essendosi valutato che la mancanza di risorse non consentiva di avviare una vera universalizzazione dei diritti neppure

¹ Il risarcimento in caso di licenziamento illegittimo sotto la soglia dei 15 dipendenti è pari a 2,5 mensilità sino a sei, una sanzione certamente priva di efficacia deterrente e risarcitoria.

sul fronte delle prestazioni per inoccupati e per soggetti a rischio povertà². In genere il dibattito che si è svolto è stata segnato da un altissimo tasso di ideologia, che ha prestato scarsa attenzione alle fonti europee ed anche a quelle internazionali: basterà pensare alle insistenti proposte di contratto unico (con tutele più deboli per i nuovi assunti) che trascurano che una normativa simile è stata cancellata in Francia dopo che la magistratura l'ha considerata, già da alcuni anni, violativa delle norme dell'OIL³.

Le fonti normative dell'Unione Europea

Vengono in rilievo *in primis* le disposizioni di ordine generale, così come ribadite o riformulate dal Trattato di Lisbona, che portano ad escludere che esista un *favor* europeo per normative "leggere" in materia di licenziamento: tra gli obiettivi dell'Unione (tra i quali non figura più la concorrenza, essendo stato riconosciuto che questa, semmai, costituisce un mezzo per perseguire altri fini) riscritti all'art. 3 TUE figura la promozione di uno «sviluppo sostenibile dell'Europa basato su una crescita economica equilibrata... su un'economia sociale di mercato... che mira alla piena occupazione ed al progresso sociale»⁴, espressioni che evocano con forza le esperienze del dopoguerra di *welfare* continentale nelle quali la risoluzione del rapporto di lavoro è stato sottoposta a rigidi e razionali presupposti. La promozione dell'occupazione viene ribadita come obiettivo dell'azione sociale dell'Unione all'art. 151 TFUE, in modo da realizzare uno «sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato». Tale azione deve ispirarsi alla Carta sociale europea (che contempla, come vedremo, importanti disposizioni in materia di licenziamento) ed alla Carta comunitaria dei diritti fondamentali. Va sottolineato come il cruciale art. 153 TFUE (ex art. 137) che stabilisce la possibilità per l'Unione di adottare direttive che stabiliscano in alcune materie sociali minimi di trattamento contempli anche l'ipotesi della «protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del rapporto di

² Cfr. G. ORLANDINI, *Il licenziamento individuale in Europa*, in www.europeanrights.eu, 2012; sul tema cfr. i numerosi interventi dei principali giuslavoristi italiani leggibili a <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>; nonché la relazione di M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*; relazione al Congresso Aidlass, giugno 2012, leggibile all'indirizzo <http://www.aidlass.it/documenti-1/relazione-prof.ssa-maria-teresa-carinci-alle-giornate-di-studio-di-pisa>.

³ Si tratta di una sentenza della Corte di appello di Parigi, poi confermata nel 2010 dalla *Cour de Cassation* che ha comportato l'eliminazione dell'istituto del contratto di primo impiego con tutela ridotta (e quindi violativa della Convenzione ILO sui licenziamenti) nel caso del licenziamento dei giovani occupati entro i primi anni. Cfr. A. PERULLI - V. SPEZIALE, *L'art. 8 della legge n. 148/2011 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in *W.P. C.S.D.L.E., Massimo D'Antona*, n. 132/2011.

⁴ È pacifico che il termine "sostenibile" si riferisca sia all'aspetto ecologico che a quello sociale; cfr. G. BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, in F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni dell'Unione europea*, il Mulino, Bologna 2010.

lavoro» (lettera c). È ben vero che la procedura prevista è quella dell'unanimità, ma in ogni caso la materia non è inclusa tra i c.d. tabù dell'azione europea come sciopero e retribuzioni (cfr. art. 153 TFUE); una cosiddetta "passerella" prevede che il Consiglio possa deliberare all'unanimità di adottare la normale procedura a maggioranza qualificata per intervenire nel settore. È quindi improbabile che, a breve, l'Unione sia in grado di emanare una direttiva sui licenziamenti individuali, anche se va ricordato che ne ha già approvato una, di notevole impatto, sui licenziamenti collettivi e che disposizioni sul licenziamento sono previste anche nella direttiva sul trasferimento d'azienda ed in quella sull'insolvenza dei datori di lavoro. Le novità più rilevanti sul punto concernono invece la conferita obbligatorietà (ex art. 6 TUE) alla Carta dei diritti fondamentali UE (più nota come Carta di Nizza) che al suo art. 30 stabilisce che ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell'Unione Europea ed alle legislazioni e prassi nazionali».

Posto che la formulazione della norma è molto aperta e generale si deve innanzitutto determinare il contenuto essenziale di tale previsione ai sensi dello stesso art. 52 della Carta. Soccorre sul punto il richiamo alla fonte sul punto della norma della Carta⁵ e cioè l'art. 24 della Carta sociale europea revisionata) che così recita: «Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento le Parti si impegnano a riconoscere a) il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio; b) il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione. A tal fine le Parti si impegnano a garantire che un lavoratore, il quale ritenga di essere stato oggetto di una misura di licenziamento senza un valido motivo, possa avere un diritto ad un ricorso contro questa misura davanti ad un organo imparziale». Pertanto, pur lasciando una certa discrezionalità agli Stati, la Carta dei diritti UE li obbliga a legittimare solo quel recesso che abbia una ragione socialmente accettabile e di obiettiva gravità e serietà o di ordine produttivo o legata al comportamento negligente del lavoratore, ed a sanzionare con effetti deterrenti e risarcitori e/o anche ripristinatori il comportamento datoriale che violi questi criteri. La norma dell'art. 24 pone l'accento anche sul lato processuale della materia: il licenziato deve prontamente poter adire un giudice imparziale⁶: il

⁵ Come precisato anche nelle stesse *explanations* della Carta che indicano le fonti dei vari diritti e libertà: il Consiglio di Colonia aveva peraltro invitato la Prima Convenzione a recepire i diritti delle due Carte sociali europee che non fossero mere enunciazioni di obiettivi generali e principi. Cfr. G. MICHELINI, *Commento all'art. 30*, in G. BISOGNI - G. BRONZINI - V. PICCONE (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Chimienti, Taranto 2008.

⁶ Sotto questo punto di vista la riforma italiana è apprezzabile in quanto taglia energicamente i tempi per avere un provvedimento in materia di licenziamento creando in buona sostanza un regime speciale nell'ambito del processo del lavoro.

diritto deve essere giustiziabile secondo criteri di effettività (anche, ci sembra, riguardo ai tempi della decisione). Si può pertanto affermare che il meta-criterio che orienta la tutela offerta dalla Carta di Nizza sia quello della limitazione del licenziamento ad una *extrema ratio*, visto il *favor* che l'UE accorda alla promozione dei livelli occupazionali ed al miglioramento delle condizioni di lavoro nel progresso, il che ovviamente implica rapporti dotati di una certa stabilità⁷. Certamente a questi profili si aggiungono quelli concernenti casi di licenziamento discriminatorio riportabili alle numerose direttive in materia e oggi oggetto anche di plurime decisioni anche da parte della Corte di Strasburgo (soprattutto riguardo i licenziamenti in associazioni di tendenza). È ben vero che la Carta di Nizza (art. 51) si applica solo al diritto dell'Unione ed a quello nazionale di applicazione del primo, ma ormai un'ampia giurisprudenza della Corte di Giustizia ha, in buona sostanza, ritenuto l'applicabilità della Carta di Nizza in ogni ipotesi in cui la fattispecie ricada "nel cono d'ombra" del diritto dell'Unione e quindi anche indirettamente o solo lateralmente vi sia un collegamento tra normativa interna e sovranazionale; peraltro – sempre secondo la Corte del Lussemburgo – è il giudice ordinario che è deputato, *prima facie*, a valutare se esista un qualche *link* tra il diritto dell'Unione e la fattispecie esaminata e tale connessione può essere esclusa solo in base a solidi argomenti che dimostrino che la questione è effettivamente strettamente di diritto interno⁸. Soprattutto in materia di licenziamento discriminatorio quindi la Carta ha un ambito di applicazione vastissimo; così come certamente la Carta può e deve giocare un ruolo importante come (libera) fonte interpretativa dovendosi presumere che le scelte nazionali siano coerenti con la Carta dei diritti che tutti i Paesi dell'Unione hanno liberamente sottoscritto, come si desume anche da numerose decisioni della Corte Costituzionale⁹ che ha utilizzato la Carta in

⁷ Sul punto cfr. G. ORLANDINI, *Il licenziamento individuale in Europa*, cit. e M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro*, cit. Gli Autori correttamente sottolineano come per giudicare la idoneità delle sanzioni predisposte dagli Stati per impedire comportamenti illegittimi dei datori di lavoro appare opportuno riferirsi all'ampia giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di abuso nei contratti a termine, nonché a quella del Comitato economico-sociale del Consiglio d'Europa sul rispetto dell'art. 24 della Carta sociale. Le sanzioni dovrebbero rispondere così ai principi di «adeguatezza, effettività e dissuasività». Orlandini ricorda anche le precise disposizioni della Convenzione ILO n. 158/82; la Corte di Strasburgo nella sentenza *Demir* del 2008 in materia di diritti sindacali ha ritenuto rilevanti le Convenzioni ILO anche per gli Stati che non le hanno ratificate o l'hanno fatto con riserva allorché queste esprimano tendenze di fondo della società europea, il che certamente ha solidi fondamenti per quanto riguarda la tutela contro il licenziamento ingiustificato.

⁸ Per un esame della giurisprudenza sulla Carta di Nizza dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona rinvio al mio, *Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza*, in R. COSIO - R. FOGLIA (a cura di), *Il Dialogo tra le alte Corti*, in corso di pubblicazione, Giuffrè, Milano. La Corte di Giustizia non ha ancora mai richiamato l'art. 30; tre sentenze della Cass., la n. 15519/2012, la n. 21967 e la n. 15822/2002 la richiamano come fonte interpretativa.

⁹ Cfr. C. cost. nn. 93/2010, 81/2011, 31/2012.

questioni non di diritto europeo (e quindi non come fonte vera e propria) per dimostrare le linee di convergenza tra dati costituzionali interni e sovranazionali. Secondo tesi più radicali, posto che esiste una competenza UE (cfr. art. 153 TFUE), ancorché non esercitata, seguendo alcune indicazioni della sentenza *Zambrano* (C.34/2009 dell'8 marzo 2011) della Corte del Lussemburgo, la manifesta violazione del contenuto essenziale del diritto di cui all'art. 30 (ad es. con una disciplina totalmente liberalizzante la materia) sarebbe sindacabile da parte della Corte; si tratta di un percorso argomentativo interessante, cui però mancano ancora sufficienti riscontri dottrinari e giurisprudenziali¹⁰.

Da ultimo si deve ricordare l'importantissima clausola sociale di cui all'art. 9 TFUE che così recita: «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche ed azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana»; il riferimento chiaro ed univoco ad un elevato livello di occupazione ribadisce che l'azione europea non può mirare a rendere più incerti, precari e annullabili a piacimento i rapporti di lavoro. Se davvero si ritenesse che la recente riforma in Italia sia stata richiesta dall'Unione e che abbia comportato una limatura dei diritti connessi allo *status* di occupato, allora si potrebbe concludere che sia stata violata la clausola sociale prima ricordata, la cui natura obbligatoria e non meramente programmatica è in genere ammessa in dottrina, tanto che l'art. 9 è già stato richiamato dall'Avvocato generale Villanon¹¹.

Le indicazioni dell'Unione Europea: *flexicurity* e metodo aperto di coordinamento

Dobbiamo ora esaminare il ruolo dell'Unione in un campo più ambiguo e meno rigoroso rispetto a quanto emerge dalle fonti vere e proprie europee ed internazionali, e cioè le indicazioni provenienti dal metodo aperto di coordinamento (MAC) o anche dall'azione di coordinamento delle politiche economiche e sociali europee (art. 156 TFUE). Certamente gli atti che vengono emessi in questa sede non hanno valore obbligatorio e vincolante, né natura giustiziabile, anche se uno straordinario rafforzamento, soprattutto delle Raccomandazioni emesse dal Consiglio su proposta della Commissione, si è avuto, con particolare riferimento ai Paesi dell'eurozona, con le trasformazioni avutesi nella struttura istituzionale dell'Unione (in alcuni casi attraverso l'approvazione di Trattati di diritto internazionale, in altri solo attraverso prassi più stringenti)

¹⁰ Sul punto cfr. T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro*, cit. Cfr. anche il complesso articolo di A. VON BOGDANDY ET AL., *Reverse solange - Protecting the essence of fundamental rights against EU member states*, in *CMLR*, 2012, pp. 489 ss. che valorizza la sentenza *Zambrano* per stigmatizzare plateali violazioni dei diritti fondamentali, anche fuori dal campo di applicazione diretta della Carta di Nizza, anche se con riferimento alle libertà di stampa e comunicazione.

¹¹ Sul punto cfr. G. BRONZINI in *Il modello sociale europeo*, cit.

attraverso le controverse misure per fare fronte in qualche modo alla crisi economica ed a quella, a tratti drammatica, della moneta unica. Le conseguenze di questo assestamento, che ha ridislocato sul Consiglio europeo il baricentro della complessiva attività dell'Unione sono ancora da esaminarsi, soprattutto in ordine alle conseguenze di natura sociale, tenuto conto che il *fiscal compact* è stato ratificato dalla Germania solo dopo la decisione del Tribunale costituzionale del 12 settembre 2012. Tornando indietro nel tempo, il lancio in grande stile della Strategia europea sull'occupazione (SEO) con la *Lisbon agenda* nel 2000 ha comportato una notevole enfasi sul lavoro di qualità (*more, but better jobs*), che certamente implica una stabilità nei rapporti di lavoro di cui la disciplina dei licenziamenti costituisce un pilastro essenziale; analogamente obiettivo prioritario è stato fissato nell'incremento dei tassi d'occupazione, soprattutto nel settore femminile¹². Da quel momento il complesso e molto studiato procedimento di scambio comunicativo e riflessivo tra ordinamento europeo e i sistemi nazionali, connesso al MAC (che è stato generalizzato a tutti i settori sociali e sempre più saldamente connesso al coordinamento delle politiche economiche e di sviluppo di ordine generale) ha portato ad una prima stabilizzazione dei principi selezionati come *best practises* per una crescita equilibrata ed attenta alla dimensione dei diritti sociali fondamentali (per lo meno quelli stilizzati nella Carta di Nizza) con la formalizzazione del dicembre del 2007 dei principi comuni di *flexicurity*¹³: da quel momento in poi Unione e Stati membri nelle loro politiche economiche e sociali dovrebbero applicarli in quanto espressione di un bilanciamento equo e ragionevole tra esigenze legate alla flessibilità (produttiva, ma anche collegata alle aspirazioni delle persone, ai loro piani di vita) e quelle connesse alla garanzia di una sicurezza individuale, della salvaguardia di un livello di benessere minimo tale da tutelare la dignità del cittadino europeo.

