

QUADERNI DEL
DOTTORATO IN GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI PADOVA

2023

DIRETTI DA PAOLA LAMBRINI
E GIANLUCA ROMAGNOLI

LA CULTURA GIURIDICA
E IL RUOLO DEL GIURISTA

QUADERNI DEL DOTTORATO
IN GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI PADOVA

2023

diretti da Paola Lambrini e Gianluca Romagnoli

La cultura giuridica e il ruolo del giurista

COMITATO SCIENTIFICO

CHIARA ABATANGELO - ENRICO MARIO AMBROSETTI -
BERNARDO CORTESE - MARCELLO DANIELE -
MATTEO DE POLI - STEFANO FUSELLI - PAOLA LAMBRINI -
MARINO MARINELLI - MANLIO MIELE - ANDREA PIN -
GUIDO RIVOSACCHI - RAFFAELE VOLANTE - FRANCESCO VOLPE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E CRITICA DEL DIRITTO

QUADERNI DEL DOTTORATO IN GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI PADOVA
2023

diretti da Paola Lambrini e Gianluca Romagnoli

La cultura giuridica e il ruolo del giurista

LEDIZIONI

Il volume è pubblicato con il contributo finanziario dell'Università di Padova – Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto e della Banca Terre Venete Credito cooperativo s.c.a.r.l.

© 2024 Ledizioni LediPublishing
Via Boselli, 10 – 20136 Milano – Italy
www.ledizioni.it
info@ledizioni.it

Quaderni del dottorato in Giurisprudenza dell'Università di Padova 2023, diretti da Paola Lambrini e Gianluca Romagnoli

ISBN 9791256001194

Ufficio grafico Ledizioni.

Informazioni sul catalogo e sulle ristampe: www.ledizioni.it

Le riproduzioni a uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da Ledizioni.

INDICE

Presentazione, di Paola Lambrini 9

ROBERTO E. KOSTORIS
La cultura giuridica nell'età dell'incultura 11

La formazione

GIANLUCA ROMAGNOLI
Il problema. La divaricazione della formazione dei giuristi e della loro cultura 23

CHIARA CACCIAVILLANI
Giuristi e diritto 39

GIOVANNI PASCUZZI
La formazione del giudice e la sua cultura giuridica come presupposto per la formazione di una decisione comprensibile e condivisibile 53

UMBERTO MORERA
La mente del giudice: profili cognitivi 65

PAOLO DORIA
La formazione dell'avvocato e la sua cultura giuridica come presupposto della comunicazione nel processo 73

SANDRO DE NARDI
L'ordinamento giudiziario' quale materia di insegnamento utile per una comune 'cultura della giurisdizione' 83

La cultura giuridica

PAOLO SOMMAGGIO
La cultura giuridica (socratica) nell'epoca della mercificazione dei diritti 99

GIUSEPPE BERGONZINI
Cultura giuridica e giudizio costituzionale 119

DOMENICO BOTTEGA
Il ruolo della cultura giuridica nel diritto amministrativo 137

MARIA CARLA CANATO
Sistemi ordinamentali multilivello e tutela penale dei diritti individuali. Verso l'emersione di una 'cultura giuridica europea' 149

GIAN BRUNO CHERCHI
Cultura giuridica e processo mediatico. Tra moniti non accolti dalla giurisprudenza ed esigenze di riforma 167

Il ruolo del giurista

LUIGI GAROFALO
Per un riscatto della dottrina accademica 193

MARINO MARINELLI
Divagazioni su norme giuridiche e 'norme culturali', tra la 'saisine pour avis de la Cour de Cassation' e il nuovo rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis cod. proc. civ. 203

LORENZO LOCATELLI
L'avvocato nel processo tra rito, responsabilità professionale e concessioni al risarcimento della 'chance' perduta 225

EDOARDO CECCHINATO
La 'iper-regolamentazione' dei mercati: quale ruolo per il giurista dell'economia? 237

SILVIO DE GIACINTO
Dottrina e giurisprudenza nella rimodulazione dei rapporti tra Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo Settore 253

OSVALDO NICOLÒ RASA
Istigazione al suicidio. Dichiarazione di incostituzionalità, tra spinte etiche, sociali e scientifiche per il ridimensionamento della fattispecie 273

DARIO SANDONÀ
La 'reciproca collaborazione': il ruolo della dottrina ecclesiasticistica in genesi ed evoluzione di un principio 295

PRESENTAZIONE

Questa annata dei Quaderni del dottorato in Giurisprudenza dell'Università di Padova, dedicata al tema della cultura giuridica e del ruolo del giurista, trae origine da un convegno tenutosi il 22 maggio 2023 nell'Archivio antico del palazzo Bo, dal titolo provocatorio *Anche la cultura giuridica può aiutare la giustizia?*, che vedeva come relatori professori, giudici e avvocati. L'incontro si concentrava sull'importanza di una cultura giuridica comune a tutti gli attori della scena giuridica, quale basilare presupposto per un buon funzionamento della giustizia.

Considerate l'attualità e l'ampiezza dell'argomento si è deciso di pubblicare qui le relazioni tenute durante quel seminario, insieme a contributi di alcuni tra i docenti che compongono il Collegio di dottorato e tra i nostri dottorandi, allargando la prospettiva e proponendo una riflessione più generale sul ruolo del giurista e della sua formazione.

È innegabile che oggi i giuristi vivano una stagione difficile: la dottrina sembra aver perso l'autorevolezza necessaria per incidere seriamente sulla decisione dei problemi concreti che nascono dall'esperienza giuridica, la soluzione dei quali è affidata sempre di più alle pronunce, autoreferenziali e talora poco scientifiche, della giurisprudenza, unico formante ammesso a 'dire' la legge, a enucleare le regole effettive della convivenza sociale.

L'importanza, ogni giorno maggiore, attribuita ai precedenti giurisprudenziali avvicina il nostro ordinamento ai principi regolanti il *common law*; questa tendenza dei due tradizionali sistemi a convergere e sovrapporsi comporta il rischio di perdere la propria identità.

In questo contesto, un atteggiamento rinunciatario dei giuristi di estrazione accademica, che accettasse supinamente la propensione del legislatore a comprimere sempre più il valore della letteratura scientifica, sarebbe esiziale; come scrive Luigi Garofalo nel saggio qui pubblicato, è fondamentale che la dottrina non si adegui a quest'orientamento, limitandosi a comporre opere «ripiegate sul mero commento e inquadramento delle sentenze». Si impone, al contrario, una reazione corale della dottrina, che recuperi il suo ruolo naturale di 'bussola' della giurisprudenza, che sia capace «di offrire, mediante l'impiego di categorie ordinanti ammodernate o addirittura inedite, una compiuta rappresentazione del diritto del presente».

Il diritto non ha una dimensione esclusivamente professionale, che potrebbe essere appresa in un semplice istituto tecnico; se così fosse, dovremmo accettare tranquillamente l'idea per cui ogni norma giuridica sarebbe riducibile a un algoritmo. Al contrario, il diritto non può esistere se non vi sia un esperto che ogni giorno lo sappia migliorare: per adempiere a questa missione il giurista non deve limitarsi alla conoscenza delle norme di diritto vigente, ma deve acquisire la capacità di comprendere i fenomeni giuridici, di interpretarli, al fine di saper reperire norme adeguate alla vita economica e sociale che il futuro prospetterà. Come ben sottolinea Roberto Kostoris, nel contributo

introduttivo, fondamentale è l'acquisizione di un pensiero critico, unico vero antidoto contro il rischio di finire in balia dell'operato impersonale delle macchine.

La dimensione culturale è quindi un aspetto imprescindibile per formare giuristi che non siano quei corvi che Kirchmann nel 1847 diceva arrivare solo quando l'edificio giuridico è terminato, per decorarlo o addirittura deturparlo, un genere di giuristi che sarebbe non solo inutile, ma anche dannoso, e potrebbe perciò giustamente essere sostituito dall'intelligenza artificiale; i giuristi che escono dall'università devono essere invece degli architetti capaci di contribuire alla costruzione del sistema giuridico.

PAOLA LAMBRINI

Roberto E. Kostoris*

LA CULTURA GIURIDICA NELL'ETÀ DELL'INCULTURA

SOMMARIO: 1. Lo svilimento generale della cultura. – 2. I problemi della scuola e la visione aziendalistica dell'Università. – 3. Per una definizione della cultura giuridica. Lo sguardo sull'uomo colto sotto il velo delle norme. – 4. Cultura giuridica e comparazione 'verticale'. I preziosi insegnamenti della storia: due esempi emblematici. – 5. Cultura giuridica, pensiero critico, avvento dell'intelligenza artificiale. – 6. La cultura giuridica nel conflitto tra qualità e quantità: le esigenze della scienza e le scelte della politica universitaria.

1. *Lo svilimento generale della cultura.*

Noi studiosi di diritto siamo tendenzialmente concentrati sui problemi della nostra materia, sulle questioni che vi si agitano. È naturale che sia così. Ogni tanto però è bene alzare lo sguardo e domandarci dove sta andando la cultura giuridica nel suo complesso. Viviamo infatti in un contesto che non tiene in particolare conto la cultura in generale e tutto ciò che ruota intorno a essa; che inoltre accelera tutti i ritmi della nostra vita, obbligandoci a una parossistica corsa che non ha una meta precisa, ma che consuma tempo ed energie, impedendo di fermarci a pensare: attività senza la quale la cultura in qualsiasi campo non può svilupparsi. Anche noi professori universitari, che pur lavoriamo in un ambito che, per definizione, sarebbe destinato a produrre cultura, siamo spesso così assorbiti da mille incombenze di tipo 'operativo' (in non poca parte costituite, come ben sappiamo, da molta inutile burocrazia) che finiamo per essere costretti a dedicare sempre meno tempo alle cose più importanti: studiare, meditare, far decantare le idee, scrivere, formare gli allievi e gli studenti. Eppure, è a questo che siamo chiamati. Ed è essenziale esserne consapevoli, perché, alla fine, tutto parte da noi. Siamo noi – è l'Università – il primo fondamentale anello della catena. L'Università genererà infatti i docenti del futuro (quindi il suo futuro stesso), i magistrati, gli avvocati, i notai del futuro (quindi la futura gestione pratica del diritto). Tutta la galassia dei 'giuristi' parte dalla formazione dell'Università. Se nel tempo dell'Università non verranno gettate solide basi, se non verrà in quel momento correttamente impostata la *forma mentis* del giurista, se l'aspirante giudice o avvocato non saprà maneggiare adeguatamente i concetti e le categorie generali del diritto, non sarà facile recuperare più tardi questa grave lacuna, quando premeranno altre esigenze e occorrerà assolvere ad altre assorbenti incombenze.

* Emerito di Diritto processuale penale nell'Università di Padova.

2. I problemi della scuola e la visione aziendalistica dell'Università.

Le basi per lo sviluppo di una cultura giuridica dovrebbero dunque partire dall'Università. Alcuni problemi che abbiamo di fronte affondano però le loro radici ben più a monte, già nella scuola. Una scuola che nei decenni è stata sempre più svilita, bistrattata, depauperata, sottofinanziata. A cui la riforma Gelmini ha assestato un colpo durissimo (così come ha fatto anche la omonima riforma dell'Università). I ragazzi – che oggi appaiono comunque più fragili dei loro coetanei dei decenni precedenti e sui quali da ultimo si è abbattuta anche la devastante esperienza degli anni della pandemia – escono dalla scuola secondaria superiore mediamente meno preparati ad affrontare gli studi universitari: e, in particolare, gli studi giuridici, che presuppongono un approccio più rigoroso di altri. Talora mancano anche di nozioni e abilità di base (compreso un corretto uso della lingua italiana). E questi *gap* di partenza rendono per loro – e, correlativamente, anche per i docenti che li devono seguire – meno facile gestire il percorso universitario. A questo punto, complice anche la perversa politica universitaria che distribuisce i finanziamenti agli atenei in ragione del numero dei laureati, e la gara tra gli atenei nell'attrarre, e quasi nello strapparsi l'un con l'altro il maggior numero di studenti per scongiurare una diminuzione delle loro risorse e un declassamento nei *ranking*, è stata l'Università ad abbassarsi, accontentandosi di preparazioni di livello più basso. Con il risultato che i nostri laureati, salvo lodevoli eccezioni, mediamente maneggiano il diritto con più difficoltà e talvolta dimostrano uno spirito critico meno sviluppato. Anche se a questo contribuisce purtroppo anche il clima sociale che li circonda, e le forme di (dis)informazione e comunicazione, veicolate dai *social*, che, con le loro *fake news*, aumentano la difficoltà a orientarsi in modo consapevole in un momento che comunque è di generale incertezza. Resta il fatto che ormai non è per nulla scontato che escano dall'Università giuristi solidi, preparati, maturi (nei limiti beninteso in cui può esserlo un laureato), pronti a diventare i professionisti capaci del domani. E questo è un danno gravissimo per tutta la società. A fallire, beninteso, è l'intero sistema, con in testa la politica che nel tempo ha sistematicamente cercato di smantellare la cultura e i luoghi di formazione della cultura (scuola e università) anziché preservarli e tutelarli come beni preziosi, come il miglior investimento che una società possa fare per evitare il suo declino.

È stata la politica a volere che l'Università si trasformasse sempre più da luogo di formazione della cultura e del sapere in ente erogatore di servizi secondo una logica aziendalistica. Una logica in cui la quantità fa premio sulla qualità, come se ne rappresentasse un succedaneo virtuoso.

Se ci pensiamo, nelle graduatorie delle Università che vengono stilate ogni anno per orientare gli studenti, e sulla cui base vengono poi impostate anche molte politiche universitarie, compaiono mille indicatori, come l'offerta formativa, la capienza delle aule, il numero di postazioni informatiche, l'esistenza di mense, i rapporti internazionali, le percentuali tra numero dei docenti e numero degli studenti, le percentuali degli

‘abbandoni’, alcuni dei quali sono certamente importanti; ne manca però sempre uno che dovrebbe invece essere dirimente per indicare la qualità e l’appetibilità di un ateneo: quello relativo alla capacità e al prestigio dei docenti che vi insegnano. Per un giovane dovrebbe essere essenziale sapere – al netto di tutto il resto – dove potrà ricevere realmente una preparazione migliore. Ma si tratta di un indicatore che richiederebbe valutazioni di merito, non di forma o di quantità; ed è molto più comodo tenersene alla larga. Su questo avremmo molto da imparare dal mondo anglo-americano, dove gli atenei fanno invece a gara nel contendersi, con allettanti offerte, i docenti migliori, sull’evidente presupposto che questo possa aumentare di molto la loro attrattività e il loro prestigio.

3. Per una definizione della cultura giuridica. Lo sguardo sull’uomo còlto sotto il velo delle norme.

Se, dunque, bisogna puntare sulla qualità, sul merito, sull’eccellenza, nella sostanza e non nelle vuote declamazioni (quelle che, appunto, vorrebbero far passare la quantità per qualità), occorre concentrarsi sulla formazione della cultura giuridica.

Anzitutto, è bene cercare di intendersi sul significato di quest’espressione. Della cultura in generale si danno tante definizioni, che comunque convergono nel ricomprendervi ciò che concorre alla formazione dell’individuo sul piano intellettuale e morale. Della cultura di settore si dice poi che rappresenta il patrimonio di conoscenze ed esperienze acquisito con lo studio e una preparazione specifica. Una definizione che in qualche modo si completa, o di cui comunque si riesce meglio a cogliere il significato, alla luce di quell’arguta definizione della cultura che la riassume in ‘ciò che resta dopo che si è dimenticato tutto’. Tradotto: ciò che resta dopo che si sono dimenticate le ‘nozioni’, le quali da sole non producono cultura, ma attraverso la cui metabolizzazione si riesce a ottenere quella ‘visione di insieme’, quel patrimonio complessivo di conoscenze che appunto possiamo chiamare cultura.

Cercando di trasporre queste idee sul piano che ci interessa, credo che si debba subito sgombrare il campo da un facile equivoco: quello di far passare per cultura giuridica le semplici conoscenze tecniche della materia. Che certamente sono essenziali per ragionare in termini giuridici, che costituiscono un ‘alfabeto’ senza il quale i giuristi non potrebbero comunicare tra loro, come i medici hanno bisogno del loro linguaggio e del loro alfabeto per intendersi su una diagnosi o su una cura. Ma che, pur costituendo una premessa necessaria per la formazione di una cultura, non possono ancora definirsi in sé cultura. Invece si cade spesso nell’equivoco quando, ad esempio, si dice di una persona che è ‘fornita di cultura giuridica’ intendendo solo affermare che ‘conosce le regole del diritto’, o, meglio, di quel suo particolare settore.

Parlare di cultura giuridica è naturalmente anche cosa diversa che parlare di ‘diritto e cultura’. Un’endiadi in cui cultura e diritto sono viste come entità separate e in cui la cultura è riferita a una disciplina diversa dal diritto, come, ad esempio, la letteratura,

Parte, o il cinema. E, in effetti, si ricorre a quest'espressione quando si vogliono cogliere i nessi tra quelle forme di cultura e alcuni aspetti del diritto, che poi sono per lo più tratti dalla giustizia penale: in sostanza, quando si vuole alludere a esperienze giuridiche rielaborate in chiave letteraria, cinematografica, artistica, come nel romanzo di Kafka *Il processo*, o nel film *Sacco e Vanzetti*.

Nell'espressione 'cultura giuridica', invece, è *il diritto a generare cultura, a poter essere elaborato intellettualmente come forma di cultura*. È un aspetto molto importante su cui conviene riflettere. Enuncio subito la tesi che vorrei sostenere a questo riguardo: il diritto diventa cultura se per cultura si intende – come credo si debba intendere – un'espressione umana in cui si riflettono le idee, i pensieri, i valori e le visioni del mondo e della vita elaborate dall'uomo. Nel diritto quest'elaborazione è indubbiamente strumentale all'obiettivo di regolare la convivenza sociale: è questo lo scopo del diritto, è questa la sua specifica funzione. Ma la prospettiva finalistico-regolativa che, a differenza di altre espressioni umane, come la letteratura o l'arte, caratterizza il diritto come 'strumento', non esaurisce ogni sua possibile dimensione. Per questo, il diritto non va considerato esclusivamente nel suo aspetto più immediatamente percepibile di insieme di norme e di precetti. Se guardiamo in filigrana quella regolazione, ci accorgiamo, infatti, che le scelte che opera, gli strumenti che mette in campo, l'interpretazione che ne viene data ci svelano un vasto sottofondo culturale: ci dicono cosa l'uomo pensa di sé, come vede la società in cui vive, come si colloca in essa, come vorrebbe cambiarla. Ed è in questo 'parlare' dell'uomo che il diritto rivela le sue affinità con le altre forme di cultura che pure parlano dell'uomo: la filosofia, la letteratura, l'arte. Anche se, naturalmente, in queste ultime quel collegamento risulta più immediato, perché è costitutivo della loro stessa essenza, mentre nel diritto va in qualche modo portato alla luce, va scoperto sotto il velo delle norme.

4. *Cultura giuridica e comparazione 'verticale'. I preziosi insegnamenti della storia: due esempi emblematici.*

Per intendere meglio questa valenza culturale del diritto – che però, vorrei precisare, è necessaria anche per cogliere l'effettiva portata degli stessi meccanismi tecnici di cui il diritto è formato, i quali altrimenti non potrebbero essere compresi in modo adeguato nelle loro reali e più profonde implicazioni– occorre però allargare lo sguardo, aprendosi anche alla comparazione. Per un verso, alla comparazione orizzontale, che ci dice come quel tale problema è affrontato oggi in altri sistemi giuridici diversi dal nostro: o meglio, per restare nella prospettiva da cui ci poniamo, come altrove si dà risposta a quella particolare istanza, come la si inserisce nel complesso dei valori che si vogliono tutelare in quel contesto, e se quella risposta, anche alla luce delle soluzioni tecniche scelte per realizzarla, fa trasparire analoghe o diverse visioni e istanze dell'uomo e della società rispetto alle nostre. Ma, ancor più significativa, almeno quando non si debbano

esaminare problemi o istituti giuridici del tutto nuovi, diventa, da questo punto di vista, la comparazione verticale, cioè la comparazione storica. E, per farmi meglio intendere a questo proposito, ricorro direttamente a due esempi tratti dalla particolare avventura scientifica di un grande giurista come Paolo Grossi.

Il primo esempio è rappresentato da una sua ricerca giovanile che per lui si rivelerà illuminante nel dischiuderli un panorama sommerso che, fino ad allora, era rimasto abbastanza occultato agli occhi degli studiosi. La ricerca riguardava un istituto del diritto privato comune: il contratto locativo di lunga durata dei fondi rustici, la *locatio ad longum tempus*. Un istituto all'apparenza non particolarmente significativo; che però, osservato con più attenzione, faceva emergere sfondi inaspettati. Esso infatti trasformava, grazie al decorso del tempo, un contratto di locazione in un 'dominio utile', cioè in una sorta di comproprietà a favore del conduttore. Un esito certamente singolare se confrontato con la logica squadrata delle categorie romanistiche (e anche di quelle civilistiche attuali), dove il proprietario resta proprietario anche quando cede in locazione il suo bene immobile per un lungo tempo. Ma un esito che invece trova la sua reale spiegazione accostandosi ai canoni di 'una antropologia tutta medievale dove la volontà umana cede alla dominanza dei fattori naturali, primo dei quali il tempo'. La constatazione che 'al culto tutto romano della proprietà e del proprietario formali si andava sostituendo il rispetto verso posizioni di effettività', qui rappresentate dall'esigenza di favorire una maggior coltivazione delle terre, problema assai avvertito nell'Età di mezzo, faceva capire perché veniva premiato chi se ne assumeva durevolmente il compito. E, soprattutto, questo contratto faceva emergere una attenzione per il mondo delle cose non più esaminate come proiezioni del soggetto e destinazione del suo dominio assoluto, ma valorizzate nella loro autonomia. È un passaggio molto importante per Grossi, perché gli fa cogliere per la prima volta in modo pieno 'il miracolo storiografico della comprensione', gli fa sperimentare in modo palpabile il vincolo profondo tra diritto e mentalità, gli fa cogliere le scelte antropologiche che il diritto può far trasparire.

Il secondo esempio riguarda invece il lascito giuridico del pensiero illuministico, momento tipico per la costruzione del moderno stato di diritto. Come noto, Grossi si muove qui in piena controtendenza, rispetto alla maggioranza degli studiosi che ha sempre visto in quest'epoca l'età dei diritti, la culla del costituzionalismo moderno, un irripetibile momento generativo dell'esperienza giuridica. Grossi evidenzia invece quello che ritiene essere – accanto a questi pregi - il suo lato oscuro. Egli scorge infatti nella Rivoluzione francese il momento di inizio di una nuova epoca segnata da uno strettissimo vincolo fra potere politico e diritto: tutto il diritto, compreso – anche e soprattutto – il diritto privato, dove si discute di beni e di proprietà, da quel momento sarebbe stato prodotto monopolisticamente dallo Stato, inaugurando un'epoca che Grossi non esita a definire di 'assolutismo giuridico'. In questo riduzionismo illuministico del diritto alla legge, che segna un radicale e brusco cambio di paesaggio rispetto al pluralismo giuridico dell'epoca precedente, e che regna incontrastato in tutti i settori

del diritto nell'epoca delle codificazioni e con il quale è tuttora spesso in forte consonanza il sentire del giurista contemporaneo, egli vede attuata un'abilissima strategia da parte della borghesia che aveva fatto la Rivoluzione e che si consolida come classe egemone per tutto l'Ottocento, finalizzata a mantenere e accrescere il suo potere e la sua ricchezza. Quella borghesia, avendo saldamente in mano anche le redini del potere politico, e di quello legislativo in particolare, fa sì che il monopolio giuridico da parte dello Stato, lo stesso principio di legalità e la stessa codificazione civile siano funzionali a tutelare i suoi interessi esclusivi, imperniando quella strategia su 'credenze', su 'mitologie', come le chiama Grossi, in larga parte ancora fortemente radicate nell'immaginario collettivo dei giuristi, come quella della legge intesa come espressione della volontà generale, mentre essa esprime solo la volontà sovrana di un'assemblea di 'investiti' dal popolo ad agire nel suo interesse, senza che si possa individuare una corrispondenza diretta tra una ipotetica preesistente volontà degli elettori e la volontà creatasi successivamente in seno all'assemblea, quella della astrattezza della legge, che, unita all'uguaglianza, la cui portata restava tuttavia puramente formale, lasciava intatte le abissali differenze di fatto tra il ricco e il povero, parificandone artificiosamente le posizioni, a concreto esclusivo vantaggio del ricco, quella dell'identificazione della giustizia nella legge, quando quest'ultima, riducendosi a un comando, può essere riempita di ogni contenuto, anche il più efferato, come avrebbe dimostrato la tragica esperienza delle leggi razziali.

Gli esempi potrebbero continuare, ma credo che già questi siano sufficienti per intendere il messaggio. Ognuno potrà naturalmente aderire o dissentire dalle ricostruzioni riportate; non è questo il punto; i prodotti intellettuali come tali sono sempre soggetti a critica. Quegli esempi ci mostrano però cosa si possa intendere per cultura giuridica, cosa significhi affrontare le questioni che pone il diritto portando alla luce i sottofondi culturali ed esistenziali in cui esse affondano, facendo emergere l'uomo che è nascosto dietro alla trama delle norme. E come, in definitiva, sia questo il compito del giurista che davvero voglia comprendere pienamente il senso della materia che sta trattando.

Quegli esempi ci forniscono poi anche alcuni insegnamenti più specifici, che discendono anch'essi da un approccio di tipo culturale al diritto. Ci mostrano infatti come i problemi giuridici non possano mai essere affrontati in una dimensione atemporale, staccati dal mondo che li ha prodotti, e come perciò le regole del presente non vadano assolutizzate come se fossero qualcosa di immutabile, di sempre esistito e di sempre destinato ad esistere: un errore che, per la verità, è abbastanza frequente nei giuristi 'positivi', spesso troppo concentrati sul qui e ora, sul dettaglio normativo che hanno davanti agli occhi per riuscire a osservarlo con sufficiente distacco ed essere capaci di relativizzarlo. Infine, gli esempi che abbiamo ricordato ci mostrano come i problemi giuridici (ma, si potrebbe dire, tutti i problemi di qualsiasi tipo) non possono essere realmente compresi e correttamente inquadrati neppure affidandosi ciecamente ai luoghi comuni ricevuti dalla tradizione. L'oggi – ce lo ricorda sempre Grossi – non è che un

‘punto’ che va collocato sulla ‘linea’ lunga (ma, beninteso, spesso anche accidentata e discontinua) della storia; e la storia, dal canto suo, va incessantemente interrogata, ma anche ripulita dalle incrostazioni di cui spesso il tempo l’ha ricoperta per rivelarci la sua vera (e spesso inaspettata) identità. E l’identità della storia, anche di quella giuridica – e questo chiude in qualche modo il cerchio – finisce per essere anche la nostra identità: ci spiega – almeno in parte – da dove veniamo e perché, nel bene e nel male, oggi siamo quello siamo.

Poi, naturalmente, è chiaro che l’uomo può avere un rapporto adesivo o conflittuale con le regole giuridiche che è chiamato a osservare. In una prospettiva fisiologica, il diritto dovrebbe cogliere i fermenti della società (questo faceva, ad esempio, la *locatio ad longum tempus* prima ricordata) per ‘restituirli’ ai consociati in forma di regole di comportamento in cui essi possano ‘riconoscersi’. Il che poi si riflette anche sugli assetti complessivi di un sistema, dato che, come osservava Benjamin Constant, ‘affinché le istituzioni di un popolo siano stabili occorre che siano al livello delle sue idee’. Ma è altrettanto vero che questo può non accadere, e, anzi, è destinato ad accadere sempre più difficilmente nelle società pluraliste come la nostra, dove ci sono troppe istanze, spesso tra loro confliggenti, da tenere insieme perché il prodotto possa risultare soddisfacente per tutti. E anche lo stretto legame che da sempre esiste tra diritto e potere può favorire, dal canto suo, questo tipo di scollamento, che, naturalmente, si accresce di fronte all’umoralità e alla contraddittorietà delle scelte legislative, alle conflittualità che spesso si innescano tra politica e magistratura, a quel continuo alternarsi, incomprendibile all’uomo comune, di rigore e di lassimo nelle previsioni e nelle applicazioni del diritto, alla stessa difficoltà di riuscire a ricostruire gli effettivi contenuti di una norma nell’inaccettabile dedalo dei rinvii e delle eccezioni che talvolta contengono i testi legislativi: tutto questo contribuisce a rendere sempre più accidentato e meno sintonico il rapporto dei cittadini con il diritto, che percepiscono spesso come qualcosa di distante, incomprensibile, avulso dal senso comune, se non addirittura come qualcosa di ostile calato dall’alto. E non c’è da stupirsi che talora un’ombra obliqua si sia proiettata anche su coloro che sono chiamati a gestire il diritto, cioè i giuristi, accusati di essere capziosi, amorali, gregari, venali, conformisti, o, addirittura, ‘cattivi cristiani’ come Martin Lutero definì i canonisti al servizio dei ‘papisti’ che combattevano la Riforma protestante.

5. *Cultura giuridica, pensiero critico, avvento dell’intelligenza artificiale.*

Come difendere la cultura giuridica dall’incultura dell’appiattimento?

Prima di tutto occorre essere consapevoli di ciò che la cultura giuridica significa e della sua importanza, e quindi anche dell’importanza di trasmetterla, di insegnarla, di insegnare ad analizzare i problemi giuridici avendo sempre ben presente questa dimensione. Di farlo nello studio e nell’elaborazione scientifica, abituando anche i

propri allievi a saper guardare il diritto al di là e al di sopra del semplice funzionamento dei meccanismi normativi e poi, a cascata, trasmettere lo stesso insegnamento a lezione agli studenti. Il che significa, in definitiva, abituarli a un pensiero critico; e Dio sa quanto bisogno ci sia oggi di coltivare questo pensiero a tutti i livelli, come requisito essenziale nella vita e, direi, come requisito indispensabile per difendere la stessa libertà e la stessa democrazia, tanto minacciate dalle pulsioni irrazionali oggi dilaganti.

Per il giurista – e soprattutto per il giurista – il pensiero critico deve costituire una risorsa e un'abilità imprescindibile. Ricordo che ancora una decina d'anni fa una delegazione di studenti padovani che era venuta a parlare con me di alcune questioni mi disse a un certo punto 'Professore, ma sa che lei ci fa la domanda più difficile agli esami?' Chiesi loro quale fosse. E mi risposero all'unisono: 'lei chiede sempre: perché? Quando domanda un certo istituto o una certa disciplina, lei non si accontenta che lo studente gliela esponga; vuole anche sapere quali sono le ragioni che ne stanno a fondamento'.

C'è poi un ulteriore motivo per il quale questo pensiero critico diventa oggi ancor più essenziale. Alludo al fatto che i giuristi sono chiamati in questo tempo ad affrontare una sfida di immensa portata, che comporterà mutamenti di tipo anche antropologico: quella di gestire l'ingresso degli strumenti dell'intelligenza artificiale nel campo del diritto. Questi strumenti dovrebbero avere lo scopo di fornire all'uomo un'"intelligenza aumentata", cioè un'amplificazione delle sue capacità per mezzo della sterminata capacità di 'processare' dati da parte delle macchine. I vantaggi possono essere evidentemente grandissimi, ma si accompagnano anche a notevoli rischi. Tra questi, va sicuramente inclusa la possibile compressione nell'uso degli algoritmi di alcune garanzie fondamentali: la *privacy*, anzitutto, ma anche, specie nel processo, il diritto di difesa, ostacolato dalla difficoltà di operare un controllo su questi strumenti in ragione della loro sostanziale opacità. Ma vi è anche un rischio più immediato e subdolo da fronteggiare: il rischio che questi strumenti contribuiscano a disincentivare sempre più l'impiego del pensiero critico. Ne vediamo già molte avvisaglie nell'uso della tecnologia digitale nella vita di tutti i giorni. Pensiamo allora a cosa potrebbe accadere, ad esempio, nella gestione di un processo dove, di fronte a una messe copiosa di materiale bell'e pronto per l'uso, di fronte ai nuovissimi strumenti di intelligenza artificiale 'generativa' come Chat GPT, che sembrano essere in grado di elaborare addirittura testi di sentenze, il giudice, specie se cronicamente oberato da ingestibili carichi giudiziari, potrebbe provare la forte tentazione di demandare alla macchina più di quello che dovrebbe. Potremmo imboccare una strada assai pericolosa, che porterebbe verso uno scenario in cui nel mondo del diritto si sceglie attraverso algoritmi, si decide attraverso algoritmi, si controlla attraverso algoritmi, a tutti i livelli e da parte di tutti. Algoritmi, non dimentichiamolo, che sono governati dal principio della correlazione tra dati, non da quello, tipicamente umano, della causalità. In un contesto di questo tipo è chiaro che il ragionamento critico nei fatti non troverebbe più spazio né interlocutori, perché sarebbe ormai divenuto una forma di comunicazione desueta, che impiega una

grammatica di cui nessuno sarebbe più in grado di intendere le coordinate; un arnese ormai inservibile. Resteremmo in balia dell'operato impersonale delle macchine. Una prospettiva che dobbiamo tutti impegnarci a prevenire, sviluppando e irrobustendo al massimo e a tutti i livelli l'unico vero antidoto che abbiamo a disposizione: il pensiero critico, appunto. Non stancandoci mai di pretenderlo dagli studenti, da chi voglia superare un concorso pubblico, specie di magistratura, di avvocatura, di notariato, e, ovviamente, da chi voglia intraprendere la carriera accademica.

Non dimentichiamo, infine, proprio a quest'ultimo proposito, che strumenti come Chat GPT potrebbero essere impiegati anche per la redazione di testi scientifici, articoli e monografie (e, a maggior ragione, tesi di laurea). Ove si trattasse di un 'contributo' solo parziale e limitato, un principio di 'trasparenza' o, se si preferisce, di 'lealtà digitale' imporrebbe senz'altro che chi se ne è giovato lo dichiari esplicitamente (magari – come ha proposto provocatoriamente qualcuno – 'ringraziando' Chat GPT per l'apporto fornito, come si fa con i colleghi che hanno in qualche modo contribuito con i loro suggerimenti alla riuscita di un'opera). Il rischio è però che si vogliano invece operare sostituzioni fraudolente dell'elaborazione umana; il che arrecherebbe, in prospettiva, un grave pregiudizio per il futuro stesso della cultura giuridica. Poiché qui l'intento sarebbe palesamente quello di ingannare, il deterrente più efficace dovrebbe essere rappresentato dallo sviluppo, che è già in atto, di sempre più raffinati strumenti tecnologici di controllo in grado di scoprire l'apporto della macchina nell'elaborazione di un testo: un controllo virtuoso della tecnologia sulla tecnologia che permetterebbe di smascherare i prodotti scientifici 'falsi'.

6. La cultura giuridica nel conflitto tra qualità e quantità: le esigenze della scienza e le scelte della politica universitaria.

Vorrei infine chiudere con una breve notazione dedicata all'Università e alla carriera accademica.

Parlando di cultura giuridica, abbiamo accennato più volte alla sua qualità: si potrebbe, anzi dire, che una cultura senza qualità semplicemente non è cultura. Dunque, il giurista accademico non potrebbe svolgere quella specifica attività che gli consente di fare cultura, la quale è rappresentata dalla ricerca scientifica senza un approccio rigorosamente qualitativo. Ma la qualità vera, soprattutto quando si è più giovani (diciamo all'epoca delle prime monografie, che rappresentano il nostro più impegnativo banco di prova) richiede studio, scavo, meditazione, tanto spirito critico e autocritico. Quando occorre, bisogna avere infatti la forza e la lucidità di capire che si è sbagliata direzione, che certe ipotesi da cui si era partiti si sono poi rivelate erronee, che magari siamo incorsi in talune contraddizioni che vanno risolte: di questo è fatta la ricerca scientifica, ma questo richiede, oltre a intelligenza, passione, perseveranza, anche *tempi adeguati*. Le idee vanno metabolizzate, i pensieri vanno ruminati se si vuole che ne esca un prodotto buono.

In palese contrasto con quest'esigenza stanno invece le politiche universitarie che richiedono prestazioni tra loro difficilmente compatibili. Da un lato, una produzione scientifica quantitativamente crescente, dall'altro, un aumento esponenziale delle incombenze didattiche e burocratiche per tutti i docenti (compresi, tra l'altro, i ricercatori, che, essendo degli studiosi in formazione, dovrebbero invece potersi dedicare prevalentemente alla ricerca). Per la partecipazione ai concorsi universitari si impone, infatti, il superamento delle ben note 'mediane', che si ispirano a una concezione eminentemente quantitativa della produzione scientifica: se non hai il numero di pubblicazioni previsto dalla 'mediana' non puoi nemmeno partecipare al concorso (e la stessa condizione di inammissibilità vale anche per gli aspiranti commissari).

Al contempo, però, oltre a scrivere, occorre anche insegnare, magari in più corsi, partecipare a innumerevoli sedute di consigli e commissioni, svolgere gli esami, fare attività di tutoraggio. Si comprende facilmente come, in un simile contesto, alla fine ad essere penalizzata non sia l'attività di ricerca in sé, ma la possibilità di dedicarvi il tempo necessario per curarne la qualità. Tanta attività ma in poco tempo, insomma. E così, per raccogliere il maggior numero di titoli in tempi contingentati, ecco ampie frange soprattutto di giovani tuffarsi nell'esegesi minuta, nel commento di corto respiro; ecco le pubblicazioni dall'approccio meramente 'descrittivo', che si limitano a dar conto dell'esistente (diventa pubblicazione quella che dovrebbe essere solo la base di partenza per una ricerca). Ecco monografie impacchettate velocemente, quando in realtà sarebbero ancora acerbe. Una gran quantità di prodotti giuridici la cui qualità inevitabilmente in molti casi non potrà riuscire ad essere particolarmente elevata. Un danno su tutta la linea: per gli autori, per l'Università come luogo di produzione del sapere, per la stessa cultura giuridica nel suo complesso, perché induce a credere che 'quelle' pratiche la rappresentino.

LA FORMAZIONE

Gianluca Romagnoli*

IL PROBLEMA.

LA DIVARICAZIONE DELLA FORMAZIONE DEI GIURISTI E DELLA LORO CULTURA

SOMMARIO: 1. Una cultura giuridica comune come presupposto dell'interazione tra avvocati e magistrati. – 2. L'attenzione per la formazione di avvocati e magistrati. – 3. La divaricazione della preparazione e della formazione dei giuristi. – 4. Un secondo momento di divaricazione: la richiesta formativa dei magistrati e la negazione della 'dimensione culturale della amministrazione della giustizia'. – 5. La sfiducia nella giustizia. – 6. Cultura e giustizia?

1. *Una cultura giuridica comune come presupposto dell'interazione tra avvocati e magistrati.*

Il diritto è strumento per la prevenzione e la risoluzione dei conflitti il cui impiego postula una cultura giuridica comune di chi lo pratica. Avvocati e magistrati, per comprendersi, devono disporre non solo di adeguate e condivise conoscenze tecniche per l'individuazione della regola e per la sua applicazione ma anche di un sapere adeguatamente interiorizzato che li guida e accompagna, nelle diverse prospettive, verso la soluzione del conflitto del caso concreto, da comprendere in tutta la sua materialità.

L'imprescindibilità d'un patrimonio culturale comune ad avvocati e magistrati è più che ovvia e scontata. Infatti, se non si condividono linguaggi e, prima, saperi, costumi, consuetudini e percorsi applicativi non ci può essere quel dialogo costruttivo che si svolge nel contraddittorio del processo tra le sue parti e, in un momento antecedente, fuori del processo, in funzione della valutazione dell'opportunità d'instaurarlo.

Solo un linguaggio e un patrimonio culturale comune consentono una utile interazione tra avvocati e giudici. Sono quelli che rendono possibile nel processo, riprendendo le parole di Piero Calamandrei¹, al buon avvocato di «essere utile al giudice per aiutarlo a decidere secondo giustizia, utile al cliente per aiutarlo a far valere le proprie ragioni». Ancora: sono linguaggio e patrimonio culturale comune che, al di fuori del processo, consentono al buon avvocato di essere «il primo giudice istruttore» che vaglia le ragioni del cliente e ne filtra l'accesso alla giustizia, consigliandolo di desistere o accompagnandolo innanzi al giudice quando un caso analogo non è stato ancora deciso.

* Professore associato di diritto dell'economia nell'Università di Padova.

1 P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*⁶, Firenze, 1959 (ristampa 2010), 128.

L'efficacia – e la stessa 'importanza'² – dell'opera dell'avvocato e, se si vuole, la sua funzione di filtro, a prevenzione del contenzioso, sono condizionati dalla sua capacità di predire l'esito d'un potenziale conflitto, il cui pronostico non dipende solo dalla padronanza degli strumenti tecnici, ma anche dalla consapevolezza d'altro. Cioè dei valori, dei modelli comportamentali diffusi – anche se più o meno condivisi – o, ancora, dei processi cognitivi che rispettivamente orientano i componenti della società³ o condizionano i singoli in un dato momento storico e che, non di meno, devono essere noti al giudice⁴.

Il diritto è strumento per risolvere le controversie che si prospettano nella quotidianità e, dunque, non si può prescindere dalla realtà in cui quelle sono 'immerse'⁵. Il riconoscimento della legittimità d'una pretesa da parte d'un determinato ordinamento, infatti, ha un carattere relazionale. Il che implica una necessaria considerazione sia della posizione di chi richiede o potrebbe domandare una tutela per garantirne l'effettività sia di chi la contrasta, magari assumendosi titolare di una contropretesa basata su d'un diverso diritto fondamentale, con la conseguenza che l'eventuale prevalenza dell'una o dell'altra è il risultato d'un'operazione di bilanciamento⁶.

La levatura culturale dell'avvocato non è, peraltro, meno rilevante di quella del magistrato. Infatti, se il livello e qualità della seconda possono concorrere a garantire una decisione saggia – intesa come fondata su d'una adeguata conoscenza dei fatti, proporzionata sia rispetto alle regole che ai valori sottostanti – il livello di qualità della prima non solo condiziona il magistrato ma anche ne delimita l'ambito di intervento. È l'avvocato – sia nel processo civile che in quello amministrativo – che, formulando la domanda, delinea le tematiche che saranno oggetto della sentenza (artt. 99 e 112 cod. proc. civ.; artt. 34, comma 1, e 39, cod. proc. amm.) e con le sue argomentazioni concorre alla realizzazione di una giustizia formale⁷, apportando un contributo impre-

2 Caratteristica, spesso non adeguatamente compresa e apprezzata. Cfr., P. DORIA, *La formazione del giurista. L'impresa di servizi legali o il 'vir bonus dicendi peritus'?* in *Juscivile*, I, 2020, 163 s.

3 Cfr. L. VIOLANTE, *Antigone*, in M. CARTABIA - L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, Bologna, 2018, 83 ss. e spec. 110 s.

4 La risoluzione del conflitto attuale o potenziale richiede il compimento d'un'attività interpretativa, che si sostanzia nello sforzo di contestualizzazione del messaggio contenuto in un documento normativo, impiegando un linguaggio condiviso; linguaggio che, dunque, dovrà tener conto del contesto storico culturale in cui viene compiuta l'operazione destinata alla individuazione del parametro su cui fondare la soluzione, come evidenziato da tempo, dalla più autorevole dottrina. Cfr. G. ZACCARIA, voce *Interpretazione della legge*, in *Enc. del dir., Annali*, V, Milano, 2012, spec. 702 ss.

5 M. CARTABIA, *Edipo re*, in M. CARTABIA - L. VIOLANTE, *Giustizia*, cit., 59

6 Tra i tanti, per quanto riguarda la problematica dell'individuazione dei c.d. 'diritti fondamentali' e delle tecniche per assicurarne l'effettività, si veda il breve quanto denso saggio di A. CELOTTO, *L'età dei (non) diritti*, Roma-Cesena, 2017, 9, spec. 33 ss. e 88 ss. e, per quanto concerne il c.d. 'bilanciamento', 105 ss.

7 Cfr. E. OPOCHER, *Analisi dell'idea di giustizia*, Milano, 1977, 27 ss. Giustizia, peraltro, la cui realizzazione non si concretizza solo con l'affermazione della conformità della condotta alla legge, a prescindere da qualunque considerazione di beni o valori ma – per gli ordinamenti a costituzione rigida – anche con il riscontro della conformità o compatibilità della disposizione con i principi, fissati nella carta fondamentale.

scindibile, alla decisione del caso concreto⁸, cercando di scongiurare il pericolo che la pronuncia possa essere condizionata da tendenze conformistiche⁹.

2. *L'attenzione per la formazione di avvocati e magistrati.*

L'amministrazione della giustizia eroga un servizio pubblico essenziale e perciò si spiega perché la legge contenga delle prescrizioni che – per garantirne la qualità – impongono obblighi formativi e di aggiornamento a magistrati e avvocati. È la complementarietà delle due categorie che giustifica un'articolata serie di doveri. Il contributo degli appartenenti all'una non può prescindere da quello di chi è parte dell'altra. Infatti, il dialogo che si sviluppa nel processo impone che chi vi partecipa e lo stimola sappia 'parlare' a chi è non solo disposto a capire ma anche capace d'ascoltare¹⁰.

Una normativa, ormai non più recente, pone alla ribalta il fatto che la qualità del servizio non dipende solo dalle regole d'accesso alla magistratura, come evidenziava Piero Calamandrei, ma anche da quello che accade dopo 'l'immissione nel ruolo' di chi è chiamato a decidere. Infatti, quel 'potere micidiale' che lo Stato affida ai giudici potrebbe risultare mal adoperato facendo «diventare giusta la cosa ingiusta»¹¹ non solo se non si presta adeguata attenzione ai criteri di selezione ma anche se, poi, non si assicura un successivo percorso di aggiornamento formativo/culturale.

Il d.lgs. 31 gennaio 2006, n. 26, coltiva l'obiettivo della formazione e aggiornamento dei magistrati tramite l'istituzione della Scuola superiore della magistratura (art. 2; art. 18 e artt. 23 ss.) per cui sono previsti diversi obblighi di frequenza in funzione dell'anzianità e dei ruoli dei diversi giudici. In modo simmetrico, l'art. 11, l. 31 dicembre 2012, n. 247, pone per l'avvocato «l'obbligo di curare il continuo e costante aggiornamento della propria competenza professionale al fine di assicurare la qualità delle prestazioni professionali e di contribuire al migliore esercizio della professione nell'interesse dei clienti e dell'amministrazione della giustizia».

L'attività formativa è, dunque, divenuta una delle linee qualificanti l'azione amministrativa tesa a garantire la qualità del servizio giustizia, prevedendone l'obbligatorietà per le 'categorie' che concorrono al suo funzionamento. E la centralità di quella è ormai indiscussa soprattutto quando si guarda a chi decide. Infatti, può dirsi acquisito che «una adeguata preparazione culturale, professionalità pratica e consapevolezza sociale del ruolo», sono fondamentali in quanto «il giudice colto è più indipendente»¹². Giudice colto che opera in modo più efficace ed efficiente, in quanto capace di

8 Cfr. G. ALPA, *Giudici e legislatore*, in *Dir. pubblico*, 2017, 35.

9 P. BARILE, *Introduzione*, in P. CALAMANDREI, *Elogio*, cit., XII,

10 Rendendo così possibile dare una ricaduta pratica a quell'alleanza tra dottrina e giurisprudenza tesa ad individuare e colmare le lacune dell'ordinamento, cui accenna G. ALPA, *Giudici*, cit., 32.

11 P. CALAMANDREI, *Elogio*, cit., 10 s.

12 *Formazione dei magistrati e attività della Scuola della magistratura. Un colloquio con il Presidente Gaetano Silvestri* (16 ottobre 2019), in <https://www.questionegiustizia.it>

«comprendere il contesto in cui è chiamato ad esercitare la giurisdizione» e in grado di non seguire impostazione formalistiche, disattente al dato sociale e incuranti del substrato valoriale della legislazione. E, ciò, ulteriormente perché si reputa che un giudice colto sia più capace di resistere a quegli «orientamenti sostanzialistici che privilegiano in modo arbitrario finalità di giustizia rispetto alla corretta interpretazione ed applicazione della legge»¹³.

In disparte l'enfasi e la condivisibilità delle affermazioni di principio, ci si deve però chiedere se l'azione amministrativa sino ad ora svolta sia stata in grado di raggiungere i suoi obiettivi. In particolare, se – a distanza di anni dall'istituzione della Scuola superiore della magistratura – l'attività formativa obbligatoria abbia effettivamente preparato un giudice colto, in grado di dialogare efficacemente con gli avvocati, capace ancora, di comprendere i fatti della vita, guardandoli in modo obiettivo, anche in tutta la loro eventuale drammaticità¹⁴, superando quella naturale precomprensione di ogni fenomeno che accompagna ogni attività ricostruttiva/valutativa¹⁵.

3. *La divaricazione della preparazione e della formazione dei giuristi.*

Chi ha un minimo d'esperienza concreta – misurandosi con la pratica giudiziaria – può ragionevolmente esprimere qualche perplessità in merito all'idoneità dell'attuale assetto normativo / amministrativo a garantire l'erogazione di quella formazione capace di favorire quell'arricchimento culturale della cui importanza nessuno dubita.

Anzi, se non mi inganno, il vigente assetto pare caratterizzato da alcuni fattori 'divisivi' che, cioè, catalizzano una sorta di divaricazione culturale delle diverse categorie dei giuristi. Da qui una conseguente ricaduta (negativa) in termini di difficoltà – se non impossibilità – di quel dialogo tra avvocati e giudici e, a seguire, il depotenziamento – se non la vanificazione – dell'effetto virtuoso che si vorrebbe garantito dal contraddittorio.