Se si leggono gli otto principi di *flexicurity* si vedrà come essi non autorizzano in alcun modo misure di alleggerimento delle tutele contro il licenziamento ingiustificato, insistendo sulla progressione verso una «occupazione stabile e giuridicamente sicura», un'occupazione di qualità, la lotta contro la segmentazione nel mercato di lavoro ed il contrasto della precarietà. La flessibilità auspicata non è quella del lavoro senza diritti, ma semmai la mobilità in ascesa (verso forme più garantite di impiego) o la transizione da un lavoro ad un altro, inevitabile in tempi di post-fordismo e mercati aperti¹⁴. Naturalmente qui non si

¹² Sul ruolo del metodo aperto di coordinamento nell'ambito delle fonti europee cfr. S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti*, in S. SCIARRA - B. CARUSO (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino 2009.

¹³ Cfr. G. BRONZINI, *Lavoro e tutela dei diritti fondamentali nelle politiche europee del "dopo Lisbona"*, in *Politica del diritto*, 1/2008.

¹⁴ Cfr. sul rapporto tra *flexicurity* e riforma del mercato del lavoro in Italia L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in

vuole negare che in alcuni documenti emanati nell'ambito del MAC, soprattutto da parte della Commissione europea, non si sia insistito forse eccessivamente su una prospettiva includente una disciplina meno rigida dei licenziamenti in alcuni Paesi come il nostro¹⁵, ma non si deve dimenticare che nell'articolato ed aperto sistema della *governance* europea entrano in gioco altri attori istituzionali, come gli Stati, il Parlamento europeo e le stesse parti sociali. È senz'altro inaccettabile l'atteggiamento di quei governi (come quelli presieduti dall'On. Berlusconi) che hanno concorso, nell'ambito del Consiglio europeo, a far prevalere linee di *deregulation* del mercato del lavoro e poi sostenuto che si trattava di obblighi inderogabili provenienti dall'Unione, quasi si trattasse di un destino.

In ogni caso non è quasi mai successo che indicazioni per legislazioni meno rigide sul tema non sono state accompagnate da raccomandazioni per l'adozione di misure di sostegno ai disoccupati ed in favore di meccanismi di inclusione sociale efficaci e davvero universalistici, di cui a tutt'oggi l'Italia è priva. Come si è già accennato la posizione degli organi europei è certamente molto limpida nel combattere la cosiddetta "segmentazione" del mercato del lavoro, il che implica la tutela di "ogni lavoratore" riguardo la protezione dei diritti sociali fondamentali, tra i quali in primo luogo la protezione contro il licenziamento ingiustificato.

Qualche sommaria conclusione

Ci sembra che nel complesso la "riforma Formero", pur eliminando alcune ipotesi di reintegrazione nel posto di lavoro, anche in chiave comparatistica avuto riguardo a Paesi come la Francia e la Germania, possa dirsi ancora nel solco dell'art. 30 della Carta di Nizza, che cioè, anche con le discutibili novità introdotte, sia stato rispettato il contenuto essenziale del diritto in gioco. Questo, però, solo se l'interpretazione della norma avverrà conformemente alle norme europee ed internazionali e saprà dare lo spazio necessario alla nozione di licenziamento "discriminatorio" che ovunque in UE è colpito con sanzioni durissime e prevalentemente con il ripristino in via giudiziaria del rapporto¹⁶: si dovrà in questo campo valorizzare le varie direttive e reperire degli affidabili indici di presunzione di una condotta ritorsiva del datore di lavoro, posto che

W.P. CSDLE Massimo D'Antona, n. 141/2012; G. BRONZINI, *Flexicurity e nuovi diritti sociali*, in *Diritti, lavori, mercati*, 1/2007.

¹⁵ A cominciare dal *Green paper* sulla modernizzazione del mercato del lavoro nel XXI secolo del 2006, i cui passaggi in punto licenziamenti sono stati poi criticati dal Parlamento europeo e non sono stati poi recepiti nei principi comuni di *flexicurity*.

¹⁶ Cfr. lo studio di *Diritti & lavoro* sul quadro comparativo della disciplina del licenziamento nei Paesi UE, *Le leggi degli altri*, in www.dirittielavoro.it. È anche importante notare come in moltissimi altri Paesi siano significative le procedure sindacali ed il ruolo delle parti sociali di tipo conciliativo, da noi sostanzialmente inesistenti, salvo i casi di licenziamento collettivo.

altrimenti la prova da parte del lavoratore che un licenziamento sia avvenuto effettivamente per ragioni discriminatorie potrebbe rivelarsi diabolica. Ci sembra, però, che nel complesso la riforma sia nella sostanza molto lontana dal seguire le indicazioni europee ed anche le *best practises* continentali che vorrebbero combattere la piaga della disoccupazione o della sottoccupazione (e della precarietà) in un quadro “olistico” e sinergico, cioè non solo attraverso una disciplina sui licenziamenti che elimini l'arbitrio dei datori di lavoro, ma anche con ulteriori strumenti più legati al *welfare* (che assistano il lavoratore non solo “nel contratto”, ma anche “nel mercato”), dall'aiuto ed indirizzo offerto da efficienti e gratuiti servizi all'impiego, a misure di sostegno al reddito (non solo ai disoccupati, ma anche ai giovani in cerca di occupazione o ai soggetti esclusi dal mercato del lavoro), alla formazione permanente e continua (tutti diritti previsti dalla Carta di Nizza che si aggiungono all'art. 30). La tutela e valorizzazione delle risorse umane, ci spiega l'Europa, non passa solo attraverso la garanzia di un posto di lavoro in atto, ma anche valorizzando le aspettative e le capacità dei soggetti, schermandoli in ogni caso da vicende che possono compromettere la loro dignità di cittadini, mettendoli in condizioni di coltivare i loro progetti di vita. Da questo punto di vista l'Italia rimane uno scandalo in tutta l'UE¹⁷ sotto il profilo generale della protezione sociale, in quanto (insieme alla Grecia) non assicura nessun tipo di copertura universalistica ai soggetti che si trovano a rischio di povertà, oltre otto milioni di persone.

Non solo non si è ridotta la segmentazione del mercato del lavoro, ma a coloro che sono i veri esclusi ed emarginati continua a spettare solo una *social card* pari a 80 euro bimestrali, nonostante le varie Risoluzioni del Parlamento europeo e Raccomandazioni della Commissione ed il chiarissimo disposto dell'art. 34 terzo comma della Carta di Nizza. C'è da chiedersi perché questo scandalo sia costantemente cancellato dall'agenda di un Paese fondatore che – se vuole seguire l'Europa – dovrebbe finalmente pensare all'equità sociale non concentrandosi sul solo momento in cui si risolve un rapporto di lavoro e mirare ad un garantismo della persona in quanto tale, del cittadino “laborioso” in senso lato, di cui parla Alain Supiot.

¹⁷ Cfr. G. BRONZINI, *Il reddito minimo garantito nell'Unione Europea: dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione*, in *Giornale dir. Lav. Rel. Ind.*, 2/2011.

Il caso Battisti nel diritto internazionale*

Matteo M. Winkler

Il caso di Cesare Battisti ha impegnato e continua ad impegnare discussioni a ogni livello, politico, giuridico, storico e delle relazioni internazionali. Esso è anche stato oggetto, in tempi più e meno recenti, di scambi di battute tra i ministri, scrittori, giuristi e opinionisti. Quanto segue si propone di rimettere un po' di ordine nella materia, cercando di sciogliere il nodo che ha occupato negli scorsi mesi le cronache internazionali: il Brasile ha legittimamente rifiutato l'estradizione di Battisti richiesta dall'Italia in relazione ai reati da lui commessi nei cosiddetti "anni di piombo"?

Cesare Battisti era uno degli esponenti di un gruppo chiamato "Proletari armati per il comunismo" (PAC), in azione nel Nord Italia nel biennio 1978-1979. Autori di numerose rapine e di quattro omicidi, i PAC venivano arrestati nel giugno 1979 e sottoposti a processo. Nel 1981, Battisti riusciva però a fuggire dal carcere e a rendersi latitante, trovando rifugio prima in Messico, poi in Francia e, più di recente, in Brasile. Nel frattempo i processi contro di lui si erano conclusi, nel 1993, con una condanna all'ergastolo.

Dal 1990 al 2004 Battisti ha vissuto la sua latitanza a Parigi, protetto dalla "dottrina Mitterrand". Si tratta di una presa di posizione ufficiale espressa dal Presidente francese François Mitterrand nel 1985 ai sensi della quale il governo d'Oltralpe avrebbe assicurato asilo politico ai latitanti italiani espatriati che conducessero una vita regolare in Francia. Due erano le premesse politiche di questa "dottrina": il rifiuto delle "leggi d'emergenza", delle quali la sinistra francese accusava l'Italia di avere fatto uso negli "anni di piombo", e la legittimità della violenza in certi casi. In sostanza, i francesi restavano convinti che la Repubblica italiana fosse una democrazia a metà e Mitterrand, con il suo atteggiamento, non faceva altro che tradurre in parole questa ferma convinzione.

Venivano così di fatto posti nel nulla sia il trattato bilaterale del 1873, che da oltre un secolo regolava le reciproche estradizioni tra i due Stati e che si è poi estinto nel 1986, sia la Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957, che sostituiva, questa volta su un piano multilaterale, il trattato precedente. La Convenzione stabilisce un generale obbligo reciproco di estradizione (art. 1), salvo che ricorra una delle eccezioni espressamente previste. Tra queste, due interessano ai nostri fini.

* Il presente articolo, che qui è il risultato di alcuni opportuni adattamenti, è stato pubblicato col titolo *Il caso Battisti e le incerte promesse del diritto internazionale* sulla rivista *Il corriere giuridico*, 7/2012, pp. 900-907.

La prima eccezione esclude l'estradizione in caso di "delitto politico" (art. 3 par. 1). Tuttavia, al pari di altri strumenti internazionali in materia, la norma non offre una compiuta definizione di "delitto politico", che è dunque lasciata alla prassi applicativa. Un'ulteriore eccezione all'estradizione, prevista dall'art. 3 par. 2 della Convenzione e chiamata «clausola francese» o «di non-discriminazione», protegge direttamente i diritti fondamentali dell'estradando, impedendo estradizioni a fini persecutori. In virtù di tale disposizione, l'estradizione dovrà essere rifiutata qualora l'estradando corra il rischio di essere perseguitato nel Paese di destinazione a motivo, tra l'altro, delle sue opinioni politiche.

È interessante notare, peraltro, che la giurisprudenza francese nel caso di Battisti non ha applicato nessuna di queste eccezioni. In effetti, quando nel 1991 la *Cour d'appel* di Parigi aveva rigettato le due richieste di estradizione avanzate dall'Italia, l'aveva fatto in virtù non di considerazioni inerenti alle eccezioni previste dalla Convenzione, bensì di aspetti meramente processuali riguardanti il cumulo di reati applicabili nella specie. In questo modo, facendo riferimento a eccezioni non previste sul piano convenzionale e finendo per applicare la decisione politica assunta da Mitterrand, i tribunali francesi ponevano la Francia al di fuori del sistema multilaterale. Si può dunque dire che la mancata estradizione di Battisti fosse illegittima già nel 1991.

Si deve comunque dubitare che Battisti potesse rientrare in una delle eccezioni testé menzionate, e ciò perché le condanne inflitte contro di lui dai tribunali italiani non riguardano delitti "politici", trattandosi di omicidi e rapine e perché, inoltre, la preoccupazione che l'estradando subisca "persecuzioni" una volta eseguita l'estradizione deve essere fondata su "motivi seri", non essendo certamente sufficiente il semplice pregiudizio, peraltro del tutto errato, nei confronti di un ordinamento nel suo complesso. In effetti, deve ricordarsi al riguardo che i trattati internazionali devono essere interpretati in buona fede e le espressioni ivi utilizzate non possono essere sfruttate per veicolare pregiudizi di natura politica, come invece è avvenuto nel caso di Battisti.

È stato proprio in relazione a tale caso che la giurisprudenza francese ha fatto chiarezza, in anni più recenti, sull'inammissibilità della dottrina Mitterrand. Nel contesto di una rinnovata collaborazione tra i due Paesi, nel 2003 l'Italia avanzava nuovamente alle autorità francesi richiesta di estradizione di Battisti. Questa volta la Corte d'Appello di Parigi, con sentenza del 30 giugno 2004, accoglieva la richiesta e il successivo ricorso in Cassazione presentato da Battisti veniva rigettato. Dieci giorni più tardi, il ministero della giustizia concedeva il suo *placet* all'estradizione.

Il caso perveniva così al *Conseil d'Etat*, che disattendeva in modo espresso la dottrina Mitterrand, dichiarandola priva di effetti. I giudici amministrativi rilevavano inoltre che, anche qualora si volesse dare valore alla dottrina in parola, la si dovrebbe ritenere inapplicabile nella fattispecie, trattandosi di persona condannata per delitti di sangue, dunque esclusi dallo stesso Mitterrand dall'oggetto della sua dottrina. Infine, i giudici consideravano irrilevante la pre-

tesa di Battisti in relazione alla sua contumacia nei processi italiani – argomento, questo, molto caro ai sostenitori di Battisti – e ciò perché era stato lo stesso Battisti ad essersi mostrato «*de manière non équivoque sa volonté de renoncer à comparaitre en personne devant ses juges et de se soustraire à la justice*».

Si conferma così, al di là delle argomentazioni degli *intellos* suoi amici, la vera consistenza dei fatti: come spiega Armando Spataro nel suo libro *Ne valeva la pena*, «Battisti era stato effettivamente condannato in contumacia, ma solo a causa della sua evasione da un carcere» e aveva esercitato in pieno i suoi diritti di difesa nei processi in Italia. Contro la pronuncia del *Conseil d'Etat* Battisti presentava un ulteriore ricorso dinanzi alla Corte europea dei diritti umani, che con sentenza del 12 dicembre 2006 ne dichiarava l'irricevibilità. La Corte confermava quanto già accertato dai giudici francesi: Battisti è un evaso, che ha consapevolmente scelto di non comparire di fronte ai giudici italiani; sapeva benissimo che alla sua fuga avrebbe fatto seguito un procedimento in contumacia, e l'ha accettato; infine, era sempre stato prontamente informato dei propri diritti e si era difeso, attraverso degli avvocati di sua fiducia, dinanzi ai tribunali italiani.