L'ammissione all'esercizio della professione di avvocato è subordinata alla dimostrazione del possesso di competenze tecnico giuridiche, della capacità di esporre in modo persuasivo e coerente la posizione difesa e, dunque, convincere chi ascolta, con metodo retorico¹⁶. In tesi poi, l'obbligo formativo continuo dell'iscritto all'ordine vorrebbe garantita nel tempo quella capacità e, dunque, implicare uno sforzo d'aggiornamento utile al fine di, non solo di mantenere, ma anche di elevare la qualità della prestazione professionale.

13 *Formazione dei magistrati*, cit.

14 Cfr. M. CARTABIA, *Edipo*, cit., 57.

15 Per tutti, sui meccanismi e sui rischi che le decisioni giudiziarie siano guidate da fattori indipendenti dall'esercizio della razionalità, A. FORZA - G. MENGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017, 21 ss.

16 Sul punto, anche per una ricognizione normativa si rinvia a, P. MORO, *L'argomentazione forense come difesa della parte e persuasione del giudice*, in *Cultura e diritti*, 2015, IV, 26 ss.

La proiezione pratica del sapere e della cultura dell'avvocato – a 'connotazione relazionale' – perché destinata a essere impiegata per 'confezionare comunicazioni' rivolte al giudice, trova, se si vuole, un limite nell'atteggiamento di quest'ultimo. L'impiego retorico delle conoscenze – in linea con l'impostazione di questa tecnica di persuasione – lo porta a privilegiare quei temi o argomenti che fanno più facilmente breccia nel cuore del magistrato e lo inducono a trascurare, invece, quelli che la prassi fa apparire meno efficaci anche se possono essere utili per favorire una visione più ampia del caso controverso e della realtà in cui è collocato. In altri termini, l'impostazione culturale del giudice – e soprattutto i suoi difetti – sono in grado di condizionare negativamente lo sviluppo di quella dell'avvocato. Anzi, al limite, alla lunga paiono in grado di 'logorare' l'attitudine e la capacità del secondo a guardare oltre la prassi giudiziaria e, perciò, di ragionare e di proporre nuove soluzioni per la decisione di casi futuri, suggerendo interpretazioni evolutive dei documenti normativi in vigore. Dunque, ad indurre l'avvocato a non studiare, ad abbandonare un approccio ampio, trascurando, in particolare l'eventuale dibattito dottrinale sviluppatosi che può interessare tanto un tema nuovo quanto uno antico, ma controverso e complesso.

La conferma delle perplessità esposte, credo si possa trarre da alcune indicazioni ritraibili dalla disciplina dedicata alla formazione e aggiornamento dei magistrati, il cui primo esame già suscita qualche dubbio¹⁷. Per come quella è stata strutturata e poi attuata parrebbe inidonea a favorire quel pluralismo di prospettive culturali reputato fattore necessario per garantire a chi decide un approccio indipendente e imparziale ai problemi del contenzioso¹⁸.

Un primo profilo di criticità può essere indicato in una scelta normativa di chiusura / limitazione soggettiva. Dubbia, infatti, è l'opzione di fondo che esclude che la Scuola superiore possa trarre dagli avvocati del c.d. 'libero foro' i docenti dei corsi di formazione per il passaggio dei giudici a funzioni superiori (d.lgs. 26/2006), soluzione

17 Perplessità, che si sommano a quella di fondo relativa alla 'rarefazione', nel corso del tempo, dell'obbligo d'aggiornamento del magistrato e alla attribuzione allo stesso d'un onere d'autovalutazione del proprio bisogno che, in ultima analisi, rimane affidato alla sensibilità del singolo. Il giudice, infatti, è obbligato solo nel primo periodo di servizio a seguire con cadenza annuale sessioni di formazione professionale. Scaduto il quadriennio quell'obbligo scatta con cadenza quadriennale e riguarda temi o materie la cui individuazione viene effettuata anche sulla base delle richieste dell'interessato (art. 25 d.lgs. 26/2006).

18 Si veda la nota 12. La necessità di un'ampia formazione culturale e della padronanza da parte del giudice di una familiarità con saperi interdisciplinari è indiscussa. Anche se, poi, chi ha riflettuto sul contributo 'normativo' della giurisprudenza la postula quale caratteristica degli appartenenti all'ordine giudiziario, come sembra ricavarsi dalle pagine di G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubblico*, 2017, 21 ss. Solo dando per acquisita quella competenza interdisciplinare e ampiezza di vedute, sembra possibile, attribuire valore positivo, di fonte di diritto a quella giurisprudenza 'dinamica', ritenuta capace di fugare le difficoltà derivanti dalla complessità del sistema normativo, dall'interazione tra fonti interne e sovranazionali e delle relative giurisprudenze nonché dalla decadenza della qualità dei testi delle leggi.

che pare postulare una sorta di assoluta incompatibilità per inconciliabilità di valori e prospettive di riflessione¹⁹.

Un secondo profilo di criticità pare ravvisabile nella modalità di definizione dei programmi della Scuola superiore. Infatti, si prevede che quelli devono essere predisposti tenendo conto delle linee programmatiche del Ministero della giustizia e del C.S.M. [art. 12, comma 1, lett. a), d.lgs. 26/2006]. Dunque, orientati da indicazioni di tipo amministrativo / finalistico che paiono imprimere alle iniziative formative una marcata connotazione autoreferenziale. Le linee programmatiche del C.S.M., infatti, impongono d'attribuire preminenza ai corsi c.d. 'classici', dedicati alle «prassi giurisprudenziali», relegando nell'area dell'eventuale gli altri «temi di elevato taglio scientifico e culturale collegati al dibattito giurisprudenziale ed alle novità normative»²⁰.

Un terzo profilo di criticità può essere individuato nelle modalità di definizione dei programmi dei singoli corsi che sembrano condurre alla 'confezione' di prodotti incapaci d'offrire una visione 'pluriprospettica' dei temi oggetto d'approfondimento, contraddistinguendosi per la loro propensione a proporre un esame, attraverso la 'lente' (prevalente) della giurisprudenza interna, così, in principio, veicolando approfondimenti sicuramente parziali.

Tanto può, esemplificativamente, trarsi già dall'esame della presentazione di un'iniziativa dedicata all'approfondimento dei rapporti tra giudice comune e costituzionale in cui si propone una ricostruzione limitata della rilevanza interpretativa delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo.

Quella presentazione, invero, si muove postulando la rilevanza interpretativa per il giudice interno (ex art. 117, comma 1, Cost.) delle sole pronunzie che esprimono una 'giurisprudenza consolidata' della Corte di Strasburgo²¹. Dunque, svolgendo ogni ulteriore considerazione od approfondimento muovendo da una non recente, quanto dubbia, affermazione della Consulta²², poi ripresa dalla giurisprudenza di merito e di legittimità domestica²³, per contenere l'impatto delle sentenze del giudice C.E.D.U. La parzialità /opinabilità della visione offerta appare evidente se si considera che la distinzione tra 'sentenze ordinarie' e 'sentenze espressione di una giurisprudenza consolidata' non ha alcun riscontro nel diritto convenzionale che riconosce, in principio lo stesso effetto alla sentenza della sezione semplice od a quella della Gran camera.

19 Nel preambolo del decreto legislativo, è contenuta la seguente precisazione: «Ritenuto, inoltre, di non recepire la condizione formulata dalla Commissione giustizia della Camera dei deputati relativamente all'articolo 27, comma 1, atteso che forti e non superabili ragioni di opportunità, hanno suggerito di non includere, nell'ambito dei soggetti che il comitato di gestione può chiamare a tenere i corsi di formazione per il passaggio dei magistrati a funzioni superiori, gli avvocati del libero foro».

20 Cfr. *Linee programmatiche sulla formazione e l'aggiornamento professionale dei magistrati per l'anno 2023* (p. 4 s.), in <https://www.csm.it>

21 Tanto si legge nella scheda di presentazione del corso, *Giudice comune, Corte costituzionale e giudizio di costituzionalità*, SSM, codice P23038, in www.scuolamagistratura.it.

22 Corte cost., 6 luglio 2016, n. 193.

23 Cfr. Cass. pen., sez. VI, 7 luglio 2020, n. 20572.

Impostazione, ancora, che – a prescindere dal dubbio in merito al momento del consolidamento del principio giuridico espresso nella sentenza²⁴ – è incompatibile con lo spirito della stessa Convenzione. Infatti, riconoscere un effetto esterno interpretativo solo alla giurisprudenza consolidata significherebbe negare la ‘forza espansiva’ della tutela dei diritti propria della C.E.D.U.²⁵.

4. *Un secondo momento di divaricazione: la richiesta formativa dei magistrati e la negazione della ‘dimensione culturale della amministrazione della giustizia’.*

La segnalata tendenza alla chiusura culturale e all’iper-esposizione del ‘formante giurisprudenziale’ come parametro prevalente/esclusivo di comprensione e apprezzamento della giuridicità del fatto sembra essere aggravato dai ‘riflessi’ negativi delle non più recenti scelte legislative d’estensione all’amministrazione della giustizia di (dubbie) impostazioni ‘aziendalistiche/produttivistiche’ che valutano l’operatività del personale in base alla quantità delle decisioni rese.

La logica dell’amministrazione c.d. ‘di risultato’, l’attenzione per la produttività del singolo magistrato ai fini della valutazione del suo operato (art. 11, l. 5 aprile 2006, n. 160; art. 3, l. 17 giugno 2022, n. 71) e della progressione di carriera²⁶, rende recessiva, se non assolutamente marginale, la domanda di quegli altri saperi – di carattere generale e non tecnico – che possono consentire una miglior comprensione del contesto, ampiamente inteso, in cui in cui sorgono le controversie.

Dai questionari compilati dagli utenti della Scuola superiore della magistratura, infatti, emerge una pressante richiesta di una formazione ‘operativa’²⁷. Prevale, la preoccupazione per il saper fare e – soprattutto – per il saper smaltire i carichi di lavoro. Dunque, una domanda spinta da tendenze/preferenze «praticistiche che consentano di affrontare la prassi quotidiana anche se ciò possa comportare la perdita di quella visione d’insieme che evita al giudice di muoversi a tentoni nella soluzione dei casi

24 Problema non trascurabile e costantemente sentito, in quei paesi, quali ad esempio la Spagna, la cui legge qualifica come ‘fonte complementare’ la giurisprudenza consolidata. Sul punto si rinvia alle riflessioni di L. PERFETTI, *Il valore del precedente nel processo amministrativo*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2022, 787, sviluppate muovendo dalla indiscussa evidenza dell’ineludibile ‘forza normativa’ delle decisioni giurisprudenziali per indagare entro quali limiti quella valenza debba essere contenuta per risultare compatibile con il nostro ordito costituzionale. Sul tema della rilevanza del precedente nel diritto amministrativo si vedano anche le considerazioni – trasponibili anche ad altri ‘settori’ – di A. SANDULLI, *Principi e regole dell’azione amministrativa: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale* (2017), in www.federalismi.it. Sul tema, si segnalano anche, M. CECILI, G. VOSA, *La funzione normativa dell’ordine giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 255 ss.

25 Sul punto mi si consenta di rinviare a G. ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, Napoli, 2020, 109 ss. e alla bibliografia citata.

26 Cfr. O. CIVITELLI, *La giustizia e la performance*, in *Questione giustizia*, 2/3, 2022, 88 ss.

27 Cfr. M. G. CIVININI, *Il ruolo della Scuola superiore della magistratura e della formazione iniziale nel ‘nuovo’ ordinamento giudiziario*, in *Questione giustizia*, II-III, 2022, 30.

della vita»²⁸. Tendenza che, verosimilmente, potrebbe acuirsi alla luce degli obbiettivi del P.N.R.R. che – postulata l’alta professionalità dei magistrati – indica la riduzione dei tempi dei processi come momento essenziale di una tutela giurisdizionale effettiva²⁹. Infatti, la logica acceleratoria sottesa – caratterizzata da un’equiparazione tra velocità e qualità delle decisioni giudiziarie – sembra ineludibilmente spingere nella direzione indicata, con ciò trascurando che l’effettività della tutela giudiziaria può risultare compromessa tanto da una decisione ‘tardiva’ quanto da una che, pur ‘tempestiva’, resa cioè a breve, è ingiusta in quanto nega il riconoscimento di una situazione giuridica spettante alla parte soccombente³⁰.

La pressione acceleratoria, dunque, ben si presta a spiegare l’ampio, disinvolto – e non di rado eccessivo od inappropriato – uso dei precedenti giudiziari, oggi divenuto un ‘metodo’ (espediente) per l’agile risoluzione della controversia tramite una sentenza la cui motivazione è costruita con il richiamo a massime conformi³¹, non solo della Corte regolatrice ma anche dello stesso giudice di merito³². Così consentendo – grazie alla copertura d’un astratto principio di parità di trattamento³³ – sia al giudice pigro che a quello dal ruolo sovraccarico di trovar spianata la via che conduce alla rapida (seriale) soluzione dei casi al suo vaglio³⁴.

Impiego ‘massivo’ dei precedenti – deve sottolinearsi – che, da un lato, per la sua prevalenza, documenta la ‘contrazione’ degli spazi per l’impiego di altri ‘argomenti retorici’ e, dall’altro, consente di giustificare in modo apparentemente coerente una

28 *Formazione dei magistrati*, cit.

29 *Piano nazionale di ripresa e resilienza. Italia domani*, 50 ss., in <https://www.italiadomani.gov.it>.

30 *Carichi di lavoro: nuove prospettive*, in <https://www.magistraturaindipendente.it>.

31 Sul ruolo del precedente, si rinvia a P. MORO, *Sul valore tipico del precedente*, in *Figure della positività giuridica nell’esperienza contemporanea*, a cura di C. Sarra, D. Velo Dalbrenta, Padova, 2013, 178 ss.

32 Cass., 20 ottobre 2021, n. 29017, per cui «La sentenza di merito può essere motivata mediante rinvio ad altro precedente dello stesso ufficio (nella specie, reso tra le stesse parti), in quanto il riferimento ai ‘precedenti conformi’ contenuto nell’art. 118 disp. att. cod. proc. civ. non deve intendersi limitato ai precedenti di legittimità, ma si estende anche a quelli di merito, ricercandosi per tale via il beneficio di schemi decisionali già compiuti per casi identici o per la risoluzione di identiche questioni, nell’ambito di un più ampio disegno di riduzione dei tempi del processo civile; in tal caso, la motivazione del precedente costituisce parte integrante della decisione, sicché la parte che intenda impugnarla ha l’onere di compiere una precisa analisi anche delle argomentazioni che vi sono inserite mediante l’operazione inclusiva del precedente, alla stregua dei requisiti di specificità propri di ciascun modello di gravame, previo esame preliminare della sovrapponibilità del caso richiamato alla fattispecie in discussione».

33 Per una critica all’inappropriato uso del precedente, spesso impiegato come espediente retorico per integrare o rinforzare la giustificazione della decisione senza, peraltro, accrescerne la condivisibilità o la prevedibilità del suo contenuto, cfr. L.R. PERFETTI, *Il valore*, cit., 799 s.

34 Cfr. G. ROMAGNOLI, *Note critiche sull’impiego della giurisprudenza*, in *Nuove leggi civ.*, 2011, II, 243 s. E deve sottolinearsi, senza che quei blandi limiti posti dalla stessa Corte regolatrice all’impiego dei precedenti nelle motivazioni possa costituire un adeguato usbergo all’abuso degli stessi. Sul punto, nonché per una riconsiderazione del problema, si segnala, G. CARUSO, *‘Nihil est idem, cui id ipsum est’. ‘Marginalia’ all’ordinanza Corte cass. n. 29191 del 21 dicembre 2020*, in <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2021/07/Caruso-1.pdf>.

decisione non pienamente meditata. Decisione, magari, frutto d'una considerazione superficiale delle peculiarità del caso concreto, che definisce la controversia richiamando un principio di diritto fissato da una precedente sentenza per nulla pertinente³⁵ o, al più, che ha solo una vaga attinenza con la questione giuridica esaminata. E ciò con una possibile alterazione del messaggio normativo o delle situazioni giuridiche soggettive la cui effettività dovrebbe essere garantita dalla pronuncia del giudice³⁶.

I casi paradigmatici sono molteplici e paradossali. Ad esempio, si può ricordare quello in cui il giudice civile – investito dell'opposizione ad una sanzione Consob (art. 195, comma 4, T.u.f.) – ha giustificato l'incontestabilità dei risultati di verifiche tecniche opinabili, non svolte in contraddittorio con la società ispezionata, richiamando l'autorità d'un 'precedente' della Cassazione relativo all'accertamento di un fatto semplice – a rilevazione empirico visiva immediata – quale la gravidanza di un animale abbattuto da un cacciatore in violazione della disciplina a tutela della fauna che vietava l'uccisione «di femmine in fase di riproduzione»³⁷. Postulando, da un lato, che l'accertamento in punto di adeguata strutturazione del sistema dei controlli interni di un intermediario finanziario abbia la stessa complessità di quello visivo della gravidanza d'un ungulato e, dall'altro, che gli accertamenti compiuti dalle amministrazioni possano essere condotti unilateralmente, senza alcun confronto con il soggetto passivo in fase d'esecuzione, per confermare la tesi della superiorità degli apprezzamenti delle autorità di vigilanza, nega l'applicazione di una fondamentale garanzia riconosciuta dall'art. 41 della Carta di Nizza, la cui operatività è indiscussa nelle materie che ricadono nella competenza normativa dell'U.E.³⁸.

35 O che, addirittura, non può ritenersi tale, risolvendosi in un richiamo ad una pronuncia che non si riferisce ad un caso comparabile o che si propone di risolvere la stessa questione esegetica che si propone ai fini della risoluzione della controversia in cui la precedente sentenza viene richiamata.

36 Per un esame critico del sostanziale mutamento del ruolo della Corte regolatrice e del precedente, cfr. B. CAPONI, *Legittimità, interpretazione, merito. Saggi sulla Cassazione civile*, Napoli, 2023, spec. 78 s. e 279 ss. Per alcune notazioni critiche, tra le tante voci, si segnala, B. SASSANI, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 2, 62, ove viene rilevato come la Corte sia sempre più incline a intendere la sua funzione nomofilattica «come un legiferare di secondo grado a scapito del giudicare». Emblematico di tale percezione pare un passo d'una recentissima pronuncia con cui la Corte regolatrice sembra attribuire tale ruolo ad ogni giudice investito della funzione nomofilattica. Le sezioni unite – Cass., Sez. Un., 23 novembre 2023 n. 32599 – nel decidere un ricorso per eccesso di potere giurisdizionale (negativo) dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, per dar ragione del diniego di giurisdizione da parte della sentenza impugnata fanno leva sulla particolarità degli effetti della decisione oggetto di contestazione e sulla sua capacità di sortire effetti ultraprocedurali. Infatti, si legge: «Avere escluso pregiudizialmente tutte le associazioni e gli enti dalla partecipazione alla fase del giudizio dinanzi all'Ad. plen., che era la sede nella quale sarebbero stati enunciati principi sostanzialmente normativi e vincolanti per i giudici e anche per le amministrazioni pubbliche, è sintomo di diniego o arretramento della giurisdizione in controversia devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo».

37 Cass., 19 dicembre 2007, n. 26794.

38 Per una conferma di tale evidenza con riguardo agli accertamenti ispettivi fiscali c.d. 'a tavolino', effettuati sulla base di documenti richiesti dall'amministrazione tributaria si segnala, Corte cost., 21 marzo 2023, n. 47 (par. 5.3, considerazioni di diritto), in www.cortecostituzionale.it, per cui «Alla frammentazione

Come evidenzia l'esempio, il precedente, non di rado, si rivela essere uno strumento tutt'altro che funzionale alla realizzazione di quell'azione nobile³⁹, quasi compensatrice delle criticità normative, per essere strumento d'affermazione di dubbie, e talvolta persino non meditate, politiche giudiziarie, quali quella di favore per le c.d. 'autorità indipendenti'⁴⁰. Politica giudiziaria, che, rimanendo al nostro esempio, si afferma con un duplice e non trascurabile costo: la violazione degli obblighi che derivano alla Repubblica dall'appartenenza all'Unione europea nonché di quelli discendenti dell'art. 113, comma 2, Cost. – in punto di divieto di limitazione dei motivi di impugnazione – cui la Consulta attribuisce il rango di diritto inviolabile⁴¹.

5. *La sfiducia nella giustizia.*

La contrazione dell'orizzonte formativo del magistrato – con l'accentuazione del rischio di un suo impoverimento culturale – aumenta la probabilità dell'assunzione di decisioni incomprensibili o a sorpresa⁴², costruite sulla base di mosaici di precedenti⁴³,

delle norme sul contraddittorio propria del diritto interno, si contrappone la previsione, in capo all'amministrazione tributaria, di un obbligo generale di attivarlo, ogniqualvolta adottati decisioni che rientrano nella sfera di applicazione del diritto europeo. Nel procedimento di verifica fiscale in cui l'amministrazione attua il diritto dell'Unione europea, infatti, questa è tenuta ad osservare gli obblighi derivanti dal diritto a una buona amministrazione sancito dall'art. 41, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e inteso come 'il diritto a che le questioni ... siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione', tra le cui articolazioni, elencate in via esemplificativa, il paragrafo 2 prevede espressamente 'il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio' (da ultimo, Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione quinta, 24 febbraio 2022, in causa C-582/20, SC Cridar Cons srl). Questo diritto 'garantisce a chiunque la possibilità di manifestare, utilmente ed efficacemente, la propria opinione durante il procedimento amministrativo prima dell'adozione di qualsiasi decisione che possa incidere in modo negativo sui suoi interessi' (*ex multis*, Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. VI, 4 giugno 2020, in causa C-430/19, SC C.F. srl; Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. V, 16 ottobre 2019, in causa C-189/18, Glencore Agriculture Hungary Kft.; Corte di giustizia dell'Unione europea, 3 luglio 2014, in cause riunite C-129/13 e C-130/13, Kamino International Logistics BV e Datema Hellmann Worldwide Logistics BV).

39 Sostenuta da G. CANZIO, *Nomofilachia*, cit., 25, secondo cui le pronunzie giurisprudenziali espressione di nomofilachia sarebbero «l'antidoto più forte alla fluidità dell'esperienza giuridica».

40 Su cui, mi si consenta il rinvio a G. ROMAGNOLI, *L'incidenza (sostanziale) dell'azione delle c.d. autorità indipendenti sulle dinamiche economiche dei c.d. mercati regolamentati e le sue ragioni culturali*, in *P.A. Persona e amministrazione*, I, 2021, 773 ss.

41 A. CELOTTO, *L'età*, cit., 78 s.

42 Sul problema delle decisioni fondate su argomentazioni valoriali – i cui contenuti, è da aggiungere, possono essere tratti dall'esame dei c.d. 'precedenti' –, è d'obbligo il rinvio a N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*.

43 Come, d'altronde, s'osserva – B. CAPONI, *Legittimità*, cit., 258 – sempre più spesso le pronunzie della Corte regolatrice, non assicurino più «l'esatta osservanza ed uniforme interpretazione bensì integrino la disciplina positiva con previsioni generali ed astratte in alcun modo collegate con le norme che ha scrutinato» sostanziandosi in «decisioni che non interpretano ma creano nuovo diritto» (p. 299).

e può verosimilmente includersi tra le cause del diffuso senso di sfiducia nella giustizia che s'è stabilizzato negli ultimi anni⁴⁴.

Ragionevolmente, infatti, quel modo di decidere che dilata l'alea del giudizio – oltre l'incertezza legata alla valutazione delle prove – può, almeno in parte, spiegare perché, tra il 2017⁴⁵ e il 2022⁴⁶, stabilmente, circa il 66% degli italiani non creda nella bontà del servizio giustizia, immaginando una parte di quelli (57,8%) che le sentenze siano condizionate dall'appartenenza politica del giudice e un'altra parte (19,8%) siano frutto di una disuguaglianza dei cittadini di fronte alla legge⁴⁷.

È subito da evidenziare come non si ponga una questione di legalismo a tutti i costi⁴⁸, da cui ci si deve guardare⁴⁹, ma di garantire l'imprescindibile esigenza di rendere conoscibili le regole di comportamento⁵⁰ e, poi, di non comprimere 'impropriamente' quelle situazioni giuridiche soggettive che sono state oggetto di riconoscimento normativo⁵¹. Esigenza che, in uno Stato di diritto – a Costituzione rigida – deve ritenersi indiscutibile. Infatti, possono essere tollerate delle oscillazioni interpretative, magari conseguenti alla formulazione del documento normativo⁵², ma non certo operazioni che – funzionali alla tutela di valori propri del giudice – conducono alla sostanziale negazione di istituti od alla configurazione di precetti privi di qualunque base normativa⁵³ e, dunque, lontani dalla indicazione della nostra Carta fondamentale (art. 23 Cost.)⁵⁴.

44 È, infatti, acquisito che la intellegibilità dell'atto giuridico è condizione che contribuisce alla legittimazione del soggetto pubblico che lo esprime, indipendentemente dalla sua collocazione istituzionale o dalla sua funzione. Cfr. R. ZACCARIA, *Il linguaggio del legislatore e della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, I, 2023, 141 s. (www.aic.it).