La conclusione, per la Corte, era ovvia: non si è verificata, in relazione all'extradizione di Battisti, alcuna violazione dei suoi diritti fondamentali e i processi svoltisi contro di lui in Italia possono considerarsi del tutto regolari. Parole al vento: all'epoca Battisti era già fuggito in Brasile, riuscendo per qualche anno a far perdere le proprie tracce.

I due temi già affrontati in sede francese ed europea – la natura politica delle azioni dei PAC e il rischio di persecuzione una volta eseguita l'extradizione – sono stati ripresi da Battisti di fronte all'autorità giudiziaria brasiliana subito dopo il suo arresto nel 2007. Anche qui si trattava di valutare la legittimità della domanda di estradizione avanzata immediatamente dall'Italia.

La materia è regolata da un Trattato bilaterale concluso il 17 ottobre 1989 e in vigore dal 1993. In virtù dell'art. 1 di tale Trattato, ciascuna parte si impegna a estradare la persona richiesta dall'altra alle condizioni previste dal Trattato medesimo. In primo luogo, l'art. 3 contempla le eccezioni che lo Stato richiesto può avanzare per rifiutare l'extradizione. Tra queste, compaiono, alle lettere *e* ed *f*, le due eccezioni (reato politico e clausola di non-discriminazione) già affrontate nei processi in Francia. Inoltre, l'art. 5 ribadisce l'esigenza di rispettare i diritti umani, conferendo alla parte richiesta il diritto di rifiutare l'extradizione qualora l'extradando sia stato o sarà sottoposto «ad un procedimento che non assicura il rispetto dei diritti minimi di difesa», con la precisazione, però, che la contumacia di per sé non può costituire motivo di rifiuto dell'extradizione. Lo stesso vale qualora vi sia motivo per ritenere che l'extradando, una volta consegnato alle autorità dello Stato richiedente, verrà sottoposto a pene o trattamenti in violazione dei diritti umani.

La questione centrale del processo in Brasile, del quale è stato investito il Tribunale Supremo Federale (TFS), risiede nella corretta interpretazione del Trat-

tato di estradizione in vigore, in particolare delle tre eccezioni sopra indicate. Pertanto, la risposta alle contestazioni sollevate da Battisti può e deve rinvenirsi unicamente nel Trattato, leggendone le norme alla luce dei criteri ermeneutici previsti dal diritto internazionale, in particolare dell'obbligo di buona fede.

Sotto il profilo della natura "politica" dei reati ascritti a Battisti, nella propria decisione del 19 dicembre 2009, il TSF ha giustamente osservato che non può considerarsi "politico" un delitto commesso «in piena normalità istituzionale dello Stato democratico di diritto, in assenza di propositi politici immediati o connotazioni di reazione legittima contro un regime oppressivo». In questo modo i giudici rovesciano la prospettiva usata dal ministro della giustizia nel suo decreto del 2009, che nel citare – chiaramente a sproposito – Norberto Bobbio e Hannah Arendt aveva ritratto un Paese, l'Italia dei PAC, che per combattere il terrorismo era divenuto di riflesso prigioniero di un feroce autoritarismo.

Il TSF ripercorre poi la storia degli anni di piombo per verificare, in conclusione, che non si è realizzata alcuna significativa involuzione antidemocratica, aggiungendo che ogni teorizzazione in senso contrario, come quella proposta dai difensori dell'estraddando, «rappresenta un esercizio di pura speculazione». Sotto il secondo aspetto (le "serie ragioni" che Battisti sarebbe oggetto di persecuzione politica in Italia), secondo il Tribunale non è stata sufficientemente provata «l'esistenza di un fatto in grado di giustificare il timore attuale del [futuro] mancato rispetto delle garanzie costituzionali del condannato». Posto infatti che il timore deve essere "attuale", non può confondersi la "persecuzione" come "fuga dall'ingiustizia" con la "fuga dalla giustizia" realizzata da Battisti.

In questo senso, il Tribunale ricorda che è lo stesso Alto Commissariato dell'ONU per i rifugiati ad affermare che «*a refugee is a victim of injustice, not a fugitive from justice*» e che la Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sullo *status* dei rifugiati, sulla scorta della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, esclude *expressis verbis* che possa attribuirsi lo stato di rifugiato a chi abbia commesso «*a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee*». Se è vero dunque che talvolta la persecuzione può realizzarsi a mezzo di accuse di "gravi delitti comuni", è altrettanto vero che il criterio attraverso il quale valutare l'estraneità di tali accuse alla definizione di "persecuzione" è, ancora una volta, il rispetto dello standard minimo di tutela dei diritti umani. L'omicidio è sicuramente al di fuori di questo standard, come peraltro risulta inequivocabilmente dalla stessa legge brasiliana in relazione a omicidi che pure sono stati perpetrati a fini politici. Quindi a ragione deve escludersi che Battisti possa legittimamente fregiarsi dello *status* di rifugiato politico in Brasile.

Peraltro, questa interpretazione è perfettamente consistente con l'esigenza di leggere le norme internazionali in relazione al loro testo, contesto e scopo, nonché all'obbligo di buona fede. Nello specifico, l'espressione «delitto politico» contenuta nell'art. 3 lett. *f* del Trattato bilaterale, deve essere interpretata alla luce della prassi internazionale in materia, rispetto alla quale si registra, da

oltre un secolo, la tendenza ad escludere che nel concetto di “delitto politico” possano essere compresi delitti gravi contro la persona. L’unica vera eccezione a tale esclusione è l’ipotesi della guerra civile o dell’insurrezione armata, che però denotano forme di conflitto lontane anni luce dal contesto nel quale i PAC compivano le loro azioni.

In buona sostanza, il Tribunale ammette che le contestazioni sollevate da Battisti non costituiscono ipotesi genuine di violazioni dei diritti umani, ma solo occasioni pretestuose per resistere all’esecuzione delle pene comminate nei processi in Italia. Estradizione che, di conseguenza, avrebbe dovuto essere concessa senza ulteriore esitazione.

Il Presidente Lula, invece, ha contraddetto la pronuncia del TSF, facendo espressamente valere la disposizione dell’art. 3, lett. *f*, del Trattato bilaterale e rifiutando l’extradizione. Infatti, «a dispetto del carattere democratico di entrambi gli Stati», scrive Lula nel proprio comunicato del 31 dicembre 2010, in virtù della sua condizione personale Battisti sarebbe «a rischio», se estradato, di subire – come recita tale norma – «atti persecutori o discriminatori».

La decisione di Lula segue un parere rilasciato dall’avvocatura generale brasiliana, nella quale si fanno valere proprio i rischi che Battisti correrebbe una volta trasferito in Italia: Battisti è dunque a rischio di subire persecuzioni, discriminazioni o trattamenti inumani e degradanti?

Nel merito, al quesito deve darsi certamente risposta negativa. Anzitutto, l’avvocatura evidenzia il carattere “eminente politico” dell’istituto dell’extradizione, che legittima il Presidente della Repubblica a decidere in piena autonomia sulla concessione dell’extradizione. Ma questa interpretazione non considera che, ove anche si voglia attribuire all’extradizione – che è piuttosto un istituto del diritto – una valenza politica, il Trattato bilaterale va comunque rispettato, a prescindere dal diritto interno e dalle istanze politiche o sovrane che si considerano espresse nelle disposizioni internazionali in materia. Dunque se il Trattato stabilisce un obbligo di estradizione, *pacta sunt servanda*: non si può derogare all’obbligo a meno che non ricorra una delle eccezioni contemplate dallo stesso Trattato. La discrezionalità, per quanto prevista dall’ordinamento interno, non può giustificare una decisione incompatibile col diritto internazionale.

Il problema, allora, diventa quello di verificare se sia applicabile una delle due clausole sopra indicate. Esse parlano, rispettivamente, di “serie ragioni” e di “fondati motivi”. Da un lato, non pare che la polemica, lo sdegno e la disapprovazione emersi nel dibattito sul caso Battisti in Italia raggiungano quel livello di “serietà” e “fondatezza” espressamente richiesto dalle norme del Trattato. Dall’altro, è ridicolo pensare che la sottoposizione di un individuo alla pena dell’ergastolo possa dirsi sufficiente per affermare che è in atto una “violazione dei diritti fondamentali”.

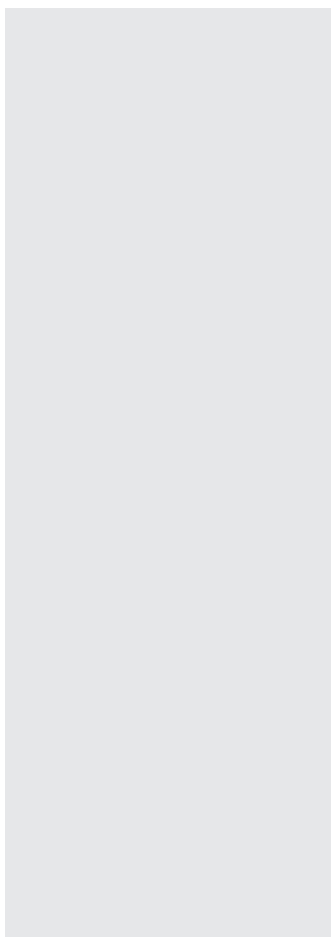
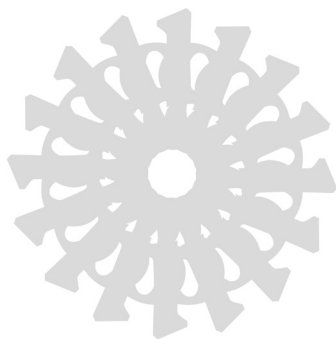
Per ora, dunque, nessuna estradizione. Italia e Brasile, però, potrebbero continuare a fronteggiarsi sul piano internazionale. Tra i due Paesi, infatti, vige

un accordo di conciliazione e di regolamento giudiziario firmato a Rio de Janeiro il 24 novembre 1954, il quale stabilisce – previo l'esaurimento dei ricorsi interni (art. 3), com'è in effetti avvenuto – un sistema bifasico nel quale ciascuna delle parti può chiamare l'altra dinanzi a una Commissione di conciliazione. Qualora la procedura di conciliazione, destinata a concludersi con un parere non vincolante, si riveli infruttuosa, ciascuna parte può azionare un procedimento contenzioso dinanzi alla Corte internazionale di Giustizia.

La vicenda è dunque lungi dall'essere definita e il ricorso alla Corte internazionale di Giustizia, che si annuncia a breve, potrebbe riservare ancora grandi sorprese.

Certo, la vicenda è complessa. Ma la complessità non deve allontanare l'interprete dalla necessità di esaminare il caso dal punto di vista del diritto. Un diritto che, per quanto soggetto alle forti correnti della politica, della polemica e delle relazioni tra gli Stati, pare il più delle volte in grado di definire il percorso giusto da seguire.

CULTURA E PROFESSIONE



Recensione a *Paolo Grossi*, a cura di G. Alpa*

Umberto Vincenti

Una consapevolezza da guadagnare per il ritorno dello *ius*

Il libro sviluppa un magnifico discorso sul diritto di cui ci vuole rivelare la quintessenza. Il diritto è un sapere o, meglio, è il sapere capace di ordinare una società e, ordinandola rettamente, la consolida e la salva: ha uno statuto epistemologico perfettamente autonomo e una lunga storia in Occidente. Ma nel corso dell'età moderna il diritto – lo *ius* – è stato progressivamente detronizzato da un usurpatore, anzi da un'usurpatrice, la *lex* che ha conquistato e tuttora governa quei territori su cui prima regnava lo *ius*: quel gigante che è lo Stato moderno non poteva ammettere l'autonomia dello *ius* la cui creazione era ad esso esogena in quanto prerogativa dei *iuristae* che insegnavano nelle università e sentenziavano nei grandi tribunali. È ora tempo – e sembrerebbe anche propizio – di battersi per il ritorno del re, ma è un'impresa che possono tentare solo i suoi sacerdoti, appunto i *iuristae* che, illuminismo e rivoluzione, decretando l'eclissi del vecchio ordine giuridico, hanno collocato in secondo o terzo piano nel circuito che conduce all'invenzione di nuovi assetti istituzionali.

Questo è, in breve, il messaggio fondamentale del libro nel quale è diffuso l'appello ai giuristi affinché provvedano al superamento, una volta per tutte, dell'ubriacatura legalistica in cui essi sono stati costretti nella modernità; e così liberati e coscienti possano dare opera per il "recupero del diritto" nei nuovi contesti istituzionali della contemporaneità. Quasi una sfida; e Grossi ci indica la via che passa attraverso la riscoperta di tre dimensioni proprie dello *ius* occidentale: la dimensione comunitaria (il diritto è un fenomeno sociale), la dimensione della natura delle cose (il diritto sta scritto dentro i fatti, di per se stessi normativi), la dimensione della tradizione (il diritto è una manifestazione storica e, dunque, sempre *in fieri*).

Il libro, ottimamente curato da Guido Alpa attraverso un'accorta selezione di alcuni saggi tratti dalla ricca produzione di Grossi, riesce ad offrire una compiuta rappresentazione del pensiero di uno storico di gran rango, impegnato da tempo ad aiutare tutti noi che, addentro all'universo giuridico, ci poniamo – o, almeno, dovremmo porci – le domande fondamentali (chi siamo? da dove veniamo? dove stiamo andando?) attraverso cui cercare di acquisire qualche consapevolezza circa lo stato della nostra arte: un libro scritto da «uno storico un po' speciale» (Alpa, p. XI) che qui assume piuttosto la funzione di «analista sociale» (p. VII) capace di narrarci suggestivamente quel che non possiamo

* G. ALPA (a cura di), *Paolo Grossi*, Laterza, Bari 2011, pp. I-XXXI e 1-272.

non sapere; e che, però, ci può sfuggire assillati come siamo dalle urgenze del presente e sul presente quasi sempre schiacciati. Le risposte di Grossi sono forti, taglienti, coraggiose, mai opportuniste intorno al come e al perché i giuristi siano divenuti quali oggi sono: risposte sentite le quali non possiamo non riflettere e anche non essere scossi perché è sempre così quando siamo inesorabilmente posti dinanzi ai nostri difetti, di esperti giuridici abituati a leggere e a intendere testi imperativi, ma anche a distorcere e a mistificare parole, “le parole della legge”, e così a tradire – chi più chi meno – la missione del diritto. Ma non è tutta colpa nostra, ci consola subito Paolo Grossi, perché siamo stati, e spesso inconsapevolmente, oggetto di manipolazione fin dalle aule universitarie quando ci è stato fatto credere che esiste un’identità assoluta tra legge e diritto e che nella legge si trovasse tutto o, almeno, quel tutto che noi avremmo dovuto conoscere e unicamente coltivare. Invece il diritto, ci avverte Grossi non è mai, nemmeno in un sistema legale come il nostro, riducibile a una semplice formula verbale perché esso ha a che fare con il sociale di cui è la misura irrinunciabile e fondativa dell’ordine. Molto di più dunque di quel che sta scritto in un codice o in un testo di legge, foss’anche la carta costituzionale, e il giurista – è questa la sua qualità – deve saper percepire e non deludere o tradire quanto va oltre la testualità giuridica e si incarna – come il diritto – nell’umanità delle persone e della comunione sociale.