45 Cfr. S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Bari, 2022, 63 s.

46 EURISPES, *Risultati del Rapporto Italia 2022*, in <https://eurispes.eu/news/risultati-del-rapporto-italia-2022/>.

47 I dati statistici parrebbero, almeno in parte, confermare l'incapacità delle pronunzie, considerate globalmente, di spiegare razionalmente e in modo condivisibile il fondamento dei loro dispositivi e, dunque, legittimare il lavoro dei magistrati. Attitudine, si sottolinea, che dovrebbe essere doverosa e non solo auspicabile ma che i più sembrano dar per scontata, come parrebbe ancora trasparire dallo scritto di G. CANZIO, *Nomofilachia*, cit., 25-26.

48 Assumendo una posizione antistorica e superata. Cfr. G. ALPA, *Giudici*, cit. 30 s.

49 Cfr. P. GROSSI, *A proposito del diritto giurisprudenziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2020, 11.

50 Corte EDU 7 giugno 2012, n. 3844/09, Di Stefano c. Italia (par. 6).

51 E, ulteriormente a tacere, il fatto che l'utilizzo improprio dei precedenti come strumento argomentativo può – semioccultamente – accentuare, sino a rendere intollerabile, quel fattore costituito dalla già ampia discrezionalità giudiziaria, come evidenza, L.R. PERFETTI, *Il valore*, cit., 800.

52 Cfr. Corte. cost., 5 giugno 2022, n. 110, (par. 4.3.4, considerazioni in diritto).

53 B. CAPONI, *Legittimità*, 258.

54 Come autorevolmente ricordato – G. ZAGREBELSKY, *Tempi difficili per la Costituzione. Gli smarrimenti dei Costituzionalisti*, Bari, 2023, 67 – «da composizione dei valori e dei principi è funzione primaria della politica e non della giurisprudenza» e, dunque, come anche ai giudici costituzionali non spetti il compito di modificare ma di «stabilire i limiti oltre i quali, ragionevolmente, il bilanciamento operato dalla legge sconfinerebbe in sopraffazione».

6. *Cultura e giustizia.*

Se la giustizia non può prescindere dalla cultura che è, se si vuole, componente indissociabile della giurisprudenza intesa nel modo più nobile⁵⁵, dovrebbe essere indubbio che la seconda non possa essere dissociata dalla prima. La padronanza – o almeno la non assoluta estraneità dei giuristi rispetto a saperi generali – aiuta alla comprensione dei fenomeni, predispone all'analisi critica degli elementi disponibili, ancora, induce a un esame autocritico delle proprie opinioni, superando la precomprensione dei fatti e assecondando all'apertura a ipotesi alternative credibili rispetto a un'opinione più o meno diffusa della meritevolezza, accettabilità, compatibilità d'un dato fatto o condotta.

Dunque, la chiusura e l'impoverimento culturale ben può presentarsi come un fattore di pericolo forse più di quanto non possa apparire la 'poca chiarezza delle leggi', spesso evocata come la causa del fallimento della giustizia⁵⁶. Una solida cultura giuridica comune a tutti gli operatori del diritto può costituire un'efficace strumento per rendere più giusta l'amministrazione della giustizia, tanto più quando l'opacità dei testi normativi, per varie ragioni, divenga una delle caratteristiche delle discipline di molti settori dell'ordinamento interno ed europeo, ora perché l'articolato della legge è formulato in modo tale da non poter esprimere immediatamente il comando, per essere costruito impiegando norme di principio o clausole generali o perché necessita del completamento/integrazione da parte di 'altre fonti' (regolamenti, atti amministrativi, linee guida), a loro volta, dal tenore generico o, ancora, perché sottoposte a un 'integrazione plurilivello' (Europea, convenzionale), il cui significato, è suscettibile d'una 'correzione' da parte delle pronunzie di corti sovranazionali (Corte di giustizia dell'U.E., Corte europea dei diritti dell'Uomo).

Solo chi ha la capacità di osservare i fenomeni collocandoli in una prospettiva più ampia di quella di chi si limita al panorama definito dagli ormai 'porosi' confini nazionali e non si limita all'impiego degli strumenti della tradizione esegetico formalista è in grado di avvicinarsi al problema, comprenderlo nella sua complessità e risolverlo, temperando valori e principi che ne possono condizionare la sua valutazione giuridica.

Ma come fare?

L'idea, magari scontata (e facilmente criticabile), potrebbe essere quella di rivalorizzare l'azione delle istituzioni di alta cultura, quali le Università, in cui tutti i giuristi hanno ricevuto la loro prima formazione. Da quelle potrebbe svilupparsi un movimento, un'azione di rinnovamento o di ricomposizione che passa attraverso l'individuazione di un minimo comun denominatore su cui ricostruire un patrimonio culturale comune,

⁵⁵ P. GROSSI, *A proposito del diritto*, 11.

⁵⁶ Cfr. S. CASSESE, *Il governo*, cit., 37, che ricorda come, già dal 1997, l'attuale Ministro della giustizia – on. Carlo Nordio – imputava il fallimento della giustizia, sia alla opacità della legge che, per quanto concerne il settore civile, alla lunghezza dei relativi processi.

che consenta un più efficace confronto e dialogo, pur nel rispetto delle diversità dei ruoli di ciascuno.

La richiamata opacità dei documenti normativi, quindi, ben potrebbe essere controbilanciata dalla capacità di effettuarne letture impiegando criteri e metodi uniformi e condivisi che consentano di collocare 'la fonte' oggetto di prima indagine in un contesto allargato che tenga in appropriata considerazione – senza posizioni preconcepite – anche quelle variabili esterne da cui non può prescindersi per effetto dell'apertura dell'ordinamento domestico (art. 10, comma 1, art. 11, art. 117, comma 1, Cost.) ad altri orizzonti quali quelli definiti, rispettivamente, dai Trattati istitutivi dell'Unione europea o quello della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, capaci di incidere sulla portata del diritto interno.

L'importanza della cultura per il diritto e, se si vuole, del ruolo delle Università come 'fucina di cultura' credo possa essere confortata dall'esperienza della Corte di giustizia dell'U.E.

Il riconoscimento dell'esistenza di un nucleo di diritti fondamentali da parte dell'Unione europea⁵⁷ può essere considerato il risultato d'un percorso progressivo. Quell'esito, non assolutamente scontato, fu conseguito per fasi. In un primo momento si passò per l'individuazione di valori comuni, profondi, radicati nelle esperienze dei singoli Stati. A quella fase seguì, quindi, la perimetrazione di alcuni principi comuni in quanto riconducibili alle tradizioni costituzionali condivise dai paesi membri, su cui si fondò il riconoscimento di vari diritti fondamentali⁵⁸.

La Corte di giustizia, con le sue pronunzie realizzò un'operazione complessa, resa possibile dalla qualità dei suoi componenti, giuristi appartenenti alle più illustri Università del nostro continente. Personalità eminenti che ebbero la capacità di dar vita a una giurisprudenza in grado di fondere la scienza con le necessità delle aule giudiziarie, e che comunque rimase sempre aperta ai contributi della dottrina⁵⁹.

Personalità, ancora, conscie del proprio ruolo e delle responsabilità di chi decide – magari chiamato al compimento di scelte angosciose, perché si risolvono nell'attribuzione della prevalenza di un valore rispetto ad un altro parimenti degno – scrissero sentenze non coperte da precedenti e, dunque, dalla stabilità dell'esperienza pregressa. Personalità che, guidate dal loro sapere, hanno compiuto scelte sofferte, perché consapevoli del fatto che la cultura spesso implica un notevole dispendio d'energia, perché richiede impegno che, invece, è rifiutato da chi è incline alla decisione facile e che è tale perché reputa superfluo il sapere⁶⁰.

57 P. GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi e domani*, in *Contratto e impr. Europa*, 2013, 687.

58 P. GROSSI, *Il messaggio*, cit., 688.

59 P. GROSSI, *Il messaggio*, cit., 689.

60 Credo che tanto si possa affermare, generalizzando le riflessioni – pur se riferite ad altro contesto – di G. ZAGREBELSKY, *Tempi difficili*, cit., 112, per il quale «Decidere significa spesso sacrificare una parte di noi stessi all'altra e, qualche volta si vorrebbe non essere costretti a farlo. Ogni decisione è

Ma forse v'è di più, perché l'arricchimento culturale dei giuristi e del magistrato, in particolare, potrebbe favorire il superamento di quel monopolio della giurisprudenza e del precedente ben prestandosi a far meglio funzionare quei meccanismi predisposti dalla Costituzione per garantire che, nel tempo, la regolazione di ogni settore sia improntata alla garanzia della dignità della persona che è condizione di libertà sviluppata attraverso l'attuazione del principio di solidarietà⁶¹. Dignità, va sottolineato, che può essere lesa non solo nell'ambito penale da una punizione senza legge o da una legge senza fattispecie⁶², ma anche in altri ambiti – quale il civile o l'amministrativo – con l'imposizione di obblighi o limitazioni che non hanno più giustificazione in ragione della mutata percezione sociale dei valori da parte della società⁶³.

Immediato è pensare al ruolo affidato dalla nostra Carta fondamentale alla Corte costituzionale, la cui attività è, comunque, 'filtrata' dalla valutazione di non manifesta infondatezza compiuta dal giudice del rinvio⁶⁴. Solo un giudice colto, che rifugge dal conformismo – che non si adagia sulle comode certezze magari offerte dal c.d. 'diritto vivente'⁶⁵ – può essere disposto a sottoporre una questione alla Consulta che, nell'assolvere la propria funzione di 'legislatore negativo'⁶⁶, può eliminare una legge aspra o, comunque, correggerne i profili di irrazionalità, impiegando quella panoplia di sentenze interpretative/manipolative⁶⁷, che sono entrate nella dinamica istituzionale e comunque si pongono quale fonte di certezza e quale percorso per adeguare le regole positive o le valutazioni delle condotte per cui sono pensate all'evoluzione del modo d'intendere quelle regole formulate con l'impiego di concetti aperti quali la dignità umana o la libertà.

un'amputazione, la rinuncia a delle possibilità. È forse per questo che dice l'Ecclesiaste (1, 18) 'molta coscienza, molto affanno; chi accresce il sapere, aumenta il dolore' nel momento della scelta. Il carattere portato alla facile decisione è di chi considera superfluo il sapere. L'ignorante ha maggiori possibilità di essere contento di sé. Chi invece coltiva e approfondisce via via, la conoscenza si priva di energie verso la realtà. Spesso per poter decidere, si evita di confrontarsi sui fondamenti ultimi e si preferisce restare più in superficie. Scendere nel fondo dei problemi significa spesso dividersi tra noi e dentro di noi, creare fratture paralizzanti, difficilmente sostenibili, tra una parte vincente e una soccombente. Fin dove è possibile, si preferisce restare sulla superficie e, a questo fine aiutano i precedenti'.

61 G. FLICK, *Elogio della dignità*, Roma, 2015, 7.

62 Cfr. F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, 40 ss. e 65 ss.

63 Tra le tante questioni, si pensi, al fine vita, alle problematiche relative alle registrazioni allo stato civile dei matrimoni omosessuali, dei figli di famiglie c.d. 'arcobaleno' od ancora agli automatismi amministrativi di diniego di permesso di soggiorno ai cittadini extracomunitari.

64 Cfr. P. PINNA, *Il diritto legislativo e giudiziario*, in *Osservatorio delle fonti*, 2023, 1, 94 ss. (in www.osservatoriodellefonti.it).

65 Inteso dalla Consulta stabilizzazione d'un'interpretazione giurisprudenziale consolidata perché 'reiterata ed uniforme'. Cfr. Corte cost., 22 marzo 2023, n. 101 (par. 4, considerazioni in diritto).

66 R. ZACCARIA, *Il linguaggio*, cit., 141, che richiamando Kelsen, evidenzia come «tendenzialmente, il legislatore è chiamato a scrivere 'su una pagina bianca' mentre la Corte opera 'intervenedo su testi scritti'».

67 Su cui, per una panoramica, anche in termini pratici, si veda G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale* (2020), in www.questionegiustizia.it.

ABSTRACT: La condivisione, nel tempo, di saperi e linguaggi ampiamente intesi è presupposto imprescindibile di ogni dialogo. Non vi può, peraltro, essere alcuna utile interazione tra interlocutori in assenza d'adeguate forme di aggiornamento che tengano in adeguata considerazione la situazione degli altri soggetti con cui si comunica.

Quella condivisione pare indefettibile nel caso dell'amministrazione della giustizia, resa possibile dal contributo diverse categorie di soggetti – che con diversi ruoli– concorrono alla realizzazione dell'interesse pubblico. Anche la disponibilità d'un 'patrimonio culturale comune' contribuisce all'efficiente ed efficace interazione tra giudici e avvocati, prima, nel contraddittorio, poi, in fase di decisione, favorendo soluzioni delle liti non solo comprensibili e condivisibili ma, prima, ragionevolmente prevedibili.

Lo studio, analizzate le principali disposizioni legislative dedicate all'aggiornamento dei giuristi, verificatane l'inadeguatezza, propone di ovviare alle carenze formative attraverso la rivalutazione e ricoinvolgimento delle istituzioni di alta cultura, tra cui le Università, in cui tutti -avvocati e magistrati- hanno, ricevuto la loro prima formazione.

PAROLE CHIAVE: Giudice – Avvocato – Cultura – Azione amministrativa – Organizzazione – Processo – Contraddittorio – Diritti.

Chiara Cacciavillani*

GIURISTI E DIRITTO

SOMMARIO: 1. Sulla formazione dei giuristi. – 2. Giurisprudenza consolidata e precedente giudiziale. - 3. Giurisprudenza (e precedente giudiziale) e dottrina.

1. *Sulla formazione dei giuristi.*

Giudici e avvocati si formano nelle medesime università, seguono percorsi di studi omogenei e uniformi su tutto il territorio nazionale e i loro docenti sono, sovente, anche giuristi pratici perché svolgono, accanto a quella accademica, la professione di avvocato.

Tutti i giuristi pratici – che sono i giudici e gli avvocati¹ – ormai da molti anni sono assoggettati ai c.d. obblighi di formazione e di aggiornamento; altrettanto non è però, occorre constatarlo, per i giuristi accademici². Non è il caso di discutere i programmi dei corsi di formazione o di aggiornamento cui sono tenuti avvocati e giudici, così come non è il caso di discutere le vie di reclutamento del relativo corpo docente³: troppe sono le variabili, per di più meramente contingenti, che rendono impossibile qualsivoglia approccio analitico, e così la formulazione di una qualsiasi proposta *pro futuro*.

Tuttavia, il fatto stesso che vi siano leggi che istituiscono l'obbligo di formazione e di aggiornamento induce alcune osservazioni.

La prima: è avvilente che la legge abbia dovuto imporre ai giuristi pratici la partecipazione a corsi di formazione e di aggiornamento.

Il giurista pratico non può che essere un giurista aggiornato, ossia un giurista che non riesce a concepire la sua professione se non come studio continuo, di cui l'aggiornamento è solo una piccola parte. È impensabile – dovrebbe essere impensabile – che un giurista pratico cessi, dopo il conseguimento dell'abilitazione professionale o l'immissione nei ruoli della magistratura, di studiare; e di studiare sia temi già affrontati nel corso del ciclo universitario di studi, per approfondirli, per ricavarne nuova linfa,

* Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Padova.

1 In questo limitato e molto parziale senso, giudici e avvocati sono altri rispetto alle comunità di studiosi, tradizionalmente denominati giuristi accademici; cfr., per l'uso lessicale qui proposto, F.A. v. HAYEK, *Sul «senso» delle istituzioni sociali*, 1956, ora in *Tra realismo e utopia liberale. Scritti 1949 - 1956*, Milano, 2009, 73 ss.

2 I quali, quando avvocati, sono esonerati – perché accademici – dagli obblighi formativi e di aggiornamento cui sono assoggettati gli altri avvocati.

3 Cfr. peraltro, in argomento, l'accurata disamina di G. ROMAGNOLI, *Il problema. La divaricazione della formazione dei giuristi e della loro cultura*, in questo volume.

per cercare connessioni e stimoli non percepiti durante la carriera studentesca (sovente pressata dall'imperativo di superare il più velocemente possibile gli esami), sia temi nuovi, non intravisti prima, ma con i quali egli si deve cimentare nella realtà concreta della professione, sia essa di giudice, sia essa di avvocato.

Che sia stato avvertito, a livello regolatorio, il bisogno di sancire formalmente l'obbligo di formazione e di aggiornamento, addirittura sanzionandone il mancato rispetto, appare semplicemente antitetico alla funzione del giurista pratico: per svolgere la sua missione, egli non può che essere continuamente formato e aggiornato, così che la formazione e l'aggiornamento non possono essere ridotti all'adempimento di un obbligo imposto dalla legge, perché sono connaturati all'essere un giurista.

Come è stato possibile, dunque, che si sia giunti al punto di imporre obblighi formativi e di aggiornamento, peraltro solo ai giuristi pratici e non a quelli accademici?

Una risposta ovvia, per quanto banalizzante, può essere rinvenuta nella tendenza del normatore contemporaneo di non lasciare spazi vuoti dalla normazione: è l'ansia del legislatore, tanto deprecata già da Max Weber, di tutto prevedere e tutto regolamentare, finanche la formazione dei giuristi, affinché nulla sia lasciato privo di regole⁴. A parziale spiegazione dell'imposizione per legge dei corsi di formazione e di aggiornamento può addursi anche la alluvionalità e la cattiva qualità della produzione normativa; ma si tratta di spiegazione anch'essa banale e banalizzante, ove si consideri che alluvionalità e cattiva qualità della regolazione sono connotazioni della produzione normativa ormai presenti, e unanimemente deprecate, da moltissimi decenni, senza che tali sue connotazioni negative abbiano impedito la formazione di giuristi pratici (e accademici).

È invece possibile, e ritengo plausibile, che gli interventi regolatori che sanciscono obblighi formativi e di aggiornamento a carico dei giuristi pratici siano indotti dalla constatazione dell'arretramento di questi giuristi dalla loro missione istituzionale: dal loro avere in qualche modo abdicato al ruolo di interpreti della realtà, che è per sua natura cangiante e che non può mai essere uguale, oggi, a come era ieri. Il giurista pratico si è trasformato, a poco a poco, in mero esegeta, lettore e commentatore di disposizioni di diritto positivo, affannato nella ricerca di un loro 'combinato disposto' che consenta di arrivare a una qualche conclusione per la risoluzione di un caso contingente. Ad essere andate perdute, nella inesausta e spesso frustrante ricerca, quasi novello Sacro Graal, di un qualche 'combinato disposto', sono la dimensione del pensiero e la ricerca della ragione delle disposizioni: la gnoseologia, se si vuole. Oltre a ciò, nell'imposizione per legge di obblighi formativi e di aggiornamento a carico dei giuristi pratici gioca a mio avviso un ruolo non trascurabile la loro tendenza a pensare al diritto come a 'branca' del sapere autosufficiente e autoreferenziale, tale per cui non

4 Cfr. in argomento le pungenti osservazioni di G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, 25.

sia essa a doversi aprire ad altre discipline, ma siano le altre discipline a doversi piegare agli schemi e al linguaggio del diritto⁵.

Che non sia e non possa essere così, è a me pare sotto gli occhi di tutti. Il peso che le società occidentali assegnano ad alcuni valori, ad esempio a quello della concorrenza e del libero mercato, e il ruolo di quel complesso fenomeno che nel suo insieme viene denominato ‘globalizzazione’, hanno portato alla elaborazione di sistemi regolatori a vocazione nettamente espansiva, non necessariamente di matrice legislativa, che hanno posto in discussione assetti normativi e categorizzazioni giuridiche preesistenti, imponendone una rivisitazione alla quale il mondo del diritto si è mostrato non di rado restio, quando non inadeguato⁶.

Penso al prepotente e certamente non recente ingresso, nel nostro ordinamento, del c.d. *soft law*, al cospetto del quale la scienza giuridica tradizionale continua a interrogarsi circa la sua collocazione nel sistema (gerarchico) delle fonti, senza riuscire a trovare risposte adeguate e senza tener conto che le c.d. fonti *soft* hanno, nella realtà concreta, un impatto fortissimo, soprattutto nei campi nei quali la dimensione giuridica è fortemente condizionata da scienze non giuridiche. Come ha risposto il mondo giuridico tradizionale all’irrompere del *soft law*? Spesso rifiutandone il riconoscimento e, altrettanto spesso, offrendo, quale spiegazione alla negazione dell’esistenza del fenomeno, il suo non essere sussumibile in una categoria propria della nostra tradizione, nel nostro modo tradizionale di intendere e di spiegare il diritto.

Penso anche all’impatto che, su categorie e istituti giuridici consolidatisi da decenni, hanno e stanno avendo sistemi normativi costruiti intorno a valori cui la contemporaneità, ma non il mondo di ieri, assegna un peso specifico pari, se non maggiore, rispetto ad altri⁷. È questo il caso del sistema normativo costruito intorno al valore che si suole coagulare nell’idea del diritto alla salute⁸, che ha condotto alla costruzione legislativa del Servizio sanitario come servizio pubblico a vocazione universalistica⁹. In un sistema forgiato dal legislatore, alla fine degli anni Settanta del secolo scorso, intorno al dogma che il diritto alla salute venga garantito in virtù dell’esistenza (e del corretto funzionamento) di un servizio pubblico a vocazione universalistica, il ruolo della c.d. sanità privata è pensabile – ed è stato pensato in concreto dal legislatore della legge n.

5 Curioso è constatare come lo stesso lessico del giurista sia, sovente, assolutamente anacronistico, infarcito di lemmi caduti in desuetudine ovunque salvo, appunto, che nel ristretto, e in buona parte autoreferenziale, mondo dei giuristi: ciò che ha indotto alla elaborazione della figura retorica del ‘cielo astratto dei giuristi’, tanto deprecata, perché disfunzionale, da M. WEBER, ora in *Sociologia del potere*, Milano, 2014 (1922); e ciò che ha condotto anche, a me pare, alla perdita di prestigio sociale dei giuristi, comunemente considerati niente altro che azzecagarbugli.

6 Utilizzo qui le elaborazioni teoriche di G. TEUBNER, spec. *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, 2012, e *La cultura giuridica nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005.

7 Anche a questo riguardo utilizzo le categorie concettuali elaborate da G. TEUBNER, op. cit.

8 Diritto fondamentale la cui base di diritto positivo è l’art. 32 Cost.

9 Il riferimento è, naturalmente, alla legge n. 833 del 1978 e al d.lgs. n. 502 del 1992 (e s.m.i.).

833 del 1978 e del d.lgs. n. 502 del 1992– come puramente ancillare e condizionato dall’emergere di fabbisogni di prestazioni sanitarie e socio-sanitarie non suscettibili di essere soddisfatti dal servizio pubblico. Senonché è noto ormai da almeno tre decenni che quello delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie è un mercato in senso tecnico-giuridico, in cui non possono sussistere monopoli o barriere di ingresso a operatori economici privati. La forza delle regole, di matrice euro-unitaria, a presidio del sistema che tutela la libera concorrenza in un libero mercato ha dato luogo allo sviluppo di una giurisprudenza (prevalentemente ma non solo del giudice amministrativo) che ha eroso alle fondamenta l’idea della necessità del monopolio pubblico e del ruolo decisivo in prima battuta solo pubblico nell’organizzazione e nel governo dei sistemi erogativi delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie, e così l’idea, alla base della legislazione della fine degli anni Settanta del secolo scorso, che un servizio sanitario pubblico monopolista sia presidio essenziale e ineludibile del diritto alla salute. Una giurisprudenza consolidata da molti anni, questa, che esclude categoricamente che il decisore pubblico possa negare l’autorizzazione all’esercizio di attività sanitarie e socio-sanitarie, o l’accreditamento di strutture deputate all’erogazione di prestazioni di tale specie, a causa dell’assenza di fabbisogno pubblico delle relative prestazioni.

Come ha reagito il mondo giuridico – di chiara matrice legislativa –, formatosi sull’assioma tradizionale della valenza non scalfibile del monopolio pubblico quale garanzia del diritto alla salute, a fronte dello sgretolamento nella realtà materiale delle fondamenta dell’assioma? Ha reagito trincerandosi dietro la qualificazione in termini di eccentricità di quella giurisprudenza che riconosce, *au fond* delle organizzazioni preposte alla presa in carico e alla cura delle persone, un mercato in senso tecnico-giuridico, nel quale, in quanto tale, non può essere ammessa l’istituzionalizzazione e la preservazione di un monopolio pubblico in tema di *governance* e di accesso al sistema. Si tratterebbe, per il pensiero giuridico dominante, di giurisprudenza non solo eccentrica, ma, ancor peggio, eversiva del dato normativo il quale con chiarezza subordina l’autorizzazione e l’accreditamento delle strutture sanitarie e socio-sanitarie alla rilevazione di un fabbisogno di prestazioni sanitarie e socio-sanitarie non suscettibile di essere soddisfatto dalle sole strutture pubbliche. Il che significa, in concreto, negare il ruolo che, sulla scena giuridica, hanno assunto ‘materie’ quali la concorrenza e il libero mercato; e arroccarsi nell’ossequio, a questo punto solo formale, a una scelta legislativa che si manifesta ormai obsoleta e insufficiente a trovare un nuovo punto di composizione e di conciliazione tra il diritto alla salute – che non necessariamente passa attraverso l’istituzione e la preservazione di un monopolio pubblico – e le esigenze del mercato e della concorrenza. Di fatto, i giuristi tradizionali non hanno saputo cogliere e intercettare un problema per loro nuovo, frutto dello sviluppo economico e del prepotente affacciarsi di nuovi interlocutori, quali, per rimanere al campo qui cennato, quello dei grandi fondi assicurativi; tanto meno giuristi sono stati in grado di elaborare soluzioni soddisfacenti a questo problema per loro nuovo.