Il progetto statual-legalitrico

Grazie a una cultura e a una sensibilità straordinarie Grossi riesce a spiegarci come, nei nostri sistemi romanistici, il pensiero giuridico si sia progressivamente impoverito man mano che si veniva politicamente affermando il progetto borghese di costruzione dello Stato e della società da esso governata attraverso la legge.

Tutto era già stato architettato dai giusnaturalisti e, per il primo, da Hobbes che aveva teorizzato il conferimento di ogni potere, ivi compreso quello normativo, a una persona e la necessità di ridurre il diritto alla legge: «la legge» – scrive Hobbes – «è l’ordine di quella persona (individuo o assemblea) il cui precetto contiene in sé la ragione dell’obbedienza». Dunque, questa persona può essere anche un’assemblea; e il retto e il torto più non esistono, sostituiti dalla nozione a-contenutistica di validità *secundum legem*. Nel panlegismo hobbesiano non vi è spazio per i *iuristae* e la loro libera *interpretatio*: l’interpretazione è *lectura legis* a cui sono chiamati i giudici-funzionari nominati dal sovrano legislatore. E negli auspici di questo filosofo è postulato non solo il depotenziamento dei *common lawyers*, ma lo stesso superamento del *common law* sostituito in tutto dalla legge sovrana.

Così, nella teoria giusfilosofica, statalismo e legalitria nascono in Inghilterra dove non avranno fortuna che, invece, troveranno, rielaborati, nel continente europeo: la rivoluzione di Francia sarà anche – e non sarebbe potuto essere diversamente – rivoluzione giuridica e questa inciderà sul profondo perché si

determinerà una vera e propria inversione del metodo giuridico quale si manifesterà con evidenza nella fase giacobina durante la quale il diritto assumerà nuova forma, quella che oggi ci è familiare. Protagonista del «giacobinismo giuridico» è un avvocato, con varia esperienza tribunesca, provveduto di un'eccezionale cultura umanistica e filosofico-politica: un personaggio d'eccezione quale era Robespierre sostiene un modello di democrazia che è stato esattamente definito come «democrazia legislativa». I cittadini hanno i loro diritti naturali e lo Stato deve garantirli; e non esiste alcun strumento più idoneo a questo scopo della legge. Occorre redigere dei testi normativi il più possibile inattaccabili dagli interpreti; e sarà bene che a scriverli non siano mercanti o mestieranti quali sono i giuristi e che comunque la revisione sia affidata ai filosofi. Robespierre scrive lui le leggi: buona parte della Dichiarazione dei diritti del 24 giugno 1793 e tutto un progetto di nuova costituzione poi non entrato in vigore a causa del succedersi degli eventi. Così si creò un precedente tuttora vivo e i giuristi furono esclusi dal circuito istituzionale che ha come esito la produzione di nuove norme. In questo biennio – quello del Terrore (1793-1794) – noi fummo determinati ad essere quel che tuttora siamo: Grossi ce ne rende avvertiti e pagine come le sue, così veridiche, non erano mai state scritte.

L'essenza del “testualismo legolatrico” – quell'essenza hobbesiana che ancor ci fuorvia – si legge nell'art. 4 della Dichiarazione del 1793: «La legge è l'espressione libera e solenne della volontà generale; è la stessa per tutti, sia che protegga sia che punisca; non può ordinare che ciò che è giusto e utile alla società; non può impedire che ciò che le è nocivo».

Il modello del diritto scritto che abbiamo così ereditato ha interrotto una tradizione, la nostra, in cui giuristi colti erano in grado di leggere il reale e di approntare categorie ordinanti perfettamente speculari; e ci ha restituito piuttosto esperti legislativi che leggono e combinano parole e disposti vicini e lontani (anche molto lontani) in una dimensione artificiale e sovente disancorata dal reale. Vi è però tutta la nostra tradizione a rammentarci che esiste una “natura delle cose” non giusnaturalista, ma coincidente con quell'essenza dei concreti fatti sociali che dobbiamo essere preparati a leggere senza i filtri della *lex* astratta perché in essi stanno iscritte indicazioni normative affidabili da elaborare, facendo interagire molti saperi, in base al principio della congruenza: il diritto autentico è la rivelazione istituzionale di una società che si ordina e così si salva dal disordine che ne minaccia la tenuta.

Il diritto salvatore versus i diritti insaziabili

A Grossi preme la sorte della comunità, svalutata anch'essa, come il suo *ius*, dal progetto moderno – recepito dalla contemporaneità – che pone al centro dell'universo l'individuo e il suo desiderio di *dominium*, di sé e delle sue cose (*dominium sui* e, rispettivamente, *rerum*) e oggi pure del suo corpo. La *communitas versus* il *proprium*, potremmo dire: un'antitesi irreprimibile il cui

equilibrio non può essere affidato all'imponderabilità della legge ma che postula l'opera quotidiana di *iuristae* radicati nella società e nella concretezza dei fatti sociali. Comunità e fatti che, invece, la *lex* generale e astratta è inidonea a leggere nella loro complessità e, dunque, di normare rispettando le realtà in campo. Ma il progetto borghese voleva semplificare al massimo lo scenario politico e poi giuridico portando sul palco due sole entità, due astrazioni a ben vedere, lo Stato-persona e l'individuo-soggetto unico universale, ora antagonisti, ora collaboranti, la cui misura era rimessa integralmente alla cifra della legge giusta per definizione perché (asseritamente) conforme alla volontà generale. Ecco che nell'età del trionfo della ragione si costruiscono dei miti indiscutibili che Grossi de-costruisce come meglio non si sarebbe potuto: perché, è vero, «ci siamo sciacquati la bocca con termini come uguaglianza giuridica, gerarchia delle fonti, divisione dei poteri, certezza del diritto, legalità e così via» (p. 16).

Il termine *mythos* sembra avere la stessa radice dal latino *mutus*: indica un racconto che non soltanto «parla», ma nello stesso tempo tace, con un'alchimia di dicibile e indicibile. Un'abile operazione di propaganda politica, ci avverte Grossi: «cominciò il plagio sottile» (p. 143), ma a noi non dispiacque essere plagiati perché questa legge ci ha concesso i diritti ed essa ha lo straordinario dono di potercene concedere sempre nuovi, manovrata com'è da un potere politico che per mantener sé stesso è pronto a corrompere l'interesse generale o, se si preferisca, il bene comune. La legge ha sciolto il diritto in una pluralità indefinita di diritti: una strada luminosa abbiamo così percorso, ma via via gravata da lunghe ombre, le vaste aree dell'edonismo e del consumismo dei giorni nostri alimentata dall'insaziabilità dei diritti: conseguenza quasi inevitabile perché proprio i primi, indispensabili, diritti avevano un preciso marchio d'origine, e questo era la struttura proprietaria del modello, il *dominium* egoistico ed esclusorio. Ciò ha condotto ad offuscare il diritto al singolare, quello che vien detto oggettivo o generale; e così i doveri sono finiti sempre più sullo sfondo, coperti e resi quasi invisibili da un proscenio occupato dai molti diritti degli individui. La giuridicizzazione dell'idiotismo individualista ha reso l'uomo moderno e contemporaneo una monade all'apparenza indipendente (ma potenziale servo di quel gigante che è lo Stato) e, slegato dagli altri, poco propenso a quella reciprocità di offerte che qualunque comunità postula per la sua conservazione: quest'uomo libero, pieno di diritti, più attento alla captazione egoistica che alla prestazione altruista, quest'uomo si è scoperto assai poco responsabile; ma la responsabilità è generata dal dovere e attenuata o esclusa dai diritti.

Un diritto affidato alle parole

Questa è la situazione in cui versiamo; e tuttavia i segnali dell'incrinarsi del mito della legge vi sarebbero. È così in effetti; ma la relazione di noi giuristi o esperti giuridici con i testi cartacei resta esclusiva e condizionante: un «colloquio asfittico» (p. 14) che dà corpo a uno pseudo-dialogo solipsistico che

facilmente fa smarrire il filo con la realtà e i suoi fatti. È accaduto, è storicamente accaduto, denuncia Grossi, che il giurista si sia portato – di fronte al testo – quasi fosse un letterato o un filologo: una vicenda molto pericolosa perché, nell’interazione tra l’uomo-interprete e le parole della legge, non è tanto raro che si venga a confezionare artificiosamente, da uno pseudo-dialogo, «una pseudo-verità, tutelatrice nella sostanza di interessi particolari dei detentori del potere» (p. 117).

Se l’esperienza giuridica è composta da una pletora sterminata di parole irrobustite, però, dall’autorità della legge e combinate secondo i protocolli di una logica astratta, la conseguenza è che si possa ritenere perfetto il prodotto – appunto quel combinato disposto – solo perché soddisfa, a livello verbale, il principio di non contraddizione. Ma con gli scambi di parole si creano realtà puramente virtuali e dalle forme giuridiche si transita alle degenerazioni del formalismo che, nelle mani di interpreti astuti, conducono all’invenzione di moduli, schemi, norme che avvulpano e travisano, anche a bella posta, la realtà sociale, alterandola e, dunque, violandola: così, ci ammoniva Satta più di cinquant’anni or sono, «si crea una falsa esperienza, che col diritto non ha nulla a che fare».

V’è però un altro guasto che a noi interessa più da vicino perché ha riguardo alla nostra stessa identità. Siamo ancora giuristi? O, meglio, che genere di giuristi siamo noi? Siamo ancora capaci di percepire la giuridicità intrinseca nel sociale in cui viviamo immersi? Significano ancora qualcosa per noi sequenze metodiche del tipo: esperienza, intuizione, sapienza, giustizia? Se leggiamo il libro, troviamo le risposte a tutte queste domande: non siamo più *iuristae* secondo la nostra tradizione perché continuiamo ad essere allevati come “puri testuali” e continuiamo ad operare, con questa formazione, in un sistema che è un groviglio di testi cartacei. Il che, ovviamente, non significa che sia il male assoluto l’aver affidato l’evoluzione giuridica alla legge. Il male può essere causato da altri fattori che vengano ad interagire negativamente sulla fonte legale: perché, ci avverte Grossi, il sistema non può funzionare se chi scrive la legge sia «quasi sempre impreparato e incompetente, troppo spesso forzato da interessi particolari e immiserente pertanto la legge ad espediente demagogico» (p. 151).

Giuristi intellettuali e giuristi retti. Allora come fare per ritornare al diritto?

Non occorrono nuove leggi, e non occorrono riforme. Occorre ripartire dalla scuola e innovare i modi dell’educazione giuridica: il diritto deve essere percepito, almeno dagli esperti, per quel che esso ontologicamente è, una forma di conoscenza della realtà, e a ciò è necessario che le università tornino a formare autentici giuristi, uomini di cultura in possesso sì di una tecnica peculiare ma in grado di leggere, oltre ai testi cartacei, una società e di ordinarla adeguatamente, assecondandone e promuovendone il movimento virtuoso che spontaneamente scaturisce in ogni tempo e che postula, per risultare fecondo, di

una disciplina che lo ri-conosca e non lo neghi per insipienza o calcolo. Solo giuristi così formati, giuristi intellettuali, cultori della *vera philosophia*, saranno capaci di costruire e proporre a un legislatore finalmente rispettoso quel che ci vuole: «categorie ordinanti» – ci indica Grossi – «che pescano nel reale, che non galleggiano sul reale» (p. 133).

Nel saggio *Il conflitto delle facoltà* Kant aveva indicato per la facoltà di filosofia un compito che, a ben vedere, è proprio – e, forse, ancor di più – delle facoltà o scuole giuridiche: sviluppare e affinare «la capacità di giudicare con autonomia, vale a dire liberamente [...] poiché l'unica cosa importante è la 'verità'». Noi abbiamo il dovere di trasmettere i fondamenti del pensiero critico, il dubbio metodico, il piacere della problematizzazione, il sentimento e la consapevolezza della relatività di ogni ordinamento o sistema giuridico. E allora accogliamo l'invito di Grossi e non consentiamo con coloro che auspicano la trasformazione delle università in scuole professionali o di libere professioni: perché non verremmo a formare giuristi veri, ma esperti legislativi appiattiti sul presente, conoscitori di testi senza gran sensibilità o interesse, né capacità di progettare, per il futuro, un miglior diritto per migliori assetti istituzionali.

Non basta, però, rafforzare la dimensione culturale per sperare di formare dei giuristi affidabili, e occorre dell'altro. Giacché il diritto ha bisogno di verità e, anzi, è esso stesso – deve esserlo – un discorso di verità: al fine che gli ordinamenti normativi funzionino è necessario che tutti coloro che partecipano alla loro applicazione assumano e mantengano condotte rette. Chiamiamola come vogliamo, etica giuridica o etica pubblica o etica istituzionale o, più modestamente, deontologia; ma è indispensabile che, nella scuola, i giovani vengano educati a non strumentalizzare norme e istituzioni i cui fini vanno rispettati e non abilmente deviati o negati adulterando o falsificando l'essere giuridico. Come opportunamente ci ricorda Grossi (p. 118), la società ha una sua *fusis* e ogni rapporto sociale, anche quelli poi legalizzati, ne ha una sua propria che il giurista deve saper discernere: natura o essenza di un rapporto attorno alla quale la sua disciplina – il regime – deve essere costruita e poi interpretata. Tradirla sarebbe come tradire la società e di questo un giurista non può mai essere artefice o complice.

Vorrei concludere con un ringraziamento a Paolo Grossi, da storico a storico. In un'epoca non propizia allo studio intelligente del passato Egli ha saputo, come nessun altro tra noi storici del diritto, tener vive, non solo presso i giuristi di diritto positivo, le ragioni della storia giuridica: saperlo alla Corte Costituzionale, nominato dalla massima istituzione del Paese, è la migliore speranza che ci poteva dare.

Recensione a *Non giudicate e non sarete giudicati* di Stefano Racheli*

Luca Licitra

Un libro decisamente fuori dal tempo: ne è forse consapevole lo stesso Autore quando, già nella premessa, scrive: «Nelle pagine che seguono, farò spesso riferimento ad autori ‘antichi’. Non sono un fanatico dell’antiquariato, ma sono convinto dell’importanza di registrare quanto remote siano, nella storia dell’umanità, alcune consapevolezze e quanto l’attuale cultura – lungi dal portarle a ulteriore pimpimento – si sia limitata a dimenticarle, quando non addirittura a ignorarle».