Ed è così che, a fronte della c.d. legge annuale per la concorrenza del 2021 – la n. 118 del 2022 –, che ha finalmente recepito, e calato in disposizione di *ius scriptum*, la regola di matrice euro-unitaria e giurisprudenziale circa la necessità di confronto competitivo tra operatori economici per l’assegnazione di budget pubblici in sanità –, il mondo dei giuristi si è trovato disarmato e incapace di intercettare le ragioni di quella regola: per la gran parte, i giuristi si sono limitati a criticare l’idea che sia leggibile un mercato delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie, che non è però un’idea elaborata dalla legge del 2022, ma una mera fotografia della realtà concreta.

In definitiva in questo campo, come in altri, i giuristi tradizionali si sono arroccati nella difesa a oltranza di un dato normativo, quello della legge n. 833 del 1978 e del d.lgs. n. 502 del 1992, che non ha, nella contemporaneità, alcuna corrispondenza con la mutata realtà del settore; e non sono riusciti a intercettare che la realtà sottostante al dato normativo di decenni fa non è più la realtà di oggi.

Ma perché molti giuristi sono così restii a cogliere il *novum* che si manifesti al di là del tutto sommato piccolo territorio nel quale sono abituati a muoversi, così restii a cercare di comprenderlo e di interpretarlo per dare risposta a domande nuove?

Il mio timore è che la risposta stia nella tendenza all’autoreferenzialità, a un conservatorismo frutto della paura di rimettersi in gioco, di entrare in campi mai esaminati, di studiare fenomeni fino a ieri impensabili e impensati, di elaborare nuove categorie giuridiche.

Entra qui in gioco il tema della formazione e dell’aggiornamento: tanto per i giudici quanto per gli avvocati essa dovrebbe essere aperta, e aperta a diversi saperi, a diverse esperienze, a diversi approcci analitici; non può di certo essere monopolio dei giuristi pratici, e neppure, ovviamente, di quelli accademici.

E viene da chiedersi se l’inadeguatezza dei giuristi pratici, in non pochi né irrilevanti campi, a intercettare, comprendere e spiegare giuridicamente fenomeni nuovi, possa avere una qualche con-causa nel modo in cui, nelle università, si insegna il diritto. Siamo sicuri che i giuristi pratici *non* siano stati formati, nei loro corsi di studi universitari, a porre in discussione quelli che vengono loro indicati come postulati inamovibili, perché discenti di un corpo docente che *non* è disposto a rimettersi esso stesso in gioco?

Un’ultima osservazione, a mo’ di contraltare a rilievi critici di Gianluca Romagnoli sui percorsi differenziati di formazione e aggiornamento per le due *species* di giuristi pratici che sono i giudici e gli avvocati. Non riesco a immaginare che il mondo della complessità si presti a essere meglio decifrato se e nella misura in cui il corpo docente deputato alla formazione e all’aggiornamento dei giudici fosse affidato a quell’altra *species* di giuristi pratici che sono i professori universitari o gli avvocati. A prescindere dal fatto che quel corpo docente è spesso integrato da accademici che sono anche avvocati – constatazione banale, ma solidamente ancorata all’empiria –, l’osservazione che ho sopra svolto mi conduce a ritenere che si tratti di un falso problema. La mia esperienza, accademica e pratica, mi induce al convincimento che i più restii a intercettare le novità sono gli avvocati, piuttosto che i giudici. Rimane fermo peraltro che i giudici, quando elaborano soluzioni nuove a problemi nuovi, così come quando fanno *overruling*, non

fanno altro che dare risposte giudiziali nuove, o diverse rispetto al passato, a domande di giustizia, o a bisogni di protezione giuridica, elaborati da avvocati.

2. *Giurisprudenza consolidata e precedente giudiziale.*

Ritengo necessario ricordare, qui, che decisioni giudiziali motivate con il richiamo a giurisprudenza consolidata o a precedenti conformi non sono di per sé tecniche decisorie e motivazionali deprecabili.

Il ruolo della giurisprudenza nella formazione ed elaborazione delle regole per la soluzione dei casi concreti è antico quanto l'idea stessa del diritto: senza scomodare Enrico Allorio e il suo *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale* o gli studi dei filosofi del diritto sul ruolo creativo dell'interpretazione¹⁰, è semplicemente antistorico pensare che la soluzione delle questioni controverse, si trovi nel *ius scriptum*, e in quella sua *species* che è il *ius scriptum* di matrice legislativa.

È antistorico innanzi tutto perché non tiene conto che la Corte costituzionale ha elevato ormai da decenni la giurisprudenza consolidata, e specificamente l'interpretazione che essa dà a una norma di legge, a possibile oggetto del sindacato di costituzionalità¹¹: con ciò dando dimostrazione plastica che la giurisprudenza è ben lungi dal promanare da giudici, i quali siano meri attuatori della legge, mere *bouches de la loi*¹².

È antistorico, inoltre, perché non tiene conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo cui le leggi interpretative, in quanto tali *naturaliter* retroattive, dirette a sovvertire la giurisprudenza consolidata (quanto meno perché stabilizzata per effetto di pronunce delle Corti supreme) o ad impedire che la giurisprudenza si consolidi, cozzano contro il diritto fondamentale al rispetto dei beni e contro il diritto fondamentale al giusto processo (a lettura e interpretazione coordinate)¹³. Particolarmente degno di nota è che la giurisprudenza C.e.d.u. qualifichi come fisiologica, e connaturata al processo di formazione delle regole, la possibilità di oscillazioni o contrasti giurisprudenziali tra giudici di gradi diversi, destinati a essere sopiti in virtù del ruolo di stabilizzazione della giurisprudenza assegnato alle Corti supreme negli ordinamenti che, come il nostro, sono connotati dall'articolazione dei giudici per gradi.

10 Per tutti, cfr. G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma - Bari, 2012.

11 Cfr. ad es. Corte cost., sentt. n. 276/1974, n. 350/1997, n. 317/2009, n. 175/2011.

12 Indimenticabili, ma sovente dimenticate, sono le parole di M. WEBER, secondo il quale è da respingere «con indignazione l'idea del giudice moderno come di una macchina in cui vengono gettati dentro gli atti insieme alle spese e che, da sotto, sputa fuori la sentenza insieme ai motivi desunti meccanicamente dai paragrafi dei codici». Weber criticava così pesantemente la tecnica della motivazione esaurentesi nel mero richiamo a una disposizione di *ius scriptum*, e lo faceva, naturalmente, nel segno della sua radicale critica all'assolutezza dei sistemi normativi c.d. legicentrici, per i quali cfr. per tutti P. COSTA, *Pagina introduttiva: giudici, giuristi (e legislatori): un 'castello di destini incrociati'?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XL, 2011, 1 ss. e ivi ulteriori contributi.

13 Cfr. Corte e.d.u. (*Grande Chambre*), *Zielinski, Pradal e altri c. Francia*, del 19 dicembre 1999; *Véron c. Francia*, del 18 aprile 2006; *Lilly France c. Francia*, del 5 novembre 2010.

Soprattutto, nella giurisprudenza della C.e.d.u. la garanzia della non scalfibilità da parte del legislatore della giurisprudenza consolidata e della preclusione alla introduzione di impedimenti al suo consolidamento, è garanzia correlata ai diritti fondamentali al rispetto dei beni e al giusto processo, nonché veicolo per la stabilità – non la certezza, ma la stabilità – del diritto. In altre parole, per il diritto C.e.d.u., che è in gran parte esso stesso di matrice giurisprudenziale, la giurisprudenza consolidata, e, a monte, la possibilità del consolidamento della giurisprudenza, sono valori la cui protezione è strumento di garanzia del diritto al rispetto dei beni e del diritto al giusto processo.

Non da ultimo, è antistorico perché la gran parte del diritto amministrativo, così sostanziale come processuale, poggia pacificamente sul c.d. formante giurisprudenziale; e su di esso poggia sin dai suoi albori, alla fine del XIX secolo.

Non possiamo dimenticare che nel 1895 la allora neonata IV Sezione del Consiglio di Stato ha elaborato compiutamente, ed elevato a *ratio decidendi*, il principio del contraddittorio, da essa qualificato in termini di ‘principio di eterna giustizia’: e ciò a fronte di un *ius scriptum* che del contraddittorio procedimentale taceva del tutto¹⁴. Il principio del contraddittorio, anche per la matrice gius-naturalistica in esso individuata dal Consiglio di Stato, non è mai stato abbandonato dalla giurisprudenza ed è vissuto di buona vita prima che il *ius scriptum*, circa un secolo dopo, lo calasse in disposizioni con la legge n. 241 del 1990¹⁵.

Altrettanto dicasi per quelle autentiche cattedrali di diritto pretorio costruite dal Consiglio di Stato per tutto il corso del Novecento, delle quali mi limito a ricordare le più dirompenti.

Va quindi menzionata l’affermazione da parte del Consiglio di Stato, risalente alla prima metà del secolo scorso, dell’esperibilità del giudizio di ottemperanza al giudicato, previsto dalla legge per il solo giudicato del giudice ordinario, anche a fronte del giudicato del giudice amministrativo. Estensione, questa, argomentata dal Consiglio di Stato per esigenze logiche e di necessario completamento del sistema delle tutele e di effettività ed efficacia della protezione giurisdizionale, e da esso attuata non solo e non tanto nel più totale silenzio del *ius scriptum* – che ha recepito il diritto pretorio solo con la legge del 1971 istitutiva dei T.a.r. –, ma, soprattutto, ben prima dell’attuale formulazione dell’art. 111 Cost.

Va menzionata poi la costruzione pretoria della tutela nei confronti del silenzio della pubblica amministrazione, il cui fulcro è rappresentato dal riconoscimento che il silenzio non è un atto tacito e non si presta a essere trasformato, attraverso *fictiones iuris*, in un atto tacito, ma è, invece, un mero fatto di inadempimento all’obbligo dell’amministrazione di

14 Si tratta della celeberrima decisione n. 423 del 29 dicembre 1895, nota come ‘caso Chianterà’.

15 È triste, dunque, che molti giuristi sostengano che è stata la legge n. 241 del 1990 a introdurre il principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo; così come è triste che sia ignoto ai più che l’introduzione nel procedimento amministrativo, a valere quali garanzie per i soggetti che ne siano parti, di istituti mutuati dal diritto processuale, si debba alla legge austriaca sul procedimento amministrativo del 1925 e all’influsso che essa ha esercitato nel pensiero giuridico europeo.

provvedere¹⁶: inadempimento in potenza lesivo per una situazione giuridica soggettiva (di interesse legittimo) facente capo a colui nei confronti del quale l'obbligo dell'amministrazione sussiste, e passibile di sindacato giurisdizionale. Va rimarcato che, nell'ammettere ciò, l'Adunanza plenaria ha riconosciuto che il silenzio è lesivo di una situazione giuridica soggettiva della *species* che oggi si chiama interesse legittimo pretensivo o di pretesa: che è perciò assistita dalla garanzia costituzionale del diritto di azione¹⁷. E va tenuto conto che a questo approdo – ossia al riconoscimento di una forma di protezione giurisdizionale di quella che è stata letta dai giudici come situazione giuridica soggettiva lesa dal puro fatto dell'inerzia – l'Adunanza plenaria è pervenuta, negli anni Ottanta del secolo scorso, forzando la *littera legis* che sin dalla legge Crispi del 1889 individuava, quale unico possibile oggetto della domanda giudiziale, l'annullamento di un provvedimento, e pur al cospetto di norme costituzionali che garantiscono l'accesso al giudice (solo) contro atti della pubblica amministrazione¹⁸. Né va trascurato di considerare che il *ius scriptum* 'si è accorto' della regola di elaborazione pretoria, e della sofisticata costruzione dogmatica sottostante, soltanto con la legge n. 205 del 2000.

Non si può poi non ricordare, quale esempio di cattedrale di diritto pretorio, la individuazione di una *species* di nullità dell'atto amministrativo – per violazione o elusione del giudicato – irriducibile alle c.d. nullità civilistiche e suscettibile di essere fatta valere nell'ambito del giudizio di ottemperanza al giudicato, e dunque con l'*actio indicati*. L'impatto pratico di questa elaborazione pretoria è notevolissimo ove si consideri che nel giudizio di ottemperanza la giurisdizione del giudice amministrativo è estesa al merito e implica quindi poteri giudiziali sostitutivi della p.a., e che la relativa azione è assoggettata al termine di prescrizione dell'*actio indicati*. Per questa via, dunque, la giurisprudenza ha affrancato il soggetto che si reputi leso da un atto violativo o elusivo del giudicato dall'onere di gravarsene con l'ordinaria azione di impugnazione, oggetto di cognizione ordinaria, entro il breve termine di decadenza di sessanta giorni.

Va ricordata anche la figura del giudicato a formazione progressiva, che, per quanto discussa e discutibile¹⁹, è la via individuata alcuni decenni fa dal giudice amministrativo – nell'assordante silenzio, che ancora oggi si protrae, del *ius scriptum* – per dotare di maggiore effettività ed efficacia la protezione conseguibile davanti al giudice amministrativo, e così 'giusto', secondo il paradigma dell'art. 111 Cost., il processo amministrativo: trasformato da mera parentesi nel flusso dell'esercizio del potere pubblico, per usare di una fortunata espressione di Enzo Capaccioli, in strumento idoneo a dare risposta al problema della spettanza del chiovendiano bene della vita.

16 Si tratta del ben noto gruppo di sentenze in Adunanza plenaria degli anni Ottanta del secolo scorso.

17 Cfr. art. 24 Cost.

18 Cfr. infatti l'art. 113 Cost.

19 Cfr., per una critica alla figura del giudicato a formazione progressiva, C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, peraltro sulla base di argomenti che ritengo oggi superati.

Va notato poi che non tutte le cattedrali di diritto pretorio costruite dal giudice amministrativo sono state elaborate dall'Adunanza plenaria, le cui sentenze – sia che enuncino un principio di diritto, sia che decidano in tutto o in parte la controversia – ben si prestano a segnare il punto di partenza per il consolidamento della giurisprudenza sia delle Sezioni semplici del Consiglio di Stato sia dei giudici di primo grado. E infatti è ai giudici amministrativi di primo grado che si deve l'enucleazione di una *species* di giudizio di ottemperanza esperibile a fronte di provvedimenti decisori (ordinanze cautelari o sentenze) meramente esecutivi ma non passati in giudicato, da essi denominato giudizio di mera esecuzione: elaborazione dei giudici di primo grado, questa, sicuramente *praeter legem*, che risale alla metà degli anni Novanta del secolo scorso e che è stata subito avallata dal Consiglio di Stato, venendo calata in *ius scriptum* soltanto con il codice del processo amministrativo del 2010.

Nei casi che ho sopra ricordato i giudici amministrativi, dopo aver elaborato, nel decidere un caso concreto, una specifica soluzione innovativa, non hanno avuto soverchie esitazioni nel consolidare la propria giurisprudenza nell'innovativo segno individuato, tanto da dar luogo a regole di chiarissima matrice solo giurisprudenziale. E non conosco un solo caso in cui vuoi l'elaborazione di una soluzione nuova, vuoi il consolidarsi su di essa della giurisprudenza, siano avvenuti in modo acritico o apodittico.

Occorre considerare che ogni soluzione giurisprudenziale nuova è un precedente giudiziale, il quale si presta a essere utilizzato, dando avvio al fenomeno del consolidamento della giurisprudenza, da giudici di processi successivi; e può trattarsi sia di un precedente che interviene a colmare una lacuna normativa, sia di un precedente che rappresenta un'*overruling* rispetto a giurisprudenza già consolidata.

Utilizzo qui il termine 'precedente', naturalmente, nel suo significato puramente semantico, che identifica la soluzione giudiziale di un caso che 'viene prima' della necessità di decidere un caso successivo che si presenti, o si presti a essere ritenuto, uguale a quello già deciso. E preciso che è per me ovvio che nessun giurista, pratico o accademico che sia, possa ignorare il modo in cui i giudici hanno risolto casi problematici: il diritto vive di interpretazione, la quale ha una intrinseca connotazione creativa, per cui chi vuole conoscere le regole non può limitarsi a leggere il *ius scriptum*, ma deve leggere anche le sentenze, che calano in regola del caso concreto il frastico della disposizione di *ius scriptum*²⁰.

Ciò detto, occorre soffermare l'attenzione sulle disposizioni di *ius scriptum* processuale secondo cui la motivazione di una sentenza può essere resa in forma semplificata, mediante richiamo a un precedente conforme. Queste disposizioni, recate dal codice di procedura civile e dal codice del processo amministrativo, hanno dato luogo a discussioni che a me, francamente, paiono in buona parte fuorvianti.

20 Cfr. per questa impostazione e per i relativi riferimenti bibliografici, C. CACCIAVILLANI, *Incertezza delle regole e processo amministrativo*, in *L'incertezza delle regole. Atti del convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, 2015, 145 ss. Cfr., *amplius*, F. CAVALLA, *La prospettiva processuale del diritto*, Padova, 1991.

Innanzitutto, va precisato che queste disposizioni non hanno affatto introdotto, nel nostro sistema, la regola dello *stare decisis*²¹; né integrano di per sé facili scorciatoie per i giudici per sottrarsi al loro obbligo, scaturente direttamente dalla Costituzione²², di motivare i provvedimenti decisorii: si tratta di niente altro che di regole che attengono alla tecnica decisoria del caso singolo.

È a dire, piuttosto, che nel nostro ordinamento, e nella formazione anche accademica dei giuristi, non vi è per solito soverchio interesse o attenzione per la tecnica decisoria del precedente giudiziale: parlare di precedenti verticali, orizzontali o di auto-precedenti non rientra tuttora nel lessico o nello strumentario concettuale abituale dei giuristi. Ed è in ciò – ossia nella diffusa mancata consapevolezza dell’articolazione logica del precedente – che si annida la causa della tuttora diffusa diffidenza, soprattutto da parte dei giuristi pratici della *species* degli avvocati, nei confronti dell’utilizzo da parte dei giudici della tecnica di redazione della motivazione che consiste nel richiamo a un precedente conforme.

È, questa, una tecnica che impone l’utilizzo di categorie logiche e concettuali di cui spesso si ignora non tanto e non solo la matrice, ma, soprattutto, la funzione, che consiste nell’individuare, e perimetrare con precisione, ciò che può integrare precedente: così è per l’estrappolazione della *ratio decidendi* dagli *obiter dicta*, o argomenti persuasivi; così è, soprattutto, per la tecnica del *distinguo*, che consente di negare che la soluzione giudiziale antecedente di un determinato caso possa assurgere al ruolo di precedente, ossia di decisione di un caso che si presenta successivamente²³. Certo, la tecnica del *distinguo* è faticosa e il suo impiego esige notevoli sforzi analitici; ma di altro non si tratta, in fondo, che dell’attualizzazione (o della lettura con significato e scopo parzialmente diversi) dell’antico *narra mihi factum, dabo tibi ius*.

Se la logica del precedente fosse compresa, e beninteso bene applicata, non vi sarebbe nessuna ragione razionale, prima ancora che giuridica, per manifestare critiche alle disposizioni di *ius scriptum* che ammettono la motivazione in forma semplificata consistente nel richiamo di un precedente conforme. Tanto più che dall’ordinamento positivo si possono trarre vari indici di per sé idonei a consentire una tecnica motivazionale siffatta.

Si rifletta innanzitutto sulle filiere nomofilattiche che connotano tutti i plessi giurisdizionali: dalla loro semplice esistenza si dovrebbe trarre argomento per assegnare rilievo quanto meno prioritario, se non decisivo, ai precedenti dei giudici della nomofilachia, e quindi ai c.d. precedenti verticali. Si pensi, in secondo luogo, che a temperare

21 Lo ritiene, invece, E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello 'stare decisis' nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1237 ss.

22 Cfr. art. 111, comma 6, Cost.

23 Imprescindibili in argomento almeno G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007; M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra otto e novecento*, in *Quaderni fiorentini fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XI, 40, 2011, 721 ss.

l'utilizzabilità della tecnica decisoria e motivazionale in discorso è la messa in campo della tecnica del *distinguo*, che ben si presta a isolare un caso specifico al quale non è applicabile alcun precedente. Si pensi, infine, alla possibilità – riconosciuta finanche negli ordinamenti nei quali vige la regola dello *stare decisis* – che i giudici facciano *overruling*, superando con ciò un precedente e la sua forza (sia essa vincolante, sia essa meramente persuasiva).

La nostra giurisprudenza è costellata di *overruling* di assoluto rilievo, sui quali non di rado si sono innestati fenomeni di stabilizzazione della giurisprudenza successiva.

Basti pensare all'*overruling* delle Sezioni unite, risalente al 2008, sulla interpretazione dell'art. 37 cod. proc. civ., che ha portato all'individuazione, assolutamente *contra legem*, del c.d. giudicato implicito sulla sussistenza della giurisdizione²⁴. *Overruling* certamente molto ragionata, questa, e ritenuta così persuasiva che le basi su cui poggia non sono mai state poste in discussione dalla giurisprudenza successiva, da un lato; che la figura del giudicato implicito è stata calata in norma di *ius scriptum* dall'art. 9 del codice del processo amministrativo, dall'altro lato²⁵.

Ma si pensi anche all'*overruling* intervenuto sul celeberrimo 'caso La Macchia', in cui il Consiglio di Stato ha letto in modo decisamente innovativo – e oggettivamente *contra legem* – le regole di *ius scriptum* che plasmano il potere decisorio del giudice di mera legittimità²⁶. L'*overruling* è consistita nell'esercizio, da parte del giudice della cognizione ordinaria, di quel potere sostitutivo della p.a. che connota la sola giurisdizione – eccezionale – estesa al merito, ed è motivata con la constatazione che l'amministrazione, i cui atti erano già stati oggetto di plurimi annullamenti giudiziali, si era dimostrata incapace di risolvere il problema amministrativo alla base del contenzioso avendo serbato una condotta che, valutata complessivamente, rendeva evidente la frantumazione del rapporto fiduciario tra cittadino e amministrazione (anche) nel quale si esprime il principio solidaristico di cui all'art. 3 Cost. Ed è notevole constatare che, al cospetto degli strali della dottrina tradizionalista nei confronti di questa *overruling* del Consiglio di Stato, le Sezioni unite della Corte di cassazione – quale giudice della questione di giurisdizione sollevata dall'amministrazione esautorata dal giudice del potere decisorio sulla questione sostanziale – ha avallato la soluzione del Consiglio di Stato, quale unica via in certi casi percorribile per risolvere un problema sostanziale – specificamente, il problema della spettanza del chiovendiano bene della vita – che l'amministrazione abbia dato prova di non saper risolvere²⁷.

24 Si tratta naturalmente della celeberrima sentenza n. 24883/2008.

25 La figura è forse tramontata, per ripudio del legislatore, con la c.d. riforma Cartabia, che all'ingombrante, e dai confini strutturalmente labili, del giudicato implicito sulla sussistenza della giurisdizione del giudice adito ha sostituito la più tranquillizzante figura della preclusione.

26 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 25 febbraio 2019, n. 1321.

27 Cfr. Sez. un., 7 settembre 2020, n. 18592.

3. *Giurisprudenza (e precedente giudiziale) e dottrina.*

Un'ultima considerazione. Sono ricorrenti le geremiadi per la scarsa considerazione, da parte dei giudici e della giurisprudenza, della dottrina, e vi è finanche chi stigmatizza le disposizioni di *ius scriptum* che vietano la citazione, nelle sentenze, della dottrina.

Anche a questo proposito occorre intendersi sui concetti: il divieto sancito dal diritto positivo di citare la dottrina, oltre che proprio di molti ordinamenti giuridici, significa soltanto divieto di citazione di nome e cognome di uno specifico autore e del titolo di un suo contributo, ma non significa affatto, e non può significare, che sia vietato ai giudici utilizzare i contributi della dottrina.

Che il divieto per i giudici di utilizzare i contributi della dottrina non esista, e che anche ove mai esistente non venga osservato dai giudici, è del tutto evidente sol che si leggano non già le massime ma le motivazioni delle sentenze, quanto meno e con certezza delle Corti supreme. Sono infatti innumerevoli le sentenze che nel loro percorso motivazionale danno conto dei diversi orientamenti della dottrina su una determinata questione e prendono consapevolmente posizione circa la condivisione dell'uno o dell'altro. Frequenti sono anche le sentenze che, decidendo di proseguire nel solco della giurisprudenza consolidata, si diffondono a illustrare le ragioni della non adesione alle voci della dottrina critica nei confronti di quella giurisprudenza.

Ciò mostra, al di là di ogni ragionevole dubbio, che la giurisprudenza si forma sulla dottrina, evolve con la dottrina, fa *overruling* sulla base della dottrina²⁸.