Ancor più che per la “risalenza” delle citazioni, il libro appare fuori dal tempo per un altro, più profondo, motivo. Il nostro è un tempo dominato da alcuni “ismi” (per il cui deprecabile uso chiedo scusa, ma non riesco a trovare di meglio): il tecnicismo (la questione giustizia si risolve intervenendo sul processo: basti guardare alla molteplicità di leggi che sono intervenute sui processi civili) e, a braccetto, l’economicismo (la questione giustizia si risolve, per esempio, sopprimendo i tribunali “minori”); inoltre è un tempo «di corsa», «frammentato in una moltitudine di particelle separate, ciascuna ridotta ad un punto»¹. Il libro smentisce e, anzi, va coraggiosamente contro questi linguaggi: parla, in modo quasi inaudito, non di numeri, ma di nomi propri di persone concrete, di coloro nei quali si è imbattuta la vita professionale di Stefano Racheli (magistrato e già membro del Consiglio Superiore della Magistratura). Non parla del numero di sentenze da scrivere o di quanti alunni devono stare in una classe o, ancora, dei posti letto per ogni ospedale o, infine, di quanti immigrati ammettere annualmente: niente di tutto questo. Descrive volti e sentimenti, parlandoci delle storie che gravano sulle spalle dei protagonisti, spesso come pesi insostenibili. E queste storie concrete l’Autore non le vive “di corsa”, ma si ferma e tenta di fare sintesi e anche di (ri-)leggere alcuni istituti giuridici. Sissignori, è proprio così: non “sussume” il “caso” nella casella astratta dell’ordinamento giuridico, ma a partire dalla vita e dalle pro-vocazioni che ne nascono legge e interpreta l’ordinamento generale e astratto.

Il libro insomma ci dice che nel “pianeta giustizia” c’è anche, fondamentale, ineliminabile e anzi prepotentemente presente, una dimensione che potremmo chiamare della relazione umana con e tra tutti quelli che con tale “pianeta” hanno a che fare: magistrati, avvocati, imputati, parti litiganti, personale di cancelleria, testimoni, periti e consulenti. Sia ben chiaro: questa dimensione non è

* S. RACHELI, *Non giudicate e non sarete giudicati*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo 2011.

¹ Z. BAUMAN, *Vite di corsa. Come salvarsi dalla tirannia dell’effimero*, il Mulino, Bologna 2009.

certamente “senza” né tanto meno “contro” la dimensione che potremmo chiamare “istituzionale”: va però sicuramente “oltre”. Non si tratta di indulgenza a buon mercato, ma della consapevolezza della comune umanità che tutti lega: «Vorrei evidenziare quell'insieme di contingenze che ci fanno dimenticare la ‘colleganza’ che accomuna tutti gli esseri umani: nati tutti da donna e tutti destinati alla terra, deriviamo da questa colleganza un'uguaglianza (prevalente su ogni apparente differenza) che punta il dito su un'identità di ‘destino’². Le riflessioni sulla storia di Sergio ce lo confermano: «I ruoli separano gli individui: vivere un rapporto come confronto di ruoli vuol dire quasi sempre distruggerlo. Cosa ha in comune un ‘ragazzo’ con un ‘giudice’? Solo la comune umanità può essere un terreno di incontro. – Cercai di gettare un ponte tra me e lui». I doveri vanno ovviamente rispettati e mai misconosciuti («non so chi mi ha riferito che [Sergio] ha chiesto di me, ma è stato meglio non incontrarsi: pare sia ricercato dalla polizia giudiziaria e dunque avrei dovuto avvisare i carabinieri»), ma ciò non toglie, anzi impone, un'umana attenzione ancora maggiore: «un atto di amore autentico, per quanto piccolo possa essere, dischiude, sia pure per un attimo, la grandezza cui è destinato l'uomo, grandezza che è splendore riflesso dell'Amore vivente». E l'Autore definisce se stesso «povero compagno di strada» di Marta sebbene, secondo il certificato del casellario giudiziario, questa fosse una ladruncola incallita: una inversione di ruoli degna della parabola del buon samaritano, laddove Gesù, rispondendo alla domanda «chi è il mio prossimo?», conclude invitando l'interlocutore a «farsi prossimo» egli stesso piuttosto che a porsi domande sottili.

Anche per questo il mestiere di giudice è tutt'altro che facile: «la complessità del giudicare» (così la chiama l'Autore) emerge a piene mani dalla lettura del libro. La storia di Marion ne è un evidente, tragico, esempio e il racconto inizia

² Il sentimento della comune umanità che tutti ci lega indissolubilmente lo ritrovo, con toni analoghi, in quello spirito credente, anzi quasi mistico, che era Carnelutti, il quale immaginava che, alla fine delle sue arringhe, Cristo stesso scendesse dalla croce per andarsi a porre accanto all'imputato nell'attesa del verdetto: «Ma come, se Cristo è la purezza immacolata e costui è lordo di fango, di nequizia, di disonore? Che importa? Non erano due ladroni quelli che agonizzavano sulla croce a fianco di lui? Non siamo tutti, noi uomini, creature di fango in confronto con la sua purezza immacolata? Chi sono io per aver diritto di giudicare costui? Io non ho altro diritto che il dovere di chiamarlo fratello. – E il giudice, allora? Non è un fratello anche lui? Un fratello, spesso, che non sa di essere tale; tuttavia, fratello dell'accusatore, del difensore, dell'imputato. Allora, quando questo pensiero mi assale, m'accorgo che porta la croce anche lui; e forse è più pesante la sua. Allora, può anche sembrare che io esca di senno per la confusione, che mi si fa, fra tutti gli attori del processo; ma il cosiddetto senno degli uomini è quello che non capisce che un uomo, quando ama l'altro, si confonde veramente con lui, onde Cristo ha potuto pregare il Padre affinché i discepoli, amandosi come egli li ha amati, siano come il Padre e il Figliuolo, ‘una cosa sola’» (F. CARNELUTTI, *Vita di avvocato. Mio fratello Daniele. In difesa di uno sconosciuto*, Giuffrè, Milano 2006, p. 57 (nella collana del Consiglio Nazionale Forense *I discorsi dell'avvocatura*).

così: «Tutti pensano che ‘applicare’ la legge sia la cosa più facile del mondo e che basti conoscere la legge perché il gioco sia fatto. Purtroppo le cose stanno molto diversamente: direi stanno agli antipodi. Infatti il ‘giudizio’ non dipende da quel si ‘sa’, ma, per dir così, dalla pasta di cui è fatto chi giudica. Certo, occorre conoscere i codici e le altre leggi, ma da qui a saper giudicare ce ne passa [...] Purtroppo nel giudicare due più due può fare quattro, ma anche cinque o sei. Perché il giudizio non è una scienza esatta». La storia di Marion è una storia di violenze patite, sulle quali psicologi, medici e assistenti sociali si erano all’unisono clamorosamente sbagliati: la lettura delle considerazioni che fa Racheli a partire da questa storia, sul rapporto tra scienza e diritto e sull’attività di giudizio del giudice appaiono più penetranti e incisive, e comunque sicuramente più toccanti, di tanti scritti sulla prova scientifica³.

E così, sfogliando il libro, la storia dei ragazzini di etnia *rom* sorpresi a rubare in una pasticceria diventa fonte di considerazioni sulla “tolleranza zero”; quella di Timmy e dei suoi maltrattamenti subiti in famiglia pone con forza il problema della tutela fattuale dei soggetti deboli; i disturbi di personalità di Giovanni manifestano con evidenza l’enigmaticità della scienza; Andrea, vivendo in casa l’esperienza della disgregazione, col suo desiderio di «un po’ di serenità» manifesta l’incapacità del diritto di famiglia di garantire ai bambini quanto sembrerebbe scontato; la morte per overdose di Mirko, che sembrava vivere una vita “normale”, ci ricorda come la morte sia l’orizzonte comune in cui ci troviamo a vivere. Ogni storia porta in sé considerazioni di profonda umanità, suffragate da citazioni che evidenziano anche l’ampiezza della cultura di Racheli.

In definitiva colpisce nell’Autore l’equilibrata saggezza, l’equilibrio tra l’essere uomo (in nulla diverso da ogni altro uomo) e l’essere cittadino (con indelegabili doveri nei confronti della *polis*)⁴. Non a caso uno degli autori più citati e amati da Racheli è Aristotele, che ha fatto della saggezza la virtù per eccellenza della ragion pratica: quella *phrònesis* (che in latino diventa *prudèntia*, da cui giurisprudenza) che dovrebbe animare tutti gli operatori di giustizia. Anche le persone cui, alla fine del libro, il Nostro dedica due capitoli, indicandoli come

³ Le considerazioni dell’autore sulla natura del giudizio esplicitano, in modo fra l’altro comprensibile anche a profani, concetti su cui hanno scritto generazioni di pensatori. Basti pensare a PERELMAN-TYTECA (l’introduzione e, parzialmente, la prima parte del *Trattato dell’Argomentazione* chiariscono la differenza tra il vero e il verosimile, tra il persuadere e il convincere, tra la logica e l’argomentazione), a Pascal (i pensieri 1, 2, 3 e 4 – Ed. Brunschvig –, trattano della differenza tra «geometria» e «finezza», così come molti altri parlano del persuadere), a TOMMASO (*Summa Theologiae*, I-II, q. 94, a. 4: in campo speculativo la verità è identica per tutti, ma nella ragion pratica non è identica la verità o norma pratica rispetto ai casi particolari), a ARISTOTELE (il libro VI dell’*Etica nicomachea* tratta della differenza tra le dimostrazioni del pensiero scientifico e il ragionamento della ragione pratica).

⁴ Sia consentito il riferimento al mio *Verità, argomentazione e processo: Socrate e Gesù a confronto*, in *Diritto e formazione*, 6/2010, pp. 988-993.

suoi esempi, sono la sintesi di un grande equilibrio tra il senso del dovere (Giorgio Ambrosoli) e la mitezza dei giusti (Vittorio Bachelet).

Forse, più che un libro fuori dal tempo, quello di Racheli è un libro “senza tempo”; non solo fuori dal nostro tempo, ma da ogni tempo, perché ci narra di verità valide “per ogni tempo”.

Recensione a *La responsabilità civile delle agenzie di rating nei confronti degli investitori* di Paolo Sanna*

Elena Pepe

La piccola raccolta delle struggenti poesie di Auden, *La verità vi prego sull'amore*, è accompagnata e preceduta da una celebre presentazione del poeta russo Iosif Brodskij, il quale guida il lettore spiegando che «I temi di queste poesie sono l'amore e la disonestà – i due poli tra i quali ci siamo trovati a soggiornare nel nostro secolo, pronti a gloriarci della loro occasionale divergenza ma bravissimi, anche quando siamo sfortunati, a conciliarli tra loro, a fonderli insieme. Ci sono buone ragioni se i versi del poeta oscillano tra la più intensa tenerezza e parossismi di indifferenza, e se da queste oscillazioni nasce uno stridente lirismo che non ha precedenti».

Non sembri troppo stridente l'accostamento tra la nobile arte della poesia e, in particolare, fra queste poesie di Auden, ed il freddo mondo del diritto; e la licenza di questo arditto accostamento sia perdonata. Sì perché il tema delle agenzie di *rating*, della loro legittimazione, del regime di oligopolio nel quale esse operano, dei conflitti di interesse e della loro responsabilità nei confronti degli investitori costringe il legislatore a destreggiarsi con abilità (non sempre irreprensibile) tra due poli per conciliare il dato "immanente" costituito dal ruolo e dal potere ad esse attribuito con l'esigenza sempre più imprescindibile di tutela degli investitori e, ancor prima, degli stessi mercati. Il mercato i suoi limiti e le sue potenziali distorsioni: dilemma inaugurale del terzo millennio.

I legislatori, statunitensi ed europei, resisi – a caro prezzo – consapevoli degli effetti devastanti che possono derivare (anche) dal (premature e "a posteriori" ingenuo) riconoscimento giuridico di un potere privo di una formale e compiutamente normata legittimazione, sono dovuti ricorrere ad adottare provvedimenti tesi a diminuire quella rilevanza giuridica che essi stessi avevano nella sostanza riconosciuto alle agenzie di *rating* e ad incrementare invece la vigilanza nei loro confronti; ciò senza tuttavia intaccarne il ruolo, oramai divenuto imprescindibile, all'interno dei mercati finanziari.

L'esigenza e la rilevanza di giudizi esperti al fine di colmare le asimmetrie informative che sussistono fra gli investitori e gli emittenti e l'esigenza di preservare un corretto funzionamento del mercato e di tutelare gli investitori costituiscono i due poli (non così spiritualmente elevati, pur nei loro opposti, come l'amore e la disonestà, ma drammaticamente attuali) dell'acceso dibattito

* P. SANNA, *La responsabilità civile delle agenzie di rating nei confronti degli investitori*, ESI, Napoli 2011.

politico e dottrinale che sta caratterizzando l'inizio di questo ventunesimo secolo che ha visto il suo primo decennio concludersi con una crisi economica di portata globale.

La delicatezza, la complessità e l'intensità del dibattito si manifestano in tutta la loro evidenza proprio sul tema della responsabilità civile, se sol si considera che il Regolamento europeo 1060/09 rinvia «alla pertinente legislazione nazionale in materia di responsabilità civile» e che, allo stato, solo la legge francese fa da eco al rinvio sovranazionale.

Il sapiente e minuzioso lavoro di Paolo Sanna accompagna per mano il lettore nei meandri del nostro sistema di responsabilità civile ma non prima di aver inquadrato l'attività di *rating* nel panorama normativo statunitense ed europeo.

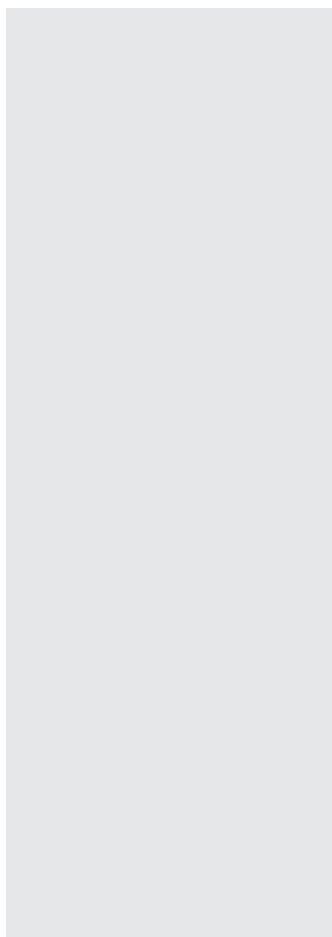
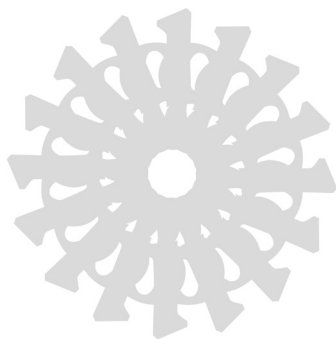
Dopo aver illustrato la funzione delle agenzie di *rating* e dopo averle collocate nel contesto normativo di riferimento, l'autore, nell'entrare nel vivo del tema della monografia, spiega innanzitutto le ragioni per le quali non possa essere seguito e quindi "importato" quel filone giurisprudenziale nordamericano che, onde rendere immuni le agenzie da responsabilità, ha sostanzialmente equiparato il giudizio delle agenzie di *rating* ad una opinione giornalistica. L'approccio al tema nella prospettiva italiana prende avvio da un'ipotesi di responsabilità delle agenzie di *rating* come responsabilità da informazioni inesatte c.d. libere, ovvero diffuse da soggetto qualificato (senza la preesistenza di un'obbligazione in tal senso) con la messa in luce degli elementi che si frappongono all'accoglimento di una tale impostazione, primo fra tutti l'assenza di una disciplina civilistica dell'informazione e della responsabilità da informazione. E l'ostacolo è ancora più rilevante se si considera che fra le fattispecie di responsabilità da informazione che hanno costituito oggetto di tipizzazione normativa non ve ne è alcuna riferita o riferibile alle agenzie di *rating*. Da qui l'elaborazione della tesi di una responsabilità da affidamento e l'individuazione degli itinerari dogmatici percorribili per ricostruirla.