Qualche esempio. L'*overruling* delle Sezioni unite che ha condotto alla introduzione pretoria della figura del giudicato implicito sulla giurisdizione è basata sulla dottrina. E tanto forte e decisivo è stato l'impatto della dottrina nell'indurre questa *overruling* che la giurisprudenza, nel dover decidere se si trattasse di *overruling* prevedibile e quindi applicabile anche ai processi in corso, oppure di *overruling* non prevedibile e quindi *perspective*, ossia applicabile solo *pro futuro*, non ha avuto esitazione alcuna nel riconoscerla come *overruling* prevedibile: prevedibile, appunto, perché anticipata e preparata dalla dottrina²⁹.

L'elaborazione pretoria sulla tutela giurisdizionale nei confronti del silenzio della p.a., alla quale ho fatto cenno prima, non è altro che la trasposizione in sentenze di Adunanza plenaria della dottrina che si è dedicata allo studio della fattispecie precettiva e del silenzio³⁰.

28 Di «perfetta armonia» tra dottrina e giudici nella più che secolare elaborazione che ha condotto alla comune enucleazione di principi e regole generali del diritto amministrativo, così sostanziale come processuale, parla F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 105; l'armonia forse non è perfetta, ma nondimeno esiste.

29 Cfr. Sez. un. 2067/2011. In argomento cfr. F. CAVALLA - C. CONSOLO - M. DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di 'overruling'*, in *Corr. giur.*, 2011, 1397 ss.; C. CONSOLO, *Le Sezioni unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato 'internet-addicted' e pure 'veggente'*, in *Giur. cost.*, 2012, 3166 ss.

30 Cfr. F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.

Allorché le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'interpretazione data da Corte cost. n. 6 del 2018 all'art. 111, comma 8, Cost., hanno con chiarezza aderito alla lettura fornita da una parte della dottrina processual-civilistica alla figura dei vizi inerenti alla giurisdizione di cui all'art. 111, comma 8, Cost.³¹: figura perimetrata da questa dottrina con riferimento all'art. 111, comma 1, Cost.

Sezioni unite n. 32559 del 2023 hanno cassato *in parte qua* la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 17 del 2021 in dichiarata adesione alla lettura della legittimazione ad agire nel processo amministrativo elaborata da una parte della dottrina processual-amministrativistica, dissonante dalla lettura che della medesima figura offre la prevalente dottrina processual-civilistica, dando puntualmente conto delle posizioni dottrinarie in argomento e delle loro dissonanze; senza citarne gli autori, ovviamente, ma dando chiara evidenza che le diverse posizioni sono state analizzate e ponderate.

Anche il recente riconoscimento da parte del Consiglio di Stato di interessi ritenuti pressoché *ex novo* giuridicamente rilevanti, letti come situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo – e in quanto tali a protezione giurisdizionale costituzionalmente necessaria –, è frutto della dottrina contemporanea, nella sistematizzazione più recente, in tema di interessi legittimi³².

Nelle epoche in cui lo studio sistematico appare un po' negletto, individuare e leggere gli influssi della dottrina sulla giurisprudenza – influssi che sono assolutamente determinanti – potrebbe essere più facile se i giudici citassero nome e cognome degli autori delle elaborazioni dottrinali sulle quali le loro decisioni poggiano (per condividerle o per non condividerle); ma ciò non può rappresentare un ostacolo per coloro che, avendo scelto la professione del giurista, hanno scelto di non cessare di studiare.

ABSTRACT: Il lavoro prende le mosse dalla disamina critica di alcuni asserti, ormai diffusi, in tema di formazione dei giuristi e del ruolo dei giuristi pratici e dei giuristi accademici. L'analisi è condotta alla luce della ricognizione di istituti che, pur affondando le loro radici nel diritto romano e nel diritto comune, sembrano non sufficientemente indagati, sotto il profilo funzionale, dalla dottrina contemporanea, e non pienamente compresi dai giuristi pratici. Tra questi, la tecnica del precedente giudiziale e dell'*overruling* giurisprudenziale, da una parte; e, dall'altra parte, il ruolo della giurisprudenza consolidata (nonché le vie della stabilizzazione della giurisprudenza), quale riconosciuto dalla Corte costituzionale italiana e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che elevano la giurisprudenza consolidata, ma anche la possibilità stessa del consolidamento della giurisprudenza, al rango di possibile garanzia dei diritti fondamentali della persona al rispetto dei beni e al giusto processo.

31 Cfr. Sez. un., ord. n. 19598 del 18 settembre 2020.

32 Il riferimento è a Cons. Stato, Ssez. IV, n. 7503 del 2023; la dottrina su cui essa poggia è quella di F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017.

Il lavoro si sviluppa secondo la metodologia degli *exempla*, in quanto idonea a dar conto dell'impatto degli istituti evocati sulla concreta realtà giuridica contemporanea.

PAROLE CHIAVE: Formazione – Giuristi pratici e giuristi accademici – Abdicazione dei giuristi alla loro funzione – Precedente giudiziale e *overruling* – Giurisprudenza consolidata – Consolidamento della giurisprudenza – Dottrina – Presunto divieto per i giudici di citazione della dottrina.

Giovanni Pascuzzi*

LA FORMAZIONE DEL GIUDICE E LA SUA CULTURA GIURIDICA
COME PRESUPPOSTO PER LA FORMAZIONE DI UNA DECISIONE
COMPRESIBILE E CONDIVISIBILE

SOMMARIO. 1. Premessa: cos'è la 'cultura giuridica'? – 2. Alcuni elementi per iniziare la riflessione. Le prove per l'accesso alla magistratura ordinaria. – 2.2 La valutazione dei magistrati. – 2.3. I supporti informativi offerti al giudice. – 3. La decisione comprensibile. – 3.1. La chiarezza come problema formale. – 3.2. La chiarezza come problema sostanziale. – 4. Come la cultura giuridica può favorire la formazione di una decisione comprensibile e condivisibile? – 4.1. Sul piano della formazione e dell'accesso. Per una cultura giuridica a 360 gradi. – 4.2. Sul piano della valutazione. – 4.2. Sul piano della digitalizzazione. – 5. Cos'è la 'cultura giuridica' (dei giuristi o interna)?

1. *Premessa: cos'è la 'cultura giuridica'?*

Nel titolo del convegno e nel titolo della relazione compare l'espressione 'cultura giuridica'. Ma cosa intendiamo per cultura giuridica? In via di prima approssimazione possiamo dire che:

- a. La cultura giuridica è un concetto diverso tanto dalla (mera) conoscenza delle leggi quanto dalla (mera) conoscenza del diritto.
- b. Ricomprende (ma non è limitata ad) altre 'culture': la cultura della giurisdizione; la cultura della legalità; la cultura istituzionale (almeno in parte).
- c. Si deve distinguere tra una cultura giuridica 'interna' (dei giuristi), che si può definire 'cultura del diritto' e una cultura giuridica 'esterna' (della cittadinanza in generale) che si può definire 'cultura sul diritto'¹.

2. *Alcuni elementi per iniziare la riflessione. Le prove per l'accesso alla magistratura ordinaria.*

Per ragionare sul tema che mi è stato assegnato conviene partire da tre elementi utili a comprendere quale sia lo 'stato dell'arte', nel nostro paese, circa la formazione del giudice e la sua cultura.

* Consigliere di Stato, già Professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università di Trento.

1 L.M. FRIEDMAN, *The legal system. A social science perspective*, New York, 1975 (trad. it.: *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, 1978).

Tali elementi sono: a) le prove per l'accesso alla magistratura ordinaria; b) la valutazione dei magistrati; c) i supporti informativi offerti al magistrato per svolgere il proprio lavoro.

L'art. 1 del d. lgs. 160/2006² stabilisce che la nomina a magistrato ordinario si consegue mediante un concorso per esami³.

Il comma 2 della norma citata chiarisce che il concorso per esami consiste in una prova scritta e in una prova orale.

La prova scritta consiste nello svolgimento di tre elaborati teorici, rispettivamente vertenti sul diritto civile, sul diritto penale e sul diritto amministrativo (comma 3, della norma in esame).

Mentre la prova orale verte su: diritto civile ed elementi fondamentali di diritto romano; procedura civile; diritto penale; procedura penale; diritto amministrativo, costituzionale e tributario; diritto commerciale e fallimentare; diritto del lavoro e della previdenza sociale; diritto comunitario; diritto internazionale pubblico e privato; elementi di informatica giuridica e di ordinamento giudiziario; colloquio su una lingua straniera, indicata dal candidato all'atto della domanda di partecipazione al concorso, scelta fra le seguenti: inglese, spagnolo, francese e tedesco (comma 4 della norma in esame).

Osservando le norme che disciplinano l'accesso alla magistratura ordinaria osserviamo che:

- i. Sono previste solo due tipi di prove: prova scritta e prova orale. Tali prove servono a valutare il possesso del 'sapere dichiarativo' e non di altri saperi che pure sono importanti nella formazione delle diverse figure professionali⁴.
- ii. Viene richiesta la conoscenza di un numero cospicui di 'diritti' (civile, penale, etc.), ovvero di contenuti meramente disciplinari. Ancora una volta, il sapere dichiarativo.
- iii. Non viene valutato il possesso di 'altri saperi': la capacità di risolvere problemi (*problem solving* giuridico⁵); il saper giudicare; il saper decidere; il saper escutere un testimone e valutarne l'attendibilità; il saper gestire l'udienza e l'organizzazione delle

2 Decreto legislativo 05/04/2006, n. 160, Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150.

3 Ogni sistema di valutazione retroagisce sui comportamenti del soggetto valutato. Provo a fare un esempio noto a chi ha frequentato l'Università. Spesso gli studenti che devono sostenere un esame seguono intere sessioni di quell'esame e trascrivono le domande poste dai professori e il tipo di risposte considerate soddisfacenti. Si cerca, attraverso questa defatigante attività, di affinare la preparazione alla luce delle domande che vengono chieste. Insomma, poiché l'obiettivo è superare l'esame, l'insieme degli sforzi tesi all'apprendimento si riduce a conoscere tutto ciò che permette di raggiungere quel risultato. Ecco, allora, che le modalità di verifica della preparazione retroagiscono sui contenuti della preparazione stessa.

4 Sulla distinzione tra sapere dichiarativo e sapere procedurale e sulle prove valutative diverse dalla prova scritta e dalla prova orale si rinvia a G. PASCUZZI, *Avvocati formano avvocati*, Bologna, 2015.

5 G. PASCUZZI, *Il problem solving nelle professioni legali*, Bologna, 2017.

attività. Nessun riferimento esplicito è fatto alla verifica della conoscenza dei profili deontologici ed etici del lavoro del magistrato⁶.

2.1. *La valutazione dei magistrati.*

L'art. 11 del già citato d. lgs. 160/2006 stabilisce che tutti i magistrati sono sottoposti a valutazione di professionalità ogni quadriennio a decorrere dalla data di nomina fino al superamento della settima valutazione di professionalità.

La valutazione di professionalità riguarda la capacità, la laboriosità, la diligenza e l'impegno. Essa è operata secondo parametri oggettivi che sono indicati dal Consiglio superiore della magistratura⁷. La valutazione di professionalità riferita a periodi in cui il magistrato ha svolto funzioni giudicanti o requirenti non può riguardare in nessun caso l'attività di interpretazione di norme di diritto, né quella di valutazione del fatto e delle prove.

Il secondo comma della norma in esame definisce le nozioni di capacità, laboriosità, diligenza e impegno. In particolare:

- a) la *capacità*, oltre che alla preparazione giuridica e al relativo grado di aggiornamento, è riferita, secondo le funzioni esercitate, al possesso delle tecniche di argomentazione e di indagine, anche in relazione all'esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento e del giudizio ovvero alla conduzione dell'udienza da parte di chi la dirige o la presiede, all'idoneità a utilizzare, dirigere e controllare l'apporto dei collaboratori e degli ausiliari;
- b) la *laboriosità* è riferita alla produttività, intesa come numero e qualità degli affari trattati in rapporto alla tipologia degli uffici e alla loro condizione organizzativa e strutturale, ai tempi di smaltimento del lavoro, nonché all'eventuale attività di collaborazione svolta all'interno dell'ufficio, tenuto anche conto degli standard di rendimento individuati dal Consiglio superiore della magistratura, in relazione agli specifici settori di attività e alle specializzazioni;
- c) la *diligenza* è riferita all'assiduità e puntualità nella presenza in ufficio, nelle udienze e nei giorni stabiliti; è riferita inoltre al rispetto dei termini per la redazione, il deposito di provvedimenti o comunque per il compimento di attività giudiziarie, nonché alla

6 L'accesso alla carriera di magistrato amministrativo (Decreto Presidente della Repubblica 21/04/1973, n. 214, Regolamento di esecuzione della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali) e di Consigliere di Stato (Decreto Presidente della Repubblica 17 gennaio 1983, n. 68, Modalità di svolgimento del concorso a Consigliere di Stato) ha le medesime caratteristiche di fondo illustrate nel testo.

7 Cfr. Circolare n. 20691 del 2007 (Criteri per la valutazione di professionalità dei magistrati a seguito della legge 30 luglio 2007 n. 111 recante modifiche alle norme sull'ordinamento giudiziario); Circolare n. 16754 del 2008 (Circolare sull'acquisizione dei provvedimenti e verbali di udienza a campione); Circolare n. 4718 del 2009 (Circolare sulla tenuta dei fascicoli personali dei magistrati).

La normativa secondaria che disciplina le valutazioni di professionalità può essere reperita a questo indirizzo <https://www.csm.it/web/csm-internet/norme-e-documenti/atti-consiliari/circolari/quarta-commissione>.

partecipazione alle riunioni previste dall'ordinamento giudiziario per la discussione e l'approfondimento delle innovazioni legislative, nonché per la conoscenza dell'evoluzione della giurisprudenza;

d) l'impegno è riferito alla disponibilità per sostituzioni di magistrati assenti e alla frequenza di corsi di aggiornamento organizzati dalla Scuola superiore della magistratura; nella valutazione dell'impegno rileva, inoltre, la collaborazione alla soluzione dei problemi di tipo organizzativo e giuridico.

Di recente, l'articolo 3 della legge 71/2022⁸ ha stabilito (comma 1, lettera h) che ai fini delle valutazioni di professionalità di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, e ai fini delle valutazioni delle attitudini per il conferimento degli incarichi di cui all'articolo 2 della stessa legge 71/2022 occorre: i. prevedere l'istituzione del fascicolo per la valutazione del magistrato, contenente, per ogni anno di attività, i dati statistici e la documentazione necessari per valutare il complesso dell'attività svolta, compresa quella cautelare, sotto il profilo sia quantitativo che qualitativo, la tempestività nell'adozione dei provvedimenti, la sussistenza di caratteri di grave anomalia in relazione all'esito degli atti e dei provvedimenti nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento e del giudizio, nonché ogni altro elemento richiesto ai fini della valutazione; ii. stabilire un raccordo con la disciplina vigente relativa al fascicolo personale del magistrato.

Osservando le norme che disciplinano la valutazione dei magistrati ordinari osserviamo che:

- i. Un sistema di valutazione è necessario: esempi di persone non all'altezza del ruolo o inclini a disattendere i propri doveri esistono in ogni categoria professionale. Ma quello attualmente in vigore per i magistrati sembra privilegiare l'aspetto quantitativo rispetto a quello qualitativo (si veda lo spasmodico ricorso alle cosiddette statistiche).
- ii. Il rischio è quello di trasformare il magistrato in un burocrate senza più alcuna motivazione ideale per il quale le cause sono solo pratiche da sbrigare.
- iii. Molti sono indotti a credere che l'importante sia avere una sentenza indipendentemente da quale essa sia: un'idea che non coincide con quella di giustizia.
- iv. Un sistema di valutazione non appagante rischia di demotivare i magistrati migliori e di rendere appetibile la professione unicamente a quelli che cercano un 'buon impiego'⁹.

⁸ Legge 17/06/2022, n. 71, Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura.

⁹ In argomento è utile segnalare lo studio condotto dal gruppo della cattedra di Sociologia del diritto del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino, «Una ricerca sulla cultura giuridica dei giovani magistrati», pubblicato sul numero 4/2023 della rivista *Questione giustizia*. Un'anticipazione dei risultati si può leggere nell'articolo di C. SARZOTTI, *La cultura giuridica della magistratura italiana all'alba del nuovo millennio: primi spunti di riflessione storico-sociologica*, reperibile all'indirizzo <https://www.>

2.2. I supporti informativi offerti al giudice.

Un tempo il lavoro di documentazione del giudice (inteso come reperimento delle fonti di cognizione del lavoro di giudicare) era basato unicamente su materiale cartaceo: raccolte di leggi, repertori e riviste di giurisprudenza, riviste di dottrina, libri specializzati.

La rivoluzione digitale ha cambiato questo scenario¹⁰. Oggi il magistrato può disporre di strumenti informatici e dell'accesso a numerose banche dati giuridiche.

Faccio un esempio che mi riguarda ed immagino che quando dirò valga, con piccole varianti, anche per le altre giurisdizioni.

Il giudice amministrativo ha accesso alle seguenti banche dati:

- sito della Giustizia amministrativa¹¹ (dove vengono pubblicate tutte le sentenze dei Tar e del Consiglio di Stato);
- Gazzetta Ufficiale;
- Wolter-Kluwer editore;
- Giuffrè editore;
- Giustamm¹²;
- LexItalia¹³;
- Il Sole24Ore;
- Il Foro italiano;
- ItalgireWeb.

Osservando le banche dati che l'amministrazione mette a disposizione del giudice per la sua attività di documentazione osserviamo che:

- i. Sono solo banche dati italiane. Eppure, è di fondamentale importanza conoscere legislazione, dottrina e giurisprudenza anche di altri ordinamenti. Quanto meno quelli europei. Non mi riferisco alle banche dati che riproducono il diritto europeo (come Eur-Lex¹⁴) ma alle banche dati dei diversi paesi dove il diritto UE viene applicato. Utile sarebbe poter disporre anche di banche dati extraeuropee (come Lexis-Nexis¹⁵), visto che 'dialogo tra le Corti' è sempre più auspicato.
- ii. Sono solo banche dati giuridiche. Eppure, spesso il giudice è chiamato a cimentarsi con altre discipline (tutte le volte, ad esempio, in cui è necessario nominare un consulente tecnico o un verificatore). Se il giudice, ad esempio, deve pronunciarsi su un caso di 'obsolescenza programmata' può essergli utile consultare riviste specializzate

questionegiustizia.it/articolo/cultura-giuridica-magistratura. Per un approfondimento sulla metodologia usata nello studio si veda C. AGNELLA, *Una ricerca sulla cultura giuridica dei giovani magistrati: nota metodologica*, reperibile all'indirizzo <https://www.questionegiustizia.it/articolo/nota-metodologica>.

10 G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2020.

11 <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/dcsnpr>

12 <https://www.giustamm.it/>

13 <https://lexitalia.it/a/>

14 <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=it>

15 <https://signin.lexisnexis.com/>

in informatica (non certo per inventarsi informatico o per diventare tuttologo, ma per comprendere almeno le linee generali dei fenomeni e dei problemi anche al solo fine di porre domande efficaci e utili al consulente tecnico).

- iii. Non ci sono banche dati ‘culturali’, di letteratura e di saggistica in generale, che pure oggi sono offerte a prezzi accessibili da molti editori. L’idea è che il giudice debba sapere solo di diritto e che non sia necessario che abbia una cultura più vasta. Una visione non molto lungimirante.

3. *La decisione comprensibile.*

Nel titolo della mia relazione si evoca la ‘decisione comprensibile e condivisibile’.

Ma cosa si intende per comprensibilità?

Comprensibile è ciò che è chiaro. E non a caso la necessità di chiarezza è imposta dallo stesso diritto positivo.

A seguito della recente riforma (introdotta dal d. lgs. 149/2022), l’articolo 121 del codice di procedura civile contiene un nuovo inciso finale che recita: «Tutti gli atti del processo sono redatti in modo chiaro e sintetico».

L’obbligo esplicito di redigere in maniera chiara gli atti del processo è (da più tempo) contenuto anche nel codice del processo amministrativo (d. lgs. 104/2020) il cui articolo 3, comma 2, recita: «Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica, secondo quanto disposto dalle norme di attuazione». L’importanza dell’obbligo in parola è tale che il giudice, quando provvede sulle spese del giudizio, deve tener conto anche del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui al citato art. 3, comma 2 (cfr. art. 26 del codice del processo amministrativo).

Il Consiglio di Stato ha spiegato che la chiarezza e specificità degli scritti difensivi (ed in particolare dei motivi) si riferiscono all’ordine delle questioni, al linguaggio da usare, alla correlazione logica con l’atto impugnato (sentenza o provvedimento che sia), alle difese delle controparti; ne consegue che è onere della parte ricorrente operare una sintesi del fatto sostanziale e processuale, funzionale alla piena comprensione e valutazione delle censure, così evitando la prolissità e la contraddittoria commistione fra argomenti, domande, eccezioni e richieste istruttorie.

La Corte di Cassazione, dal canto suo, ha ribadito che il mancato rispetto del dovere di chiarezza (e sinteticità) espositiva degli atti processuali comporta per il ricorrente il rischio di una declaratoria di inammissibilità dell’impugnazione in quanto pregiudica l’adeguata intellegibilità delle questioni, qualora renda effettivamente oscura l’esposizione dei fatti di causa e così confuse le censure mosse alla sentenza gravata, ridonando nella violazione delle prescrizioni di cui ai nn. 3 e 4 dell’art. 366 cod. proc. civ., assistite da una sanzione testuale di inammissibilità.

3.1 *La chiarezza come problema formale.*

Da tempo e da più parti si usa sottolineare l'oscurità ovvero la scarsa comprensibilità del 'giuridichese'. Bice Mortara Garavelli ha scritto¹⁶: «I testi giuridici raramente e solo saltuariamente appaiono privi di espressioni desuete, di modi di dire congelati in uno specialismo che non è quello, inevitabile e ineliminabile, del lessico tecnico del settore, ma è invece frutto, abnorme e resistente, dell'assuefazione a una stereotipia tramandata come un marchio di fabbrica».

Ecco, quindi, che negli ultimi tempi si è assistito ad un fiorire di studi e manuali confezionati per dare consigli utili a rendere la scrittura giuridica più chiara e comprensibile.

Cito per tutti il *Breviario per una buona scrittura* elaborato dal *Gruppo di lavoro sulla chiarezza e la sinteticità degli atti processuali* insediato presso il Ministero della Giustizia¹⁷.

Tra i suggerimenti figurano: non scrivere frasi più lunghe di un certo numero di caratteri; non usare troppe subordinate; e così via.

In generale possiamo dire che una buona scrittura presuppone:

- a) la conoscenza del processo (riguarda la definizione di obiettivi, il monitoraggio e la valutazione di come ci si sta avvicinando ad essi, la realizzazione dei cambiamenti necessari);
- b) la conoscenza del prodotto (attiene la consapevolezza dei vari tipi, strutture e organizzazioni del testo, data dalla conoscenza di come si sviluppano frasi e paragrafi, delle funzioni di un testo in generale e in un determinato contesto sociale contraddistinto da un obiettivo specifico e da un particolare uditorio).

In ogni caso, la produzione di un testo chiaro nasce dal possesso di tre specifiche competenze:

- a) la competenza sintattica: si riferisce all'aspetto formale del messaggio e riguarda la capacità di produrre frasi formalmente corrette e di comprenderle come tali in base alle regole grammaticali;
- b) la competenza semantica: riguarda la capacità di associare le parole (significanti) agli oggetti, eventi o situazioni (significati) cui corrispondono;
- c) la competenza pragmatica: attiene alla capacità di comunicare tenendo conto del contesto in cui avviene la comunicazione.

3.2. *La chiarezza come problema sostanziale.*

Ma c'è anche un altro profilo della chiarezza che attiene alla sostanza delle cose che si desidera comunicare. Possono esserci testi sintatticamente, semanticamente e

16 B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia*, Torino, 2001, 153 s.

17 Il documento è datato 16 febbraio 2018 ed è facilmente reperibile su Internet.

Mette conto notare che il problema dell'oscurità del linguaggio: a) riguarda in generale il linguaggio amministrativo (M. A. CORTELAZZO, *Il linguaggio amministrativo. Principi e pratiche di modernizzazione*, Roma, Carocci, 2021); b) non è un problema solo italiano (B. A. GARNER, *Legal writing in plain english*, Chicago, *The University of Chicago Press*, 2001).

pragmaticamente perfetti ma totalmente inadeguati a raggiungere lo scopo per il quale sono redatti.

Buona parte degli atti processuali espongono ragionamenti giuridici e l'esposizione del ragionamento giuridico è anche un problema di costruzione del testo. La costruzione del testo mira a rendere il più possibile esplicita l'interrelazione delle idee, dei dati, dei pensieri che giocano un ruolo nel ragionamento giuridico. La costruzione del testo richiede al soggetto di compiere due operazioni: enucleare gli elementi di base da porre in relazione e imbastire (anche implicitamente) legami associativi tra essi.