Dotta e accurata è l'illustrazione degli ambiti di rilievo civilistico dell'affidamento: da un modello di responsabilità che trova il suo fondamento nella buona fede oggettiva e nella correttezza ad un modello nel quale l'affidamento costituisce elemento per integrare il criterio dell'ingiustizia del danno. Non manca un approfondito richiamo alle origini germanistiche della responsabilità da affidamento ed alla affascinante teoria del contratto sociale. L'Autore tuttavia non cede alla tentazione e resta ben ancorato al dato del *deficit* relazionale fra le agenzie e gli investitori, ancora più marcato nei casi di comunicati diffusi a mezzo stampa. Sorge quindi la necessità di ricostruire caso per caso la relazione che viene a crearsi fra investitori e agenzie, onde modulare soluzioni diverse ed adatte al caso. Ecco che nei casi in cui sia l'investitore a cercare l'informazione, accedendo volontariamente ai siti delle agenzie, si potrà delineare una responsabilità di natura contrattuale sul presupposto dell'esistenza di un contratto gratuito atipico; mentre nei casi in cui difetti la possibilità di configurare un contratto, pur atipico, si potrà fare ricorso – con tutti gli oneri del caso – alla

responsabilità aquiliana, senza trascurare, per il caso in cui l'investitore abbia acquistato i titoli per il tramite di un intermediario, la possibilità di aggredire quest'ultimo.

Ed è proprio la costruzione di una griglia di ipotesi che tengono conto delle possibili situazioni concrete che fa di questo lavoro un'analisi che si potrebbe definire, con un termine mutuato dalla pianificazione strategica, “*swot*” ovvero che consente di valutare i punti di forza, di debolezza, le opportunità e le minacce. Il risultato di questa analisi non solo potrà essere utile per il legislatore, come ha sottolineato Mario Zana nella sua prefazione, ma potrà altresì costituire solido appoggio e guida pratica per coloro che dovranno affrontare in ambito giudiziario casi di responsabilità delle agenzie di *rating*. Una lettura destinata trasversalmente, insomma, a tutti gli operatori del settore.

L'AVVOCATURA DEI GIOVANI



L'avvocatura dei giovani

Alarico Mariani Marini

L'avvocatura, come è noto, non solo è composta da un numero straordinariamente alto di iscritti agli albi, ma anche da un considerevole numero di giovani praticanti in attesa di essere ammessi alla professione, e di giovani avvocati esordienti in un mondo ancora poco e spesso male conosciuto.

Vivono nell'incertezza, non soltanto quella naturale di chi si accinge ad accedere ad una libera professione nella quale nulla è garantito se non quello che riuscirai a fare da te stesso, ma quella più angosciata che è riflessa da una società e da una giustizia in grave crisi che non incoraggiano a scommettere sul futuro.

Non sono, in genere, circondati da stima incondizionata: come in ogni epoca, grava sui giovani la sfiducia degli adulti, dei *laudatores temporis acti*; quelli di quando vi era maggiore impegno, meno pretese e più rispetto, insomma quando c'era una "meglio gioventù".

Negli studi gli adulti li accolgono e, nella normalità dei casi, consentono loro di vedere in qualche misura da vicino cosa fa l'avvocato.

La Scuola Superiore ha organizzato delle visite di giovani praticanti delle scuole forensi a Strasburgo e Lussemburgo per conoscere le istituzioni europee ed assistere a giudizi avanti alla Corte di Giustizia e alla Corte dei Diritti Umani ed ha avuto occasioni di ascoltare le loro impressioni e, da queste, il loro punto di vista sulla loro esperienza di praticanti.

Il quadro che ne è emerso ha sollevato il velo su una realtà che è in gran parte non conosciuta.

In sintesi si può dire che è a quel mondo che desiderano aprire le loro conoscenze, e che le esperienze attuali risultano inadeguate rispetto alle loro attese.

Alla base di tale insoddisfazione per essi vi è una criticità di rapporto con l'avvocatura che hanno conosciuto, dalla quale non sono ascoltati, e che ritiene che il loro tirocinio debba consistere nell'assimilare modelli che non corrispondono all'idea che essi vogliono avere del loro futuro professionale.

Il problema sembra anche consistere in una mancanza di ascolto, senza il quale non si crea comunicazione e dialogo, e quindi comprensione.

È così emersa anche una condizione caratterizzata da notevoli qualità e maturità dei giovani con le quali stride il contrasto con quanto essi dichiarano di aver ricevuto dall'università in poi.

Certo si tratta di giovani particolarmente motivati, e non tutti lo sono, ma il migliore che essi percepiscono in questo albore di vita forense fa riflettere, e del resto, tutti ne avvertiamo il disagio.

In due convegni la Scuola Superiore ha dato loro voce come protagonisti per confrontarsi con ospiti esperti dei problemi della giustizia e della professione.

Questa voce è risultata di forte dissenso rispetto ad una condizione diffusa dei giovani che essi hanno voluto rappresentare.

Ve ne è abbastanza perché il problema venga affrontato utilizzando quel rimedio antico che è l'arte di ascoltare.

Tra le sette regole di questa arte vi è quella che per comprendere un altro devi partire dalla premessa che ha ragione, perché questo ti aiuta a vedere la realtà dal suo punto di vista. Questo non significa affatto "andare d'accordo", significa che i contrasti possono essere gestiti conoscendo il mondo dell'altro, con rispetto e immaginazione, senza partire con la risposta già pronta che riflette soltanto il nostro modo di vedere il mondo. Perché c'è dell'altro.

Ed allora abbiamo deciso di seguitare a dare voce a questi giovani anche sulla nostra rivista, in un loro spazio aperto al dialogo e sul quale tutti siano disposti a comunicare e a confrontare le proprie opinioni.

Come in quella storia che è sempre ricordata nei libri che aiutano ad ascoltare gli altri.

È la storia dei due litiganti che compaiono avanti al giudice saggio, che ascolta l'uno attentamente e gli dice «Hai ragione», poi ascolta l'altro e anche a lui dice: «Hai ragione». «Ma come», esclama uno dei presenti, «hanno dunque ragione entrambi?».

E il giudice saggio riflette e tranquillo gli dice: «Hai ragione anche tu»¹.

¹ Ripresa dal libro di M. SCLAVI, *Arte di ascoltare e mondi possibili. Come si esce dalle cornici di cui siamo parte*, Bruno Mondadori, Milano 2003.

È iniziato un dialogo

A cura di Elena Borsacchi e Izaura Puka

Ci è stata data la grande opportunità, con il Convegno di Taranto dello scorso 9 novembre, non soltanto di prendere parte attiva a un dibattito concernente il futuro dell'avvocatura, ma altresì di prendere la parola e dare voce alle aspettative, criticità e soluzioni dei praticanti avvocati e giovani avvocati.

Parliamo istintivamente di “grande opportunità” perché ci è stata data occasione di poterci rivolgere e coralmemente interloquire, seppure attraverso le voci di Izaura, Tiziana, Pierantonio, Maria, Roberta e Cristina, con un tavolo di “contraddittori” la cui fama, esperienza, spessore professionale e umano non occorre ricordare in questa sede.

Attraverso le relazioni e gli interventi dei nostri amici e colleghi si è levata una piccola voce sincera dalle fondamenta di quello che (speriamo) sarà il futuro dell'avvocatura, ovvero... noi!

Noi praticanti, noi giovani avvocati, noi laureati in giurisprudenza che, come dobbiamo riconoscere e far memoria di quando sia opportuno rimanere in silenzio ad ascoltare, allo stesso modo non dobbiamo perdere occasione di farci avanti, pur con la serietà e l'umiltà dell'allievo, per domandare, chiedere, proporre.

Ecco che cosa abbiamo potuto ascoltare dai nostri colleghi quando l'avv. Mariani Marini, presidente della sessione, oltre che nostro “direttore d'orchestra”, ha dato loro la parola.

* * *

Izaura Puka

Per capire le aspettative dei giovani praticanti e avvocati rispetto all'avvocatura riteniamo utile partire ponendoci e ponendovi una domanda, forse retorica, ma imprescindibile: qual è l'essenza della gioventù?

Convinti che la nostra risposta non sarà ritenuta eccessivamente enfatica, pensiamo che l'essenza della gioventù si identifichi con una incontenibile forza vitale e trascinatrice, inguaribile ottimismo e, soprattutto, con la capacità di riuscire a vedere la luce anche laddove non c'è, con la speranza di cambiare la realtà che ci circonda, di contribuire a migliorarla o quantomeno di provarci.

Questo modo di essere della gioventù caratterizza anche i giovani fiduciosi e in gran parte entusiasti di costruire nella professione di avvocato il loro futuro.

Per la stragrande maggioranza, come emerso anche dalla prima indagine dell'Osservatorio Permanente Giovani Avvocati istituito dal CNF (circa l'80%

degli intervistati), la motivazione prevalente di tale scelta è la predilezione culturale per il diritto. Con l'esercizio della professione, convinti che il processo serva alla giustizia, sogniamo di poter cambiare il mondo contribuendo a ridurre le ingiustizie e le disuguaglianze.

Concepriamo il diritto come parte integrante della cultura e della vita civile della società in cui viviamo e in cui l'avvocato, con l'esercizio della sua professione, partecipa a pieno titolo alla complessiva crescita culturale della società, e ciò reinterpretando i valori storici della professione alla luce dei valori culturali del nuovo millennio, in primo luogo dei diritti umani e fondamentali.

Questa nostra concezione del diritto è stata ulteriormente alimentata dalla fortuna che abbiamo avuto di crescere, anche dal punto di vista formativo, in un periodo storico in cui si è progressivamente affermata una coscienza civile europea di cui ci sentiamo parte integrante, in cui il sistema tradizionale del diritto ha subito forti cambiamenti. Ci riferiamo al sistema multilivello e alla quotidiana interazione delle corti interne con quelle sovranazionali. Periodo storico che ha individuato quale proprio baricentro la tutela effettiva dei diritti umani e fondamentali in nome della giustizia. Pensiamo che tutto ciò renda ancora più pregnante il ruolo sociale, e conseguentemente anche la responsabilità sociale dell'avvocato, ma allo stesso tempo riteniamo che gli offra ulteriori strumenti cui attingere per contribuire a migliorare la realtà del mondo che lo circonda.

Concepriamo, infatti, l'avvocatura come professione intellettuale che in costante rapporto costruttivo con la società assume inevitabilmente anche un rilievo pubblicistico. Siamo letteralmente innamorati del suo ruolo di organo della coscienza sociale, del suo essere in grado di esprimere una tecnica professionale, ma ancor prima possedere un sapere che riconduce ad un complesso e profondo bagaglio culturale, della sua storia millenaria.

Questa immagine dell'avvocatura è l'aspettativa originaria dell'aspirante avvocato o forse il suo peccato originale. Sicuramente il motore che lo spinge ad andare sempre e comunque avanti, nonostante le difficoltà e gli ostacoli che troverà lungo il suo cammino. Percorso che inizia subito in salita data la difficoltà già al momento in cui si esce dalle aule universitarie e si entra in un mondo, quale quello degli studi legali, distante anni luce dalle astrattezze e dagli schematismi degli istituti appresi nel corso degli studi.

Accanto alla consapevolezza dell'importanza della formazione post-laurea, rispetto alla quale si auspica un ruolo sempre più attivo degli ordini, in tale circostanza emerge prepotentemente dall'inconscio del giovane laureato aspirante all'avvocatura un altro frammento del suo sogno di cui abbiamo parlato poco fa: la figura emblematica dell'avvocato come maestro che lo sostiene nella difficile navigazione che dalla laurea lo tragherà all'effettivo esercizio della professione. Oggi più che mai il processo formativo del giovane laureato non può prescindere da una pratica accompagnata e guidata da un buon maestro il quale, nonostante le dinamiche e i ritmi professionali sempre più accelerati, sia disposto ad esercitare tale ruolo, a trainare l'accesso alla professione del giovane

cui apre le porte del proprio studio indicandogli gli strumenti necessari non per fare l'avvocato, ma per essere avvocato. Capace di far scattare nel giovane collega quel meccanismo di emulazione-confronto da cui possa emergere una forte motivazione a rendersi autonomo, a diventare l'avvocato che sognava di essere.

Molte difficoltà si vivono anche una volta superato l'esame quando si comincia a pensare che può permettersi di diventare avvocato e di mantenere lo *status* solo chi è benestante, chi ha una famiglia in grado di mantenerlo fino a 30-35 anni. I primi anni di esercizio della professione sono, infatti, caratterizzati da redditi non in linea con le aspettative, sicuramente tra i più bassi nelle libere professioni.

Ci troviamo oggi di fronte a tali e tante incertezze e difficoltà da sentirci veramente una categoria sociale a rischio, anche se ci sentiamo continuamente ripetere da alte ed autorevoli fonti di essere i protagonisti del domani.

Eppure neanche tali difficoltà o delusioni riescono a dissuaderci dal continuare a percorrere il cammino intrapreso, e questo grazie non soltanto all'inguaribile ottimismo che caratterizza noi giovani, ma anche e soprattutto grazie all'amore che continuiamo a nutrire per questa professione. Come ha scritto Calamandrei «passato il breve malumore, fuggitivo come le gelosie degli innamorati, il cuore dell'avvocato è tutto per la Corte, croce e delizia della sua vita». E come tutte le innamorate anche la nostra Corte molto pretende, in termini di impegno, abnegazione e sacrificio personali, ma tutto sembra svanire quando quasi ci commuoviamo se un cliente ci ringrazia, quando gioiamo come dopo un goal in una finale mondiale se la nostra tesi viene accolta.