Ecco che la chiarezza deve investire non solo la forma ma anche (e, soprattutto) la sostanza dell'atto processuale:

- chiara deve essere l'enunciazione dei fatti rilevanti e la loro interpretazione;
- chiara deve essere l'individuazione del problema giuridico;
- chiara deve essere l'individuazione delle regole operazionali applicabili al problema;
- chiara deve essere la soluzione proposta per il problema giuridico (raggiunta attraverso il ragionamento).

Numerose norme dettate in materia processuale costituiscono la ricaduta concreta di quanto appena detto.

Di seguito vengono richiamati alcuni articoli del codice di procedura civile (si fa riferimento al testo post-riforma Cartabia: d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 149).

L'articolo 163, nel fissare il contenuto dell'atto di citazione, stabilisce che esso deve contenere «l'esposizione in modo chiaro e specifico dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni».

L'articolo 342, a proposito della forma dell'appello, stabilisce quanto segue: «L'appello si propone con citazione contenente le indicazioni prescritte nell'articolo 163. L'appello deve essere motivato, e per ciascuno dei motivi deve indicare a pena di inammissibilità, in modo chiaro, sintetico e specifico: 1) il capo della decisione di primo grado che viene impugnato; 2) le censure proposte alla ricostruzione dei fatti compiuta dal giudice di primo grado; 3) le violazioni di legge denunciate e la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata».

L'articolo 366, in materia di contenuto del ricorso per Cassazione stabilisce che lo stesso deve contenere, a pena di inammissibilità (tra gli altri elementi): «...3. la chiara esposizione dei fatti della causa essenziali alla illustrazione dei motivi di ricorso; 4. la chiara e sintetica esposizione dei motivi per i quali si chiede la cassazione, con l'indicazione delle norme di diritto su cui si fondano...».

Approcci analoghi si ritrovano nel processo amministrativo.

L'articolo 40 del d. lgs. 104/2010 stabilisce che il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado deve «contenere distintamente: ... c. l'esposizione sommaria dei fatti; d. i motivi specifici su cui si fonda il ricorso...».

L'art. 101, nel fissare il contenuto del ricorso in appello, afferma che quest'ultimo deve riportare, tra l'altro: «...l'esposizione sommaria dei fatti, le specifiche censure contro i capi della sentenza gravata, le conclusioni...».

4. *Come la cultura giuridica può favorire la formazione di una decisione comprensibile e condivisibile? Sul piano della formazione e dell'accesso. Per una cultura giuridica a 360 gradi.*

Senza alcuna pretesa di esaustività, si elencano di seguito alcune proposte che, facendo leva su una nozione allargata di 'cultura giuridica', potrebbero migliorare la qualità delle sentenze.

- i. Occorre superare la logica delle 'materie'. Le discipline universitarie (Settori scientifico disciplinari) sono concepite per governare la carriera dei professori¹⁸. La formazione (e l'interesse di chi apprende) è altra cosa. Questo vale a maggior ragione: a) per la formazione *post lauream*; b) per l'accesso alla magistratura (e alle altre professioni giuridiche). Un giudice deve saper decidere e giudicare indipendentemente dalla materia (la conoscenza della disciplina è necessaria, ma è solo uno dei presupposti).
- ii. Occorre porre in esponente l'insegnamento/apprendimento del 'saper fare' il giudice. Occorre insegnare saperi (non riconducibili al concetto di 'materia') come: Costruzione di significati (interpretazione); *Problem solving* giuridico (applicare regole a problemi); Saper giudicare; Saper decidere; Saper scrivere; Creatività del giurista¹⁹.
- iii. Occorre porre in esponente l'insegnamento/apprendimento del 'saper essere' giudice. Occorre insegnare saperi come: Deontologia; Responsabilità connesse al ruolo; Atteggiamenti (verso i colleghi, verso i collaboratori, verso gli avvocati); Saper comprendere e valutare le conseguenze della propria decisione.
- iv. Occorre rifuggire da un'idea di cultura giuridica ripiegata esclusivamente su se stessa. Per questo deve essere valorizzata l'interdisciplinarietà: tra le materie giuridiche e tra il diritto e gli altri saperi. Di qui il riferimento che si è fatto alla necessità di mettere a disposizione del giudice anche banche dati straniere e banche dati non giuridiche. Comprendere il distillato di altri campi del sapere serve a decidere (es.: antitrust, dove il diritto si intreccia con l'economia) ma anche a porre le domande giuste al consulente e a 'leggere' le consulenze. Il giudice (e il giurista in generale) deve essere un intellettuale a tutto tondo.

4.1. *Sul piano della valutazione.*

La cultura giuridica non può affidarsi alla logica 'quantitativa' che deve essere abbandonata. Mettere l'accento sulle 'statistiche' lancia al giudice un segnale chiaro: da lui ci si aspetta solo che scriva il maggior numero di sentenze possibile. Al contrario, bisognerebbe fissare il limite massimo di provvedimenti che un giudice può scrivere in un anno.

La cultura giuridica deve coltivare la logica 'qualitativa', impegnandosi a fissare i parametri ('indicatori') che definiscano la 'buona sentenza'.

18 G. PASCUZZI, *Una storia italiana: i settori scientifico-disciplinari*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2012, 91 ss.

19 G. PASCUZZI, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, Bologna, 2018.

4.2. *Sul piano della digitalizzazione.*

La cultura giuridica deve trarre il meglio dalla rivoluzione digitale.

Da tempo il processo telematico è (o dovrebbe essere) realtà.

È allora lecito chiedersi se la rivoluzione digitale possa apportare un contributo positivo nell'assicurare la chiarezza degli atti processuali (tanto delle parti quanto dei giudici).

Certamente la redazione degli atti in forma digitale può favorire la 'leggibilità' e, quindi, la chiarezza. Non mi riferisco solo al tipo di carattere e alla formattazione che pure possono migliorare la fruibilità visiva. Il testo elettronico rende agevole introdurre immagini (es.: planimetrie o fotografie dello stato dei luoghi), note a piè di pagina e *link*: tutti strumenti utili, se accortamente usati, a rendere più chiaro il messaggio che si intende comunicare.

Ma gli strumenti tecnologici possono propiziare risultati molto più appaganti.

Per indicare come, prendo le mosse da un principio spesso ribadito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Nel processo amministrativo di appello, l'inammissibilità dei motivi di ricorso non consegue solo al difetto di specificità, ma anche alla loro mancata indicazione, 'distintamente', in apposita parte dedicata a tale elemento del ricorso (sia esso di primo grado o d'appello), di cui i motivi costituiscono il nucleo essenziale e centrale. Lo scopo delle disposizioni è di incentivare la redazione di ricorsi dal contenuto chiaro e di porre argine ad una prassi in cui i ricorsi, non di rado, oltre ad essere poco sintetici, non contengono una esatta suddivisione tra 'fatto' e 'motivi', con il conseguente rischio che trovino ingresso i c.d. 'motivi intrusi', ossia i motivi inseriti nelle parti del ricorso dedicate al fatto, che, a loro volta, ingenerano il rischio della pronuncia di sentenze che non esaminino tutti i motivi per la difficoltà di individuarli in modo chiaro e univoco e, di conseguenza, incorrano in un vizio revocatorio.

Attualmente il processo telematico è sinonimo di deposito telematico degli atti processuali. In altre parole: il difensore (come, del resto, il giudice) redige un testo, lo salva in formato pdf e poi lo carica sulla piattaforma. Tale testo può contenere qualsiasi cosa, ovvero può essere privo di qualcuno degli elementi necessari individuati nelle norme processuali prima richiamate.

Forse si potrebbe fare un passo in più (magari in via sperimentale).

La piattaforma anziché limitarsi a ricevere passivamente documenti in formato pdf, potrebbe mettere a disposizione dell'utente un modello da compilare a video (un 'form') che contenga dei 'campi' che devono essere necessariamente compilati (anche come premessa per poter effettivamente inviare l'atto).

Tali campi, oltre a riguardare informazioni 'formali' (come: il giudice adito, il nome delle parti, il nome dei difensori, e così via) dovrebbero essere intitolati agli elementi 'sostanziali', ovvero quegli elementi in cui si articola il ragionamento giuridico che si vuole rappresentare e che le stesse norme processuali prima viste individuano.

Così il modello per l'atto di citazione nel processo civile dovrebbe prevedere: a. un campo per l'esposizione dei fatti; b. un campo per l'esposizione degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda; c. un campo con le conclusioni; e così via.

Il modello per il ricorso per Cassazione dovrebbe prevedere: a. un campo dove esporre i fatti della causa essenziali alla illustrazione dei motivi di ricorso; b. un campo (per ognuno dei motivi) dove esporre i motivi per i quali si chiede la cassazione, con l'indicazione delle norme di diritto su cui si fondano; e così via.

Il modello per il ricorso in appello in Consiglio di Stato dovrebbe contenere un campo per ogni motivo di appello contenente le censure rivolte al ragionamento seguito dal giudice di primo grado, e così via.

Il processo telematico, in altri termini, potrebbe essere strutturato in modo da guidare l'utente nella redazione dell'atto (è anche possibile ipotizzare che la tanto evocata 'intelligenza artificiale' possa, un domani, spiegare perché una determinata formulazione dell'atto non risponde ai dettati delle norme processuali).

L'obiettivo vero è, però, proprio quello della chiarezza in senso sostanziale ovvero rendere chiare l'enunciazione dei fatti, l'individuazione del problema giuridico, l'individuazione delle regole operazionali applicabili al problema, la soluzione proposta²⁰.

20 In argomento si vedono l'articolo 46 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, comma 3, (comma aggiunto dall'art. 4, comma 3, lett. b), n. 3), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, a decorrere dal 18 ottobre 2022, ai sensi di quanto disposto dall'art. 52, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 149/2022) e il Decreto ministeriale 7 agosto 2023 n. 1101 (Regolamento per la definizione dei criteri di redazione, dei limiti e degli schemi informatici degli atti giudiziari con la strutturazione dei campi necessari per l'inserimento delle informazioni nei registri del processo, ai sensi dell'articolo 46 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile). Tale Decreto ministeriale disciplina anche gli schemi informatici degli atti giudiziari e statuisce che gli atti di citazione e i ricorsi, le comparse di risposta e le memorie difensive, nonché gli atti di intervento devono essere redatti secondo una precisa articolazione che comprenda, tra gli altri elementi: «esposizione distinta e specifica, in parti dell'atto separate e rubricate, dei fatti e dei motivi in diritto, nonché, quanto alle impugnazioni, individuazione dei capi della decisione impugnati ed esposizione dei motivi». Pare di capire che gli schemi informatici dovranno contenere dei 'campi' che attengono alla chiarezza sostanziale dell'atto processuale.

Più d'uno potrebbe arricciare il naso nel leggere questa proposta, pensando che la sua attuazione sarebbe un modo per ingessare l'attività del difensore e del giudice fino a giungere a processi che si identificano in vuoti e ripetitivi formulari.

Avendo dedicato molti studi alla creatività del giurista, credo di essere ben conscio dell'importanza del ruolo di avvocati e giudici nel garantire l'evoluzione del diritto (anche al di là dei mutamenti legislativi) grazie proprio all'elaborazione concettuale resa possibile dalle dinamiche processuali.

La proposta di introdurre moduli con campi da riempire (il cui uso potrebbe essere meramente opzionale) non riguarda i contenuti che non possono che essere assolutamente liberi bensì la griglia concettuale da seguire nell'esposizione del ragionamento giuridico in modo che sia chiaro (a chi legge, ma ancor prima a chi scrive) quali siano: il problema giuridico, la regola che lo governa, la soluzione raggiunta al termine del ragionamento.

La proposta formulata nel testo potrebbe indurre taluno a credere che la stessa si muova sulla falsariga di quanto previsto (nel triennio 2006-2009) dall'art. 366-*bis* del codice di procedura civile. Detta norma (che non ha avuto molta fortuna visto che fu introdotta dall'art. 6, d. lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 e poi abrogata dalla lettera d) del comma 1 dell'art. 47, della l. 18 giugno 2009 n. 69) prevedeva che nel ricorso

Infine, la cultura giuridica deve essere comune alle diverse professioni legali. Per questo occorre favorire il più possibile il passaggio delle carriere: tra magistrature e tra professioni legali (Università).

5. *Cos'è la 'cultura giuridica' (dei giuristi o interna)?*

Concludo tornando alla domanda dalla quale sono partito.

La cultura giuridica è l'insieme dei saperi espressi e taciti (nella loro dimensione diacronica, transnazionale e digitale) della comunità di pratica dei giuristi ovvero di tutti coloro che si dedicano alle attività professionali riguardanti la formazione, l'applicazione, l'esposizione e la trasmissione del diritto.

La cultura giuridica è premessa e strumento perché possa realizzarsi la giustizia (sociale e del caso concreto).

La formazione del giudice (i.e.: del giurista) e la redazione delle sentenze non deve mai perdere di vista il fine: la giustizia. Non bisogna perseguire una decisione, quale che sia, tra tante, ma una decisione frutto di una solida cultura giuridica che assicuri giustizia.

ABSTRACT: Dopo aver fornito una definizione di 'cultura giuridica' e di 'decisione comprensibile', l'autore suggerisce alcune iniziative da intraprendere per migliorare la qualità delle sentenze con particolare riferimento: alla formazione e all'accesso alla magistratura; alla valutazione dei magistrati; alla digitalizzazione del processo; alle carriere dei giudici.

PAROLE CHIAVE: Cultura giuridica – Formazione dei magistrati – Accesso alla magistratura – Valutazione dei magistrati – Chiarezza degli atti processuali – Processo telematico.

per Cassazione l'illustrazione di ciascun motivo dovesse concludersi a pena di inammissibilità, con la formulazione di un quesito di diritto. Non è così.

Innanzitutto, si propone un uso opzionale dei 'campi sostanziali' escludendo sanzioni di inammissibilità diverse da quelle ordinariamente previste dalla legge processuale.

In ogni caso, l'obiettivo, si è detto, è la maggiore chiarezza. E in tale direzione certamente aiuta una precisa definizione degli elementi su cui si basa il ragionamento tanto dell'avvocato che del giudice, elementi tra i quali non può mancare l'indicazione delle regole operazionali utili a giustificare la soluzione suggerita e accolta.

Umberto Morera*

LA MENTE DEL GIUDICE: PROFILI COGNITIVI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'esigenza di prevedibilità e calcolabilità giuridica. – 3. La personalità emotiva dell'individuo e la c.d. neuroplasticità. – 4. I meccanismi mentali dell'*homo iudicans*. L'accumulo di informazioni e la convinzione di conoscere. – 4.1. Lo schema mentale iniziale e la difficoltà di cambiare opinione. – 4.2. Il ragionamento per intuizione e la difficoltà di rimanere in uno stallo decisionale. – 4.3. L'equivoco rapporto tra decisione e motivazione. – 4.4. La trappola cognitiva dello stereotipo. – 4.5. La trappola cognitiva del 'senno del poi'. – 5. Quale futuro ci attende?

1. *Introduzione.*

In un incontro dedicato al rapporto tra cultura e giustizia o, più in generale, al ruolo del giurista nel sistema giuridico, trattare della mente del giudice, tentando di analizzarne i possibili *deficit* cognitivi, potrebbe forse sembrare un fuor d'opera.

Credo invece che analizzare i profili comportamentali (*behavioural*) del giudicare abbia un suo preciso significato proprio quando si discute di cultura giuridica. Le culture, a ben vedere, si riflettono nelle menti di chi, diciamo così, le 'subisce' e le 'interpreta', laddove allora tentare di approfondire i complessi risvolti cognitivi dell'*homo iudicans* appare sicuramente pertinente.

2. *L'esigenza di prevedibilità e di calcolabilità giuridica.*

Inizierei questa analisi ricordando che tutta l'economia capitalista è tradizionalmente fondata sull'esigenza di prevedere, di calcolare. Gli investitori, gli imprenditori, i risparmiatori, i consumatori, i concorrenti, calcolano continuamente: i rischi che corrono, i bisogni del mercato, i costi da sostenere, i profitti ricavabili, e così via. Talvolta, si è addirittura 'obbligati' dalla legge a farlo: si pensi soltanto alle previsioni di bilancio. E in questo quadro anche prevedere come verrà applicato il diritto è decisamente importante, talvolta è addirittura essenziale (e non c'è certo bisogno di rispolverare Max Weber per ricordarlo).

Ma se questo è vero, è anche noto che sussistono alcuni fattori che riducono il livello di prevedibilità e di calcolabilità giuridica.

Tra questi, ad esempio (*i*) l'abbandono del 'parametro legale' nel momento del giudicare, quando cioè alla 'fattispecie giuridica' (oggi, peraltro, in crisi per molte ragioni

* Professore ordinario di diritto bancario nell'Università di Roma Tor Vergata.

...) si finisce per preferire un 'valore' meta-giuridico (politico, ideologico, etico che sia); ovvero (ii) l'imprevedibilità dell'"atteggiamento mentale" del giudice di fronte al 'precedente' (tema immenso, che adesso non posso trattare *funditus*, ma su cui ritornerò tra poco).

Ma accanto a tali fattori che riducono la prevedibilità delle decisioni giuridiche vi è anche l'oggettiva circostanza (assai spesso trascurata ...) che vede necessariamente un 'essere umano' a ricoprire il ruolo di giudice; un essere umano che, anche quando giudica, porta inevitabilmente con sé tutto il suo bagaglio di 'umane' esperienze, incertezze, debolezze, ignoranze, pigrizie, paure, dimenticanze, avversioni e, soprattutto, irrazionalità. L'inevitabile presenza di un 'giudicante umano' costituisce fattore che non migliora la prevedibilità dell'applicazione del diritto, bensì la peggiora. Ecco perché è importante studiare la psicologia dell'*homo iudicans* e i complessi meccanismi cognitivi che sono alla base del suo decidere.

3. *La personalità emotiva dell'individuo e la c.d. neuroplasticità.*

Limiterò le mie considerazioni all'essenziale, partendo da una notazione di carattere piuttosto generale. Le neuroscienze hanno ormai dimostrato che noi possediamo un corredo emozionale ben definito, 'saldato' (per così dire) alle nostre strutture neuronali e che finisce per incidere notevolmente sulle nostre decisioni. Al riguardo, sono state individuate sei 'dimensioni emotive' di base: (a) la *resilienza* (capacità di reagire alle avversità); (b) la *prospettiva* (capacità di conservare le emozioni positive); (c) l'*attenzione* (capacità di focalizzarsi su qualcosa); (d) l'*intuito sociale* (capacità di cogliere i segnali esterni); (e) la *consapevolezza* (capacità di percepire le nostre emozioni); (f) la *sensibilità al contesto* (capacità di sintonizzarci con il contesto in cui operiamo).

Non posso certo qui analizzare in dettaglio tali dimensioni emotive, ma voglio perlomeno sottolineare come l'insieme di queste dimensioni costituisca la c.d. 'personalità emotiva' dell'individuo; che acquista rilevanza soprattutto nel momento delle sue decisioni.

Naturalmente, anche coloro che svolgono funzioni giudicanti presenteranno personalità emotive tra loro diverse, che poi si rifletteranno in modo diverso nelle decisioni che andranno ad assumere. Ma il profilo forse più interessante è costituito dal fatto che la struttura neuronale del nostro cervello non è affatto immutabile nel tempo. Ognuno di noi non nasce e muore con la stessa identica rete neuronale immutata nel tempo. Studi recenti hanno individuato la c.d. 'neuroplasticità', cioè la capacità del cervello di modificare la propria base neuronale in base alle molteplici esperienze vissute. Uno studio del 1995, ad esempio, ha dimostrato che la configurazione della base neuronale destinata al controllo dei movimenti della mano sinistra di alcuni violinisti si era modificata nel tempo, aumentando significativamente di dimensione.

Risulta insomma ormai provato che l'attività, anche soltanto intellettuale, da noi compiuta nel tempo, è in grado di modificare i nostri circuiti cerebrali, incidendo sulle nostre caratteristiche personali, sul nostro corredo emozionale, e quindi anche sulle nostre decisioni (che si modificheranno pertanto, anch'esse, nel tempo).

Ma torniamo ai giudici (che Enrico Altavilla, indiscusso caposcuola della psicologia giuridica italiana, nel 1948 suddivise in cinque categorie comportamentali: *l'intuitivo*, *l'esitante*, *il decisionista*, *il dipendente*, *il razionale*). In base alla ricordata neuroplasticità, potremmo forse affermare che se è vero che i giudici iniziano a decidere partendo da corredi emotivi piuttosto diversi tra loro, poi, nel corso del tempo, potrebbero registrarsi interessanti 'conformazioni' dei loro cervelli e, conseguentemente, delle loro decisioni. Quasi a dire che i giudici di cassazione, a fine carriera, potrebbero finire per assomigliarsi ('cognitivamente') molto di più di quanto si assomiglino (cognitivamente) i giudici di tribunale, all'inizio della loro carriera ... Tale rilevante profilo meriterebbe certamente un'indagine specifica, magari coordinata con i molti studi già esistenti sull'incidenza delle diverse età anagrafiche nei processi decisionali.

4. *I meccanismi mentali dell'homo iudicans: l'accumulo di informazioni e la convinzione di conoscere.*

Passiamo ora dal generale al particolare, tentando di inventariare i più significativi meccanismi mentali dell'*homo iudicans*.

Una delle componenti più 'ingombranti' della mente del Giudice è data dalle informazioni che lo stesso ha accumulato nel tempo (prima cioè di occuparsi del caso specifico in cui quelle informazioni potrebbero rivelarsi utili). Mi riferisco a tutte quelle informazioni (c.d. 'rappresentazioni cognitive', in psicologia) relative a situazioni, luoghi, persone, che il giudice assimila (anche inconsciamente) nel corso della sua vita. Tali informazioni finiscono per costituire la personale percezione che il magistrato ha della 'comune esperienza'. Sono il suo bagaglio cognitivo. Sono ciò che è 'convinto' di conoscere!

E così, per limitarmi a un solo veloce esempio: se per anni il piccolo Stato del Lussemburgo fosse stato 'chiacchierato' per aver costituito teatro di scandali finanziari (di cui il magistrato non si è direttamente occupato, ma ha soltanto letto), sarà assai difficile scalzare dal bagaglio cognitivo del giudice l'idea che il Lussemburgo possa costituire una sorta di 'luogo finanziariamente sospetto' (quando invece, come noto, è uno degli Stati fondatori della UE) e che, pertanto, un collocamento di titoli effettuato in Lussemburgo potrebbe magari considerarsi più sospetto o rischioso di uno effettuato in Italia (il che ovviamente non è).

Tale condizionamento cognitivo è particolarmente grave se si sviluppa nella mente di un magistrato poiché non possiamo dimenticare che il nostro ordinamento (art. 115.2 cod. proc. civ.) consente al giudice di evitare il ricorso alla prova, qualora ponga «a fondamento della sua decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune

esperienza»; laddove però si è appena visto che il giudicante potrebbe presentare gravi distorsioni cognitive proprio in relazione alle (da lui raggiunte e percepite) ‘nozioni di comune esperienza’.

4.1. *Lo schema mentale iniziale e la difficoltà di cambiare opinione.*

Come noto, i primi dati acquisiti finiscono spesso per comportare condizionamenti mentali piuttosto ingombranti; anche perché, nelle persone, le prime informazioni sono quelle più difficili da rettificare (c.d. ‘effetto priorità’, in psicologia).

In un esperimento del 1968 venivano mostrati due video. In entrambi, un ragazzo esegue le stesse trenta prove, tutte di egual difficoltà. Ma, mentre nel primo video il ragazzo esegue correttamente le *prime* quindici prove; nel secondo video esegue correttamente le *ultime* quindici. Chi aveva visto il primo video considerava più preparato il ragazzo, rispetto a chi aveva visto il secondo video! Questo esperimento spiega davvero tutto.

A livello cognitivo, le prime informazioni hanno dunque un ruolo centrale nella definizione dell'impressione, forniscono una sorta di ‘sfondo interpretativo’ e vengono memorizzate con molta più semplicità. In effetti, tutti noi abbiamo notevoli difficoltà a cancellare l'idea raggiunta per prima, anche se poi acquisiamo dati successivi che dovrebbero indurci a cambiare opinione. A ben vedere, le persone tendono a cercare soprattutto *conferme* della loro prima impressione (c.d. ‘bias della conferma’), non certo elementi che consentano di rettificarla. Lo schema mentale di partenza per così dire ci ... ‘perseguita’, condizionando le nostre percezioni e le nostre decisioni future, pur in presenza di nuove conoscenze che dovrebbero invece indurci a cambiare idea.

In un notissimo esperimento degli anni '90 furono presi due gruppi di persone. Ad entrambi furono fedelmente rappresentati i fatti che avevano provocato un litigio tra Tizio e Caio; ma mentre al primo gruppo furono rappresentate prima le ragioni di Tizio e soltanto dopo un po' di tempo le ragioni di Caio, al secondo gruppo fu invertito quest'ordine. Ora, mentre le persone del primo gruppo ‘sentenziarono’, in favore di Tizio, quelle del secondo sentenziarono in favore di Caio. Il che dimostra assai bene come le persone tendano a privilegiare la soluzione che acquisiscono per prima, dalla quale faticano a discostarsi perché si è come ‘incastrata’ nelle loro menti. Ed è per questo che, almeno in principio, sarebbe forse più opportuno che il magistrato affronti l'analisi degli atti difensivi delle parti in un momento quanto più possibile ‘unitario’ (ancor meglio se alla fine del giudizio), così evitando il rischio cognitivo di farsi sedurre da una tesi prima di un'altra.