Siamo convinti che la professione di avvocato non possa essere una scelta residuale, «zona di parcheggio» di aspiranti magistrati e notai o di quei laureati in giurisprudenza che non sono riusciti a trovare nel mercato il lavoro veramente voluto.

La professione di avvocato deve essere una scelta consapevole, convinta e desiderata. Vogliamo fortemente continuare la sua tradizione e per farlo vi proponiamo di permettere che il valore importante dell'esperienza si coniughi con l'energia e l'entusiasmo dell'inesperienza, per ripartire insieme affinché il domani sia migliore di oggi.

Tiziana Gheno

Lo svolgimento della pratica è una condizione necessaria per poter sostenere l'esame di Stato e conseguire l'abilitazione per l'esercizio della professione. Svolgere un periodo di praticantato, inoltre, dovrebbe essere occasione di forte crescita e formazione.

Nella realtà, però, esistono delle «zone d'ombra», conosciute ma spesso sottovalutate e sottaciute, che sono causa di sconforto e di disagio e che, inevitabilmente, rendono perplessi e dubbiosi circa il futuro.

Basti pensare al fatto che l'attività svolta dal praticante non è remunerata o è retribuita con un rimborso spese spesso ridicolo. Mancando un inquadramento

lavorativo concreto, i giovani che non possono contare sull'aiuto economico della famiglia vedono preclusa la possibilità di svolgere la professione. Chi non ha uno studio avviato alle spalle oppure amici, parenti e conoscenti in grado di offrire un aiuto stenta a mantenersi.

Al praticante, ovviamente, non sono dovute nemmeno gratificazioni personali, forme di incoraggiamento e di stimolo. Anche se basterebbe davvero poco.

Molto spesso il tirocinio non offre alcuna reale opportunità formativa poiché al praticante sono riservate quasi in via esclusiva le code interminabili in cancelleria, in posta e dagli ufficiali giudiziari senza che vi siano effettive prospettive di lavoro e di carriera nel futuro più prossimo e senza che la pratica gli permetta di esercitarsi nella stesura di atti e pareri, essenziali al fine del superamento dell'esame di abilitazione alla professione.

Nonostante tutto, però, il praticante è tenuto a frequentare con assiduità lo studio e a rimanere fino a sera inoltrata, ad essere sempre a disposizione, a non lamentarsi perché, altrimenti, dimostrerebbe di non avere a cuore la professione; credo che esista la convinzione che il praticante sia "merce sostituibile".

La condizione delle praticanti donne è poi aggravata dall'ulteriore difficoltà di dover dimostrare di «saper tanto quanto» il collega di sesso opposto, in quanto avverte una ridotta considerazione del proprio ruolo professionale.

Inutile dire che la conseguenza inevitabile di tutto questo è la perdita di entusiasmo e di fiducia nella professione.

La situazione, ahimè, non migliora una volta superato l'esame.

Chi non ha lo "studio di papà" fatica a tirare avanti per la scarsità di clienti "paganti". Oggi la maggior parte dei giovani avvocati sono dei semplici prestatori d'opera iscritti all'Ordine, lavoratori autonomi con partita Iva, ma senza alcuna garanzia del posto di lavoro e senza *welfare*. Essi, infatti, lavorano in grandi e medi studi professionali, con un solo committente, ma senza avere lo *status* di dipendenti. Svolgono attività all'interno degli studi senza essere proprietari non solo dei mezzi di produzione, ma, e soprattutto, senza essere titolari del rapporto professionale con il cliente.

Il giovane avvocato è in totale balia del proprio "datore di lavoro", totalmente privo di garanzie. Egli non ha la possibilità di intervenire sulle scelte di gestione dello studio professionale. Certo, si può correttamente obiettare che non ricade su di lui il rischio di una sua cattiva gestione, però è un dato di fatto che il giovane non beneficia, nemmeno in piccolissima parte, degli utili che anche la sua prestazione professionale ha contribuito a creare. Non ha armonizzatori sociali, nessuna tutela in caso di malattia, infortuni vari o gravidanza, e nemmeno la possibilità di conservare il mesto stato sociale raggiunto. Quando uno studio legale è in difficoltà, infatti, gli "avvocati senza clienti" finiscono per strada senza preavviso. Qualcuno riesce a trovare una soluzione alternativa, gli altri lasciano la professione o si mettono in proprio.

Ma anche quest'ultima possibilità non è così semplice: basti pensare che affittare, anche solo una stanza all'interno di un altro ufficio, costa almeno 500 euro

al mese, ai quali vanno aggiunti le spese per telefono, internet e segreteria. Non a caso i giovani avvocati tra i 27 e i 35 anni vengono definiti i nuovi poveri.

Su di loro pende, inoltre, la spada di Damocle della cancellazione dall'Albo. Secondo il testo di riforma dell'avvocatura in discussione al Senato se non si raggiunge una quota minima di reddito (tra gli 11 e i 13 mila euro) si resta fuori. Avvocati: un tempo sinonimo di categoria ricca e prestigiosa, oggi invece troppo numerosi, bistrattati dall'opinione pubblica e dal potere politico.

Altro problema riguarda l'intasamento degli Albi.

Gli avvocati sono troppi. Il problema non è nuovo se già nel 1921 Piero Calamandrei, senza timore, scriveva che «il vero responsabile della decadenza morale e intellettuale delle professioni è questo Stato ciarlatano, il quale, come se il Paese avesse gran bisogni di avvocati, continua a gridare, sulla porta del baraccone alla folla che vuol divertirsi. 'Avanti, avanti, chi vuol diventar avvocato? Entrino, o signori, che la spesa è poca e il divertimento è grande'».

L'intasamento degli Albi, inoltre, ha anche un effetto deleterio sulla condizione economica dei professionisti. Già nel convegno di aprile avevamo evidenziato come la crisi economica e i provvedimenti adottati dall'autorità governativa, fossero fattori di profondo disagio per i giovani professionisti e per tutti quegli avvocati che non possono contare su uno studio ben avviato alle spalle. Questi, oggi, per lavorare "in proprio" sono costretti a proporre ai clienti tariffe *low cost*, che, di certo, non corrispondono al decoro della professione, e permettono di lavorare per la sola sopravvivenza con la triste conseguenza che, in tale situazione, il giovane deve rinunciare alla propria formazione e, più in generale, all'investimento sulla professione.

L'intasamento degli albi e la moltitudine di "avvocati senza clienti" creano anche problemi sul versante previdenziale.

In passato l'avvocato era un professionista che per i primi anni riceveva compensi molto modesti per poi, terminato il periodo formativo, affacciarsi ad un'attività che gli consentiva ottimi guadagni. Questo, a livello previdenziale si traduceva nella possibilità, per il professionista, non solo di corrispondere il massimo dei contributi previsti per la propria posizione previdenziale, ma anche di contribuire, con il contributo di solidarietà, a favore di quei colleghi meno fortunati che non erano in grado di far fronte con i propri mezzi alla loro posizione previdenziale. Oggi, tuttavia, la situazione si è capovolta ed è evidente che se il numero dei contribuenti minimi (ai quali, per ragioni di solidarietà, deve comunque essere garantito un minimo di pensione) dovesse superare di molto il numero degli altri contribuenti, il sistema non potrà che collassare.

In sostanza, tanto più la professione forense si avvierà verso la sua proletarizzazione, tanto più il suo sistema previdenziale rischierà l'implosione.

È evidente, quindi, che il sistema, continuando in questo modo, non potrà durare ancora a lungo.

Eppure i rimedi, a nostro avviso ci sono.

Pierantonio Ruggiero e Cristina Cosentino

La vastità delle problematiche che attengono alla condizione dei giovani praticanti e avvocati fa sì che una soluzione definitiva alle stesse non si possa trovare semplicemente attraverso la nostra collaborazione.

Ciò perché, nonostante la specificità di alcune questioni relative alla categoria del praticante, l'analisi di queste va inquadrata tanto in un periodo di crisi economica generale – la cui portata addirittura rischia di mettere in discussione le fondamenta democratiche di alcuni Paesi europei –, quanto in una delicatissima fase storica che sta interessando l'avvocatura italiana da qualche anno a questa parte.

Tenuto conto di ciò, e preso atto dell'enorme complessità di tali questioni, pur non sottraendoci dall'individuare quei profili della professione che, da un'analisi comparata con alcune esperienze comunitarie, riteniamo debbano essere riformati – e di cui poi si dirà –, abbiamo preferito concentrare la nostra attenzione su alcune soluzioni, semplici e sicuramente non risolutive, che tuttavia possono alleviare, già nel brevissimo periodo, la condizione, spesso buia, del praticante e del giovane avvocato.

Entrando nel merito, crediamo occorra, innanzitutto, affrontare la questione delle gratificazioni al lavoro svolto dai praticanti.

Come tutti sappiamo, il periodo che va dall'iscrizione nel registro dei praticanti fino al momento in cui si raggiungerà un'autonomia economica è molto lungo, e dalle ultime statistiche, nonché dalle testimonianze dirette dei tanti protagonisti ascoltati, pare ampliarsi costantemente.

In tutto questo tempo, se il praticante prima, e il giovane avvocato poi, non si vede destinatario di alcuna forma di gratificazione, rischia di perdere ogni forma di entusiasmo nell'opera che svolge, venendogli anestetizzata, inoltre, anche la capacità di dare un giusto valore a ciò che fa, e a cui dedica la parte migliore delle ore della sua vita quotidiana.

Il passaggio attraverso questo limbo che ognuno di noi sta compiendo, e che sicuramente gran parte di chi mi ascolta ha compiuto anni or sono, non è soltanto un problema del singolo che lo vive.

In questo contesto, crediamo che l'obiettivo di tutte le istituzioni forensi sia quello di “accogliere” i giovani in vista di un loro percorso di progressivo inserimento professionale. Sul tema, le scuole forensi possono giocare un ruolo fondamentale.

Riteniamo, infatti, che avviando un meccanismo di valutazione continua dei praticanti, compiuto anche alla luce della frequenza dei corsi avviati dalla scuola, nonché tenendo conto della disponibilità di questi ad offrire parte del proprio tempo per poter essere co-organizzatori delle attività che si realizzano, potrebbero crearsi agevoli opportunità di premiazione dei più meritevoli, offrendo loro la possibilità di poter compiere, ad es., viaggi-studio presso le Corti Supreme nazionali ed internazionali, di scrivere all'interno di riviste specializzate, ed altro.

In questo modo, i destinatari di tali forme di attenzione, non solo troveranno un riscontro all'impegno profuso ed uno stimolo a credere nel percorso che si è intrapreso, ma cominceranno a nutrire anche una fiducia nella comunità forense, verso la quale non si approcceranno soltanto con una logica di concorrenza, bensì anche di sincera riconoscenza.

Sia concesso, inoltre, un breve cenno al tema dei compensi che, a mente degli artt. 25 e 26 dell'attuale codice deontologico (così come approvato dal Consiglio Nazionale Forense nella seduta del 17 aprile 1997 ed aggiornato con le modifiche introdotte il 16 ottobre 1999, il 26 ottobre 2002, il 27 gennaio 2006, il 18 gennaio 2007, il 12 giugno 2008 e il 15 luglio 2011), devono essere corrisposti ai praticanti che prestano la propria opera negli studi professionali di riferimento.

Come si è già in precedenza ricordato, spesso tali norme risultano ben lungi dal trovare completa attuazione; in alcuni casi, addirittura, i praticanti non ricevono neanche il rimborso delle spese sostenute nell'interesse del dominus.

Tale situazione è incresciosa. Fa sì che, a parte pochi fortunati, tutti gli altri potranno percorrere serenamente il cammino della pratica forense solo a condizione di avere alle spalle una famiglia in grado da fungere da generoso sponsor. Emerge così, in tutta la sua evidenza, la disparità di condizioni di partenza fra tutti gli aspiranti avvocati, in spregio allo spirito ed alla lettera della Costituzione.

Costituzione dietro alla quale, poi, l'intera categoria si difende, giustamente, dagli umilianti attacchi provenienti dall'Esecutivo riformatore.

Ma mi chiedo, e vi chiedo, come si può essere davvero credibili nell'invo-care la Costituzione di fronte ai poteri dello Stato per ribadire la rilevanza ed il rango della professione di avvocato, quando poi, quotidianamente, i principi ivi contenuti vengono traditi all'interno degli stessi studi legali, nei rapporti tra dominus e praticante?

Trova collegamento con quanto fin qui detto, un'altra questione che reputiamo centrale tanto per il futuro dei giovani professionisti quanto per la salvaguardia della salute della stessa comunità forense: mi riferisco alla coscienza del ruolo sociale che si assume nel momento in cui si intraprende la professione di avvocato.

Se è propria di questa figura la peculiare funzione di difensore dei diritti e degli interessi dei cittadini, e soprattutto della dignità di ogni persona, non è scontato che ciò sia sentito nell'animo di chi sogna di poter, un giorno, indossare la toga.

Può accadere, infatti, che non si sia fino in fondo consci di quello che si è e delle armi intellettuali di cui si dispone. O può accadere, ancora, che tale coscienza venga appannata nel corso del tempo.

Venendo al tema delle prospettive di riforma della professione forense in seguito ad un'attenta analisi comparatistica fra i vari sistemi europei e delle problematiche in essi riscontrate, crediamo che per il nostro ordinamento pro-

fessionale sarebbero auspicabili una serie di proposte di riforma, tendenti al più esteso obiettivo, ormai non più così tanto “utopico”, di realizzare un “ordinamento professionale forense comunitario”, attualmente inesistente ma, necessario.

Il primo grande argomento che meriterebbe un serio riordino attiene al percorso universitario.

Fra le soluzioni possibili sarebbe opportuno introdurre:

- Il numero chiuso con test preselettivo d'ingresso. Il modello finlandese offre, infatti, un valido esempio di percorso di studi giuridici finanziato con fondi pubblici. Questa forma sarebbe una vera opportunità non solo per gli studenti meno abbienti, ma anche per i più meritevoli, considerato che il sistema italiano ha rivelato notevoli lacune sul punto.
- Il modello incentrato sulla differenziazione finale (3+2) non ha funzionato, per cui si potrebbe ipotizzare una scelta di percorso vincolata all'esito di laurea di I livello, per chi intende definitivamente fermarsi ed inserirsi nel mondo del lavoro come consulente giuridico; per coloro che, invece, intendono proseguire, sarà necessario conseguire una unica laurea finale di II livello, con accesso alle professioni da avvocato, magistrato o notaio al termine delle rispettive abilitazioni.
- Maggiore applicazione pratica durante gli esami (sulla base del modello portoghese), con diretto ed immediato riscontro degli istituti giuridici negli atti di causa e mediante la partecipazione alle udienze e procedimenti.

Il secondo grande tema riguarda il periodo di pratica professionale ed il successivo esame di abilitazione.

Decisamente rilevante la novità introdotta dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (in G.U. 24 gennaio 2012, n. 19), c.d. decreto sulle liberalizzazioni, in merito all'accesso alla professione.

Com'è noto, fino ad oggi il praticantato prevedeva la durata di due anni a partire dal conseguimento della laurea, e veniva, nella maggior parte dei casi, svolto interamente presso uno studio legale.

Le nuove norme prevedono che la durata del tirocinio per l'accesso alle professioni regolamentate non possa essere superiore a diciotto mesi; oltre a ciò, è previsto che i primi sei mesi possano essere svolti, in presenza di apposita convenzione quadro tra il Consiglio Nazionale Forense e il Ministro dell'Istruzione, Università e Ricerca, in concomitanza con il corso di studio per il conseguimento della laurea.

L'aspirante avvocato, dunque, potrà iniziare la pratica presso uno studio legale sei mesi prima del conseguimento della laurea e svolgere, dopo tale periodo iniziale, un solo anno di tirocinio “a tempo pieno”.

Tali disposizioni consentiranno un accesso all'esame di Stato e, quindi, potenzialmente, alla professione forense, a giovani con un'esperienza pratica molto ridotta.

Sarebbe auspicabile che questo periodo fosse dedicato alla frequenza di corsi di preparazione ed aggiornamento tecnico “sul campo”.

A tal fine, di indubbia utilità sarebbe considerare ciò che hanno deliberato sul tema il Portogallo, la Croazia e la Finlandia.

Tali Paesi prevedono, infatti, una prova/esame “tecnica” post pratica forense incentrata sul concreto e quotidiano esercizio della professione.

L'esame di abilitazione potrebbe, infatti, essere maggiormente collegato alla formazione continua dei laureati in legge, ad esempio, se fosse sostenuto subito dopo la laurea ed il successivo tirocinio dopo il giuramento. Nei Paesi Bassi la formazione per la professione forense inizia subito dopo il giuramento da avvocato, in particolare, nel distretto ove si compie la pratica forense.

La prova orale, di conseguenza, verrebbe ad avere più connessione con le materie studiate all'Università ed ancora “fresche”, magari incentrata su domande non preventivamente formulate, ma su casi specifici e concreti.

Il terzo tema meritevole di riforma attiene alla liberalizzazione delle professioni.

Valida soluzione potrebbe essere la specializzazione settoriale offerta dal modello danese, il cui sistema ha ridotto notevolmente il numero e la concorrenza fra avvocati ovvero la differenziazione *Sollicitors/Barristers* ben funzionante nel modello inglese.

Sul tema, anche la Francia offre molteplici spunti di riflessione.

Secondo gli ultimi studi è emerso che se gli avvocati sono meno del 25% di quelli italiani è perché in Francia, oltre alle toghe ordinarie, ci sono i professionisti (con laurea triennale) abilitati a svolgere solo una fascia di mansioni giudiziarie considerate minori e i pochi cassazionisti che operano avanti alle giurisdizioni superiori.

Dei 47 mila avvocati ordinari, oltre la metà fa riferimento alla corte giudiziaria di Parigi, mentre gli ordini locali a cui sono iscritti i legali transalpini sono in tutto 182. Si tratta di enti autonomi che stabiliscono le regole professionali, vigilati dalle corti di appello e dalla Cassazione. In Francia, come nei Paesi da ultimo menzionati, la selezione si fa all'inizio.

Per iscriversi all'albo, dopo la laurea, esistono infatti percorsi di studio regionali nelle università e test d'ingresso per accedere a corsi di 18 mesi, che avviano all'esame di Stato. Le scuole di formazione (con tirocinio) sono gestite non dagli ordini, ma da magistrati, docenti universitari e legali estranei ai consigli forensi.

Anche il Consiglio nazionale degli avvocati, istituito solo nel 1992, non è formato da soli esponenti degli ordini locali, ma anche da toghe senza incarichi elettivi. Inoltre, non accentra poteri regolamentari come accade in Italia.

In conclusione, il messaggio che intendiamo diffondere a gran voce tra le “nostre” aule giudiziarie e all'interno dei nostri studi legali, è il seguente: «Urge riformare il sistema di accesso alla professione forense».

L'obiettivo di questa riforma potrebbe essere quello di porre le basi per l'inizio di un intenso percorso di rinnovamento all'interno di un sistema improntato al merito, alla qualità ed alla concorrenza, perché “una concorrenza sana è quella che si realizza sul piano della qualità”.

Non ci resta che attendere un celere “riscontro” per un diverso futuro della nostra professione al fine di uscire al più presto da una crisi che non sentiamo nostra.

Roberta Sorrentino

Grazie a tutti voi.

Da modo di ringraziamento, riconoscenza, in qualche modo di gradimento, di apprezzamento, questo “grazie” nel corso degli anni è diventato sempre più inesorabilmente e – mi si passi il gioco di parole – “disgraziatamente” il tuo unico riconoscimento. Il tuo unico emolumento. Il tuo unico compenso. La tua unica forma di soddisfazione personale. L'unica che sia uscita dalle labbra del tuo dominus. Che di tasche non è manco il caso di parlarne.

È un argomento che scotta. Che non si affronta. E se lo si fa, se ne biascica a testa bassa e con gli occhi a guardarsi le scarpe. Sotto la scrivania. Per non incontrare gli occhi di chi, in spregio al codice deontologico – che tanto, chi l'hai mai letto davvero? chi ne ha mai sentito parlare se non come materia d'esame per gli esami orali d'avvocato? – si sente defraudato, tradito da quella tua strana ed inaspettata richiesta. Gli occhi di chi “t'ha insegnato il mestiere”, t'ha dato una sedia, una stanza, un computer ed anni di esperienza sul campo. Che t'ha fatto un piacere, in breve.

Si a te. Che sei uscito imberbe dalla facoltà di Giurisprudenza, con la tua laurea ancora calda ed infiocchettata. Che poi, vedi, non interessa a nessuno. Tanto che tu abbia preso la lode oppure il minimo non conta. La fotocopiatrice sempre ti aspetta! E le file agli sportelli Unep ed alla posta per le raccomandate, passando per il panettone a Natale con le tre sagome di madonne sopra. Quello buono. Che il tuo *dominus* non si sa contenere quando è il periodo di Natale e deve farti un regalo.

Ed hanno il coraggio di chiedere con occhi da cerbiatto cosa ti succede. Come mai non hai più la tua solita verve. Se c'è qualcosa che non va...

Poi una mattina. Prendi coraggio. Vuoti il sacco. Se sei fortunato le cose cambiano, anche di poco, ma cambiano. Altrimenti ormai “devi” solo andar via a trovarti un altro studio dove poter continuare la pratica o ad usare splendidamente la fotocopiatrice. E ne fai di colloqui. Ne fai tantissimi. Passi dallo studio legale più piccolo, a gestione familiare, dove ad esempio, c'è solo l'avvocato ed un telefono, a quello ultramoderno, ultrasociato, con 10, 15 “pezzi grossi” ognuno rintanato nella sua stanza, dove, a sommarli tutte, si copre l'intero scibile umano, dove manco la segretaria pare che parli con il tuo stesso accento. Che la segretaria, è innegabile, da sempre il tocco chic allo studio legale.

E ne senti di domande calzanti, altroché. Se poi sei donna, l'acume del tuo possibile/futuro dominus di affina ancora di più. Ha un'impennata esponenziale, così. Se sei fidanzata, se hai figli o se hai intenzione di averne nei prossimi mesi, addirittura, ho sentito chiedere se si aveva un'adequata vita sociale, che

nel caso lo studio è aperto anche il sabato e la domenica. Tanto il lavoro c'è. E si può fare. Ma quando poi si tocca l'argomento tabù, tutti in coro e spocchiosamente sentenziano: dipende da quanto vali.

Il *cadeau* alla fine del mese dipende da quanto vali.

Allora c'è chi come me ha il grave difetto di sovrastimarsi e gira i tacchi e se ne va. Per un senso di giustizia proprio, sei stato a rispondere ad un'ora di domande, sui tuoi studi, sulla tua vita, sui massimi sistemi, sulla religione, sull'etica, su come modellare il pongo, hai annuito, hai sorriso, ti sei mostrato disponibile ed accondiscendente in tutto e per tutto ed ora che hai posto tu una sola domanda, dico, una sola, ti senti rispondere in maniera così vaga e frastornante. E no. Non ci siamo.

E poi c'è chi decide di mettersi in gioco e di dimostrare quanto vale. E da lì ricomincia tutto. E di corsa. Studio. Tribunale. Cancelleria con annesso litigio con il cancelliere. File. Ore di fila. Salti il pranzo. Studio. Fino a notte fonda. E finisci per diventare servo della tastiera del tuo pc. Passi la maggior parte del tuo tempo accanto al tuo computer, piuttosto che con persone reali. E leggi e rileggi quello che hai scritto fino alla nausea per poi, a fine mese, ritrovarti, se sei fortunato con 200 euro in mano.

Che t'aspettavi? Tutti hanno fatto la gavetta. No? Solo che la tua sembra non finire mai. Ed hai quasi 30 anni. E hai corsi, scuole di specializzazione, esami, master alle spalle che sembrano non interessare a nessuno. A volte, c'hai le lacrime agli occhi. Pensi di aver sbagliato tutto. Di valere 200 euro al mese. Di non saper svolgere il tuo lavoro. Quello che hai sognato dalle superiori. Di cui t'eri innamorato, ancor prima di conoscerlo.

Una specie di amore per corrispondenza. E ti è arrivata la "sola". Non è come ti aspettavi. Non è come te l'eri immaginato. Niente. Hai avuto la fregatura.

È inutile ricamarci su. A questo punto devi darti una mossa e cambiare. Non ce la fai più a sopportare tutto questo. Ad essere anche ripreso in pubblico perché hai fatto qualche minuto di ritardo ad un'udienza. Quando quel fascicolo l'hai creato solo tu, ed ora sventola con il suo color paglierino nelle mani del tuo dominus, che "si fa bello" davanti al giudice, con le tue parole, senza riconoscerti nulla, se non l'attestazione nei verbali d'udienza ai fini della pratica forense. A volte si resiste solo per quello, per i due anni, ora ridotti a 18 mesi di pratica forense. A volte non si resiste manco per quello.

E si va avanti ed indietro per gli studi legali, sperando di trovare quello giusto. O di cambiar proprio strada. Che sia la professione forense a rincorrere te, per una volta.

Guardati dentro. Guardati indietro. Guarda quello che hai fatto e che sai fare. O che hai le potenzialità di fare. E datti una risposta al quanto vali. La prossima volta saprai quando dire di no. E magari, a malincuore, riconoscere che ci si può anche sbagliare. Che non si può rincorrere tutta la vita un amore che non ci ricambia. Che il primo amore non è detto che sia per sempre. Che ci si può innamorare anche di qualcun altro.

O magari insistere. Ancora una volta. Una volta lunga anche tutta la vita.
Che gli amori impossibili, in fondo, non esistono.

«*Omnia vincit amor et nos cedamus amori*» (Publio Virgilio Marone, Bucoliche X, 69).

* * *

Non possiamo, per economia di tempo e di spazio, riportare qui le risposte che ciascuno dei nostri “maestri contraddittori” ci ha dato e le ulteriori criticità che, ognuno a suo modo, ha potuto sollevare con riguardo al futuro dell’Avvocatura e, potremmo dire all’Avvocatura del futuro nella persona dei suoi praticanti avvocati.

Gli avvocati Buccico, Massamormile, Palumbo e Madia nel corso del nostro tavolo di discussione hanno, talvolta con fare curioso e simpatico, talaltra in modo intenso e familiare, ma magistrale allo stesso tempo, voluto darci un monito che, forse in modo sintetico e minimale, potremmo riassumere così: etica, cultura e legalità.

Senza alcuna pretesa di raccogliere in pillole tutto il bello che abbiamo potuto ascoltare da loro, l’eleganza e la schiettezza dell’avv. Buccico ci hanno portato indietro nel tempo, narrandoci dell’avvocatura che c’era e preoccupandosi di quella che verrà; la dolcezza e la verità dell’avv. Massamormile ci hanno intensamente coinvolto ricordandoci quale sia il senso autentico di una professione di “tante notti insonne passate preoccupati con la luce accesa sul tavolino a studiare”; l’avv. Palumbo ci ha raccontato con forza, alla luce della sua esperienza, come il DNA dell’avvocato non si disperda mai, non vada in pensione, e come si possa restare gli stessi anche quando si è avvocati “prestatati” alla magistratura; l’avv. Madia, infine, ci ha deliziato con approccio squisitamente “vicino” con un aneddoto fortemente significativo dell’entusiasmo e della perseveranza che si auspicherebbe appartenessero ad ogni praticante avvocato motivato e “pronto” ad imparare.

Quello che noi speriamo e, in realtà, crediamo sia emerso dalla grandezza dell’incontro di Taranto, nella sua semplicità, nella sua colloquialità e nell’atmosfera intensa e partecipata che si è venuta subito a creare è proprio la fotografia di una classe di pratica forense intenzionata a mettersi in ascolto con fame di apprendere e di assorbire quanta più esperienza e professionalità i propri maestri siano disposti a dare. Allo stesso tempo è stato bello intravedere sulla riva opposta una classe di maestri “anziani” (non ce ne vogliano, parliamo dell’esperienza!) ancora così tanto disposti a mettersi in gioco e a donare ai propri giovani.

Notizie sugli autori

Elena Borsacchi

Praticante avvocato del Foro di Pisa.

Giuseppe Bronzini

Magistrato di Cassazione.

Stefania Cavagnoli

Professoressa associata di Linguistica e Glottologia presso l'Università degli studi di Roma Tor Vergata.

Paolo Doria

Avvocato in Vicenza.

Elena Falletti

Ricamatore di diritto privato comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Carlo Cattaneo LIUC di Castellanza (VA).

Luca Licitra

Avvocato in Modica.

Ilaria Li Vigni

Avvocato in Milano.

Alarico Mariani Marini

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

Elena Pepe

Avvocato in Pisa. Dottore di ricerca in Diritto delle imprese in crisi presso l'Università degli Studi Federico II di Napoli.

Izaura Puka

Praticante avvocato del Foro di Perugia.

Silvia Reda

Praticante avvocato del Foro di Cosenza.

Serena Tomasi

Avvocato in Trento. Dottore di ricerca in Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Trento.

Lorenza Maria Villa

Avvocato in Bologna.

Umberto Vincenti

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

Matteo M. Winkler

Avvocato in Milano. Docente a contratto di diritto internazionale presso l'Università degli Studi Bocconi di Milano.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2013
da Tipografia Monteserra S.n.c. - Vicopisano
per conto di Pisa University Press