4.2. *Il ragionamento per intuizione e la difficoltà di rimanere in uno stallo decisionale.*

L'‘effetto priorità’ appena esaminato introduce un altro profilo critico della mente del giudicante: quello costituito dalla comune tendenza a ragionare rapidamente, per intuizioni; spesso rinunciando sia a riflettere sulla scarsità dei dati che si hanno a

disposizione, sia a trascurare le informazioni acquisite *ex post*, le quali magari potrebbero farci modificare il risultato raggiunto soltanto con l'intuizione.

È in effetti molto diffuso nelle persone azionare soprattutto il c.d. Sistema 1 (quello delle intuizioni, dei ragionamenti veloci, meno meditati, poco dispendiosi), evitando di faticare con la successiva attivazione del c.d. Sistema 2 (quello delle comparazioni, delle ipotesi, delle analisi). Le persone detestano mantenere a lungo una situazione di c.d. 'incertezza decisionale'; ed è anche questa una delle ragioni per cui le soluzioni fondate sulle intuizioni vengono preferite rispetto a quelle ponderate, le quali richiedono inevitabilmente un periodo di stallo decisionale più lungo.

Peraltro, come ci spiega molto bene il Nobel Daniel Kahneman, siamo tutti portati a individuare la 'storia migliore possibile' e, se questa ha una sua (seppur minima) coerenza, ci è assai comodo continuare a ... crederci fino in fondo; anche se quella storia manca di informazioni fondamentali. Le 'narrazioni', sono però molto insidiose e conducono spesso a decisioni errate. Un bravo giudice, prima di decidere, dovrebbe sempre porsi la domanda: 'cosa dovrei ancora conoscere per formarmi un'opinione completa?'. Ma questa è una domanda che l'individuo (giudice compreso) fatica sempre a porsi, sedotto appunto dalla 'storia' che si è costruito nella sua mente, spesso soltanto all'esito della prima intuizione.

4.3. *L'equivoco rapporto tra decisione e motivazione.*

Quanto appena rilevato conduce a un tema davvero centrale: quello del rapporto (spesso piuttosto equivoco) tra *decisione* e *motivazione*.

Sovente, come già sottolineava Calamandrei, i ragionamenti in diritto che si trovano nella motivazione della sentenza non costituiscono i 'gradini' del percorso che è servito al giudice per arrivare alla decisione, bensì costituiscono un espediente di 'ipocrisia formale', per travestire con elementi di logica giuridica un convincimento nato da motivi intuitivi o metagiuridici. Insomma, troppo spesso si assumono prima le decisioni (magari solo inconsciamente) e soltanto dopo le si 'vestono' con motivazioni più o meno adeguate giuridicamente.

Questa prospettiva, del resto, risale come noto agli anni '30 del secolo scorso, al periodo del c.d. 'giusrealismo americano', che per primo ha dissacrato il valore delle sentenze, non considerandole più espressione del rigore metodologico del giudice, bensì spesso frutto dell'esperienza, di intuizioni e di fattori psicologici complessi (anche inconsci), poi soltanto 'travestiti' da ragionamenti giuridici.

4.4. *La trappola cognitiva dello stereotipo.*

Un'altra tipica scorciatoia cognitiva presente nella mente del giudice è rappresentata dalla tendenza a categorizzare, a stereotipare le situazioni, i rapporti, le persone. Tale scorciatoia cognitiva consente in effetti di evitare il faticoso lavoro dell'approfondimento, ricalcando semplicemente i dati della precedente esperienza. Nel segmento

del diritto dell'economia si pensi ad esempio alle figure, per l'appunto stereotipate, del 'risparmiatore', del 'socio di minoranza', dello 'speculatore in borsa', del 'concorrente sleale', del 'consumatore vessato', del 'monopolista'; figure che, seppur evocative di categorie giuridico-sociali piuttosto definite, agli occhi del giudice dovrebbero fuoriuscire dai loro *cliché* stereotipati, per ritornare in quella 'dimensione individuale' che deve sempre caratterizzare ogni singolo giudizio.

L'esperienza precedente non dovrebbe condizionare più di tanto: pena gravi distorsioni nelle valutazioni. L'esperienza, pur rappresentando un'ottima guida per farci scorgere le analogie, non deve però rendere il giudice così daltonico da non fargli più percepire i distinguo che sono indispensabili per decidere correttamente ogni caso concreto. Ma il liberarsi dal meccanismo mentale dello stereotipo per i magistrati potrebbe diventare particolarmente difficile, laddove si consideri che il giudice ha spesso già trattato figure analoghe in *suoi* precedenti giudizi, fissandole in sentenze, così finendo per crearsi delle vere e proprie 'illusioni di esperienza'.

4.5. *La trappola cognitiva del 'senno del poi'.*

Un'altra distorsione cognitiva tipica della mente del giudice è quella che potremmo definire del 'senno del poi'. Tutti noi tendiamo a considerare un certo evento più probabile qualora tale evento si sia in concreto già verificato. Nella rielaborazione dei dati, il nostro pensiero non va quasi mai a collocarsi *prima* dell'accadimento, al fine di verificare se esistessero, o meno, condizioni che lasciavano presagire il suo verificarsi (come invero sarebbe logico). Va invece molto spesso a posizionarsi *dopo*, quando l'evento si è già verificato e risulta molto più facile 'spiegarlo' e considerarlo probabile.

Correlato a questa distorsione vi è il c.d. 'bias del risultato', cioè la tendenza che conduce a proiettare nel passato le conoscenze acquisite soltanto oggi. Le persone tendono spesso a rileggere il passato in base alle conoscenze acquisite in momenti successivi, senza considerare che dette nuove conoscenze finiscono per modificare notevolmente la visione di quello stesso passato.

Questi *bias* rilevano soprattutto nei giudizi relativi alla responsabilità del contraente e al risarcimento del danno. Si pensi soltanto alla prevedibilità di un *default* di un emittente un titolo negoziato da una banca e alla conseguente responsabilità di questa nell'aver fornito al cliente le informazioni sulla solidità dell'emittente. Nel giudicare un caso come questo, il magistrato dovrebbe fare lo sforzo di contrastare le distorsioni cognitive che ho appena descritto, al fine di evitare di dichiarare una responsabilità della banca derivante da una prevedibilità del *default* creduta possibile soltanto perché (successivamente) detto *default* si è in concreto verificato.

Nel giudicare la prevedibilità di un evento (rilevante per l'accertamento della responsabilità di una parte), il magistrato avrà il difficile compito (cognitivo) di 'porsi mentalmente' nel momento in cui si è verificato il fatto dedotto, cercando pertanto di non farsi suggestionare da tutti gli elementi di conoscenza da lui acquisiti *ex post*.

5. *Quale futuro ci attende?*

Quelli appena analizzati non esauriscono certo i profili critici propri della mente dell'*homo iudicans*, sussistendo all'evidenza molti altri profili che merita qui anche soltanto elencare.

Si pensi, ad esempio: (i) alla c.d. *euristica del consenso* nell'ambito di un collegio giudicante; (ii) alle possibili distorsioni della misura della condanna dovute all'“ancoraggio” della decisione all'ammontare della domanda giudiziale; (iii) all'influenza prodotta dalle notizie provenienti dai *media*, dalla rete, o dalle esperienze personali del magistrato, sulla neutralità e autonomia decisionale; (iv) alle possibili difficoltà cognitive nell'ambito dell'assunzione delle prove testimoniali; (v) all'incidenza della brevità o lunghezza degli atti difensivi sull'effettiva percezione dei fatti rilevanti; (vi) al rischio di abuso delle consulenze tecniche d'ufficio e del conseguente aumento della trappola cognitiva dell'eccesso di fiducia (*overconfidence*) nella bontà e nella sufficienza dei dati a disposizione al fine di giudicare correttamente.

In questo complesso contesto, quale futuro può attenderci? Molti degli studi che analizzano i limiti cognitivi dei processi decisionali del giudice, dopo aver accertato che soltanto una parte degli errori possono essere evitati, si pongono il problema della possibile sostituzione del giudice con macchine intelligenti. La prospettiva non è affatto fantascientifica e non appartiene certo al futuro remoto. Seppur siano oggi ancora allo stadio iniziale, si stanno infatti affermando ‘intelligenze artificiali’ complesse, riproducitive delle reti neurali e dei sistemi c.d. ‘connessionisti’, che consentono, mediante raffinati algoritmi, di riprodurre singole abilità cognitive. Deve però esser chiaro che non potrà mai costruirsi un ‘giudice artificiale’: il giudice resterà inevitabilmente sempre *umano*; ma potranno ben essere sviluppate macchine capaci di svolgere alcuni specifici compiti riservati al giudice in alcune materie ben definite, con allora sì probabile e significativa riduzione dell'odierna percentuale di errore. Nessuno dovrebbe aver paura di questa prospettiva; purché però resti confinata entro tali precisi limiti.

ABSTRACT: Lo scritto indaga intorno ai profili cognitivi della mente del giudice, attraverso l'analisi delle possibili euristiche e dei bias presenti nell'ambito dei processi decisionali dell'*homo iudicans*. Vengono così analizzate le problematiche connesse all'accumulo di informazioni, alle difficoltà nel cambiare opinione, al ragionamento intuitivo, agli stalli decisionali, alle trappole cognitive del c.d. stereotipo e del c.d. senno del poi; trattando infine del delicato rapporto tra decisione e motivazione.

PAROLE CHIAVE: Mente del giudice – Personalità emotiva – Euristiche – Bias – Trappole cognitive – Ragionamento intuitivo – Stallo decisionale – Stereotipi – Senno del poi – Mutamento di opinione – Accumulo di informazioni – Decisione – Motivazione.

Paolo Doria*

LA FORMAZIONE DELL'AVVOCATO E LA SUA CULTURA GIURIDICA
COME PRESUPPOSTO DELLA COMUNICAZIONE NEL PROCESSO

SOMMARIO: 1. Premessa: la formazione dell'avvocato e la cultura. – 2. Quale cultura: il sapere giuridico o lo studio dell'arte, della letteratura e della filosofia? – 3. La cultura dell'avvocato e la comunicazione nel processo: il difensore deve sedurre il giudice e i clienti con tecniche di manipolazione psicologica o deve ottenere l'adesione a una tesi sulla base di argomenti unanimemente condivisi?

1. *Premessa: la formazione dell'avvocato e la cultura.*

Il tema della formazione dell'avvocato è tornato di attualità all'inizio di questo secolo, dopo decenni di abbandono¹.

Lo studio della retorica forense era totalmente trascurato dalle università.

* Avvocato civilista in Vicenza; professore a contratto di diritto civile presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali dell'Università di Padova.

1 Sulla formazione forense: A. MARIANI MARINI, *Introduzione a un modello formativo per l'avvocatura*, a cura del CENSIS e del Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati, Milano, 2000, 13 ss.; *Come formare il giurista*, in *Diritto & formazione*, 2005, 10, 1388 ss.; *La formazione dell'avvocato – il ruolo della scuola forense*, in *La previdenza forense*, 2005, 311 ss.; *Agli antipodi dell'acceccagarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, Napoli, 2009, 57 ss.; *Conoscere per deliberare. Sull'accesso ai giovani alla professione*, in *Cultura e diritti*, 2013, 1, 9 ss.; A. ZACCARIA, *L'insegnamento del diritto: dall'Università alla professione di avvocato*, in *Studium Iuris*, 2013, 1 ss.; A. GENTILI, *La formazione dell'avvocato civilista*, in *Cultura e diritti*, 2012, 2, 9 ss.; P. MORO, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, Pordenone, 2009; G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Bologna, 2013; *Avvocati formano avvocati. Guida all'insegnamento dei saperi forensi*, Bologna, 2015; B.C. SINISI, *La formazione del giurista tra teoria e pratica*, in *Cultura e diritti*, 2013, 4, 33 e ss.; M. MANZIN, *La 'svolta argomentativa' in Italia e il contributo della metodologia alla formazione del giurista pratico*, in *Cultura e diritti*, 2012, 1, 63 ss. e 2012, 2, 21 ss.; *La formazione dei formatori come s'insegna nel 'ginnasio forense'*, in *Educazione forense. Sul metodo della didattica giuridica*, a cura di P. Moro, Trieste, 2011, 25 ss.; M. COSSUTTA, *Metodo formativo e metodo giuridico. Due campi a confronto per mezzo di nove domande*, in *Educazione forense*, cit., 37 ss.; *La formazione del giurista*, a cura di C. Angelici, Milano, 2004; *Come insegnare il diritto. Metodi, modelli, valutazione*, a cura di V. Zeno Zencovich, Torino, 2004; S. RACHELLI, *Formazione dell'avvocato e identità di ruolo*, in *L'avvocato e il processo. Le tecniche di difesa*, a cura di A. Mariani Marini e M. Paganelli, Milano, 2003, 639 ss. Sulla formazione dell'avvocato in Europa: G.B. FERRI, *La formazione del 'civilista europeo'*, in *Contratto e impresa Europa*, 1996, 463 ss.; A. GAMBARO, *La formazione del giurista in Europa*, in *Contratto e impresa Europa*, 2002, 796 ss.; *La formazione dell'avvocato in Europa*, a cura di G. Alpa, A. Mariano Marini, Pisa, 2009; P.G. TRAVERSA, *Dalla Sicilia alla Lapponia, alla ricerca di una formazione giudiziaria europea*, in *Cultura e diritti*, 2013, 3, 27.

I pochi corsi dedicati alla didattica forense, ispirati in maniera piuttosto superficiale dall'art. 3 del D.P.R. n. 101/1990², erano affidati a volenterosi colleghi o professori universitari e si traducevano nella ripetizione delle lezioni frontali sulle stesse materie già oggetto di studio durante i corsi accademici.

L'efficacia didattica di questi corsi era pressoché nulla, perché la formazione del giurista in un corso di alta specializzazione *post lauream*, qual è quello abilitante per l'esercizio della professione forense, richiede l'approfondimento di materie completamente diverse, sia sotto il profilo dei contenuti, sia sotto quello metodologico, rispetto a quelle già oggetto degli studi universitari.

Sia chiaro, la preparazione tecnica e giuridica del giurista rimane ovviamente imprescindibile nella formazione dell'avvocato³: ma nei corsi abilitanti *post lauream* la si deve dare per scontata. Se vi sono delle lacune, il giovane discente deve colmarle da sé.

Del resto, da sempre sostengo che la frequentazione di una scuola di formazione forense non consente di apprendere meccanicamente le abilità professionali dell'avvocato, ma costituisce semplicemente uno stimolo al processo di autoformazione che il giovane giurista deve saper innescare da sé, sempre che sia dotato di adeguato talento⁴.

Comunque, in seguito all'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che nel 1999 pose all'attenzione degli ordini forensi il dovere di garantire la qualità delle prestazioni professionali degli iscritti, il Consiglio Nazionale Forense costituì il Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati, con lo scopo di dare avvio ad un movimento formativo nuovo che si staccasse dal tradizionale praticantato, ormai irrimediabilmente superato dalle dinamiche socio-economiche e dall'accesso incontrollato, con crescita esponenziale, dei giovani alla professione.

Nel 2006 il Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati venne sostituito dalla Scuola Superiore dell'Avvocatura, che è una fondazione del Consiglio Nazionale Forense deputata allo studio e allo sviluppo della formazione forense⁵.

2 L'art. 3 prevedeva che i consigli dell'ordine degli avvocati potessero costituire delle scuole di formazione professionale con corsi di durata biennale basati sulla trattazione di casi pratici di natura civile, penale e amministrativa.

3 L. BUTTI, *Diventare giurista. Il diritto come lavoro e passione*, Bologna, 2012, 49 s.

4 P. DORIA, *L'esperienza metodologica dei gruppi di studio per l'apprendimento delle tecniche di comunicazione scritta nella scuola di formazione degli avvocati*, in *Diritto e formazione*, 2019, 4, 660 ss. (in part. 664); *Giuristi si nasce o si diventa? Il talento e la cultura come cardini della formazione forense*, in *Cultura e diritti*, 2014, 2, 41 (in part. 48) e 2014, 3, 15.

5 Il ruolo della Scuola Superiore dell'Avvocatura è di grande rilievo nella formazione forense. Il C.N.F. promuove e coordina l'attività di formazione continua anche tramite la Scuola Superiore dell'Avvocatura, visto l'art. 8 del regolamento 16 luglio 2014 n. 6, attuativo dell'art. 11 della legge n. 247/2012. L'art. 9 del decreto ministeriale 7 agosto 2023 n. 110, attuativo dell'art. 46 disc. att. cod. proc. civ., prevede che il Ministero della giustizia, in collaborazione con la Scuola Superiore dell'Avvocatura, favorisca le iniziative didattiche sulla scrittura degli atti giudiziari nell'ambito della formazione obbligatoria dell'avvocatura.

Tra il 2000 e il 2015 si sviluppò un grande fermento culturale, animato *in primis* dal compianto Maestro Alarico Mariani Marini, grandissimo interprete della didattica forense⁶, che ha portato a una svolta anche normativa nella formazione dei giovani giuristi.

Nel corso di seminari, convegni e pubblicazioni scientifiche⁷, ci si rese conto che per passare dalla scuola della legge alla scuola dei casi, ovvero dall'insegnamento del sapere giuridico al saper fare l'avvocato, occorre focalizzare l'attenzione su materie completamente diverse rispetto a quelle classiche dei corsi accademici: la tecnica dell'argomentazione e della persuasione, la ricerca, il linguaggio giuridico, la metodologia giuridica e la comunicazione scritta e orale dell'avvocato.

Grazie a questo fecondo periodo di dibattiti culturali e di studi scientifici si giunse, infine, ad inserire la nuova disciplina dei corsi di formazione per l'accesso alla professione forense nella legge professionale 31 dicembre 2012 n. 247 (L.P.).

In particolare, venne definito il contenuto delle materie ritenute essenziali dall'art. 43 della predetta L.P.⁸: il linguaggio giuridico, la tecnica di redazione degli atti giudiziari, la tecnica impugnatoria dei provvedimenti giurisdizionali e degli atti amministrativi, la tecnica di redazione del parere stragiudiziale e la tecnica di ricerca.

Come si può notare, si tratta di materie che non riguardano il diritto positivo, ma investono l'aspetto metodologico della didattica forense.

Anche i criteri di valutazione delle prove d'esame, disciplinati dal 6° comma dell'art. 46 della L.P., sono improntati a verificare l'abilità acquisita del tirocinante sotto l'aspetto metodologico, rispetto a quello asettico del mero riscontro della conoscenza dei contenuti giuridici dei problemi da risolvere⁹. In altre parole, in sede di esame il candidato deve dimostrare di avere acquisito adeguate capacità di *problem solving*, che gli consentano di comprendere, in relazione a un caso concreto, il problema da risolvere individuando la pertinente regola da applicare.

6 Sull'avvocato Alarico Mariani Marini e sulla sua opera mi permetto di segnalare il numero speciale de *Gli oratori del giorno* dedicatogli dal direttore Nicola Madia: *Gli oratori del giorno*, 2022, n. 4, con i contributi di Alpa, Cattani, Vincenti, Doria e Moro.

7 *Ex multis* segnale: *L'avvocato e il processo. Le tecniche di difesa*, a cura di A. Mariani Marini, M. Paganelli, Milano, 2003.

8 L'art. 43 della L.P. è definitivamente entrato in vigore l'1/4/2022, dopo ripetuti rinvii, per effetto dell'art. 1 del decreto ministeriale 9/6/2020 n. 80, che ha dato attuazione al decreto ministeriale 9/2/2018 n. 17.

9 Questi sono i criteri di valutazione per le prove d'esame stabiliti dal 6° comma dell'art. 46 della legge n. 247/2012: a) chiarezza, logicità e rigore metodologico dell'esposizione; b) dimostrazione della concreta capacità di soluzione di specifici problemi giuridici, c) dimostrazione della conoscenza dei fondamenti teorici degli istituti giuridici trattati; d) dimostrazione della capacità di cogliere eventuali profili di interdisciplinarietà; e) dimostrazione della conoscenza delle tecniche di persuasione e argomentazione. Si tratta di valutazioni che riguardano non tanto il contenuto della soluzione data, quanto l'approccio metodologico nelle tecniche di scrittura forense che non può prescindere dall'adozione del metodo casistico: P. Moro, *Didattica forense*, cit., 68 s.

Conseguentemente, la formazione dell'avvocato oggi, sia dal punto di vista normativo che tecnico, prevede che nel corso di formazione per l'accesso alla professione forense vengano apprese delle specifiche abilità che riguardano direttamente l'argomentazione e la capacità di *problem solving*¹⁰.

Quindi, se l'avvocato deve apprendere la tecnica dell'argomentazione, bisogna comprendere quali siano gli strumenti didattici per poter sostenere adeguatamente una difesa nell'ambito del giudizio, con particolare riferimento alla cultura dell'avvocato.

2. *Quale cultura? Il sapere giuridico o lo studio dell'arte, della letteratura e della filosofia?*

Non vi è dubbio che la cultura dell'avvocato comprenda la padronanza della teoria e della tecnica dell'argomentazione, ovverosia della retorica forense¹¹, anche per i motivi normativi che sono già stati indicati.

Il giovane avvocato, ovviamente, deve possedere anche i fondamenti del diritto positivo che gli consentano di rinvenire le regole applicabili tramite la topica, ovverosia la tecnica di ricerca degli argomenti da utilizzare in giudizio. Gli argomenti, infatti, sono sostanzialmente delle regole che servono sia a risolvere la *quaestio facti* (c.d. argomenti atecnici intrinseci al processo, ovverosia le prove), sia la *quaestio iuris* (c.d. argomenti atecnici estrinseci al processo, ovverosia i principi di diritto che devono essere rinvenuti nella legislazione, nella giurisprudenza e nella dottrina) di un caso giuridico¹².

La questione è quanto mai complessa, perché nel processo di decodificazione in corso, non solo la ricerca delle regole (giuridiche) applicabili va sempre più estesa ai precedenti giurisprudenziali (c.d. diritto giurisprudenziale)¹³, ma anche tenendo conto della normativa europea e sovranazionale, anche alla luce dell'importanza assunta dalla tutela dei diritti umani e fondamentali¹⁴.

10 Sul tema: G. PASCUZZI, *Il problem solving nelle professioni legali*, Bologna, 2017.

11 P. DORIA, *Insegnare ad argomentare. La lezione argomentativa e il metodo casistico*, in *Cultura e diritti*, 2018, 1/S, 67 ss. La retorica forense rappresenta il metodo per la costruzione di un elaborato scritto e di un ragionamento giuridico: P. MORO, *L'arte della scrittura giuridica. Retorica e testo difensivo*, Pordenone, 2016, 10.

12 Per maggiori approfondimenti: P. DORIA, *Il metodo giuridico e la tecnica difensiva. La strategia processuale dell'avvocato civilista*, in *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, a cura di P. Moro, Milano, 2012, 136.

13 F. GALGANO, *L'efficacia vincolante del precedente di cassazione*, in *Contratto e impresa*, 1999, 889 e ss.; *'Stare decisis' e no nella giurisprudenza italiana*, in *Contratto e impresa*, 2004, 1 ss.; *Trattato di diritto civile*, Milano, 2015, I, 134 e ss.; G. SICCHIERO, *Il principio di effettività e il diritto vivente*, in *Giur. it.*, 1995, IV, 263 e ss.; G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto 'vivente'. Convergenza e affinità dei sistemi giuridici?*, in *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*, a cura di A. Mariani Marini, D. Cerri, Pisa, 2007, 11 ss.; M. PAGANELLI, *Diritto vivente. Il diritto giurisprudenziale tra (recente) passato e futuro (prossimo)*, in *Cultura e diritti*, 2013, 3, 17 e ss.; P. MORO, *Sal valore topico del precedente giudiziale*, in *'Res iudicata'. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, a cura di Sarra, Velo Dalbrenta, Padova, 2013, 177.

14 G. ALPA - A. MARIANI MARINI, *I diritti umani e fondamentali nella formazione dell'avvocato europeo*, Pisa, 2010.

Ma non basta.

L'avvocato deve possedere una solida cultura generale. Il giurista deve sapersi orientare nella società moderna attraverso il patrimonio culturale che gli può essere garantito solo dalla lettura dei libri.

Il requisito indispensabile della profonda cultura personale per svolgere adeguatamente la professione forense (ma anche quella di giudice) è assolutamente assodato sin dalla nostra più antica tradizione¹⁵.

Già gli studiosi della retorica classica si erano resi conto che l'avvocato deve essere un intellettuale colto e corretto, per essere più credibile nell'argomentare le tesi dei propri clienti.

Non basta la conoscenza dei codici, in piena epoca di crisi del sistema normocentrico del diritto¹⁶, ma occorre lo studio della letteratura¹⁷ e delle arti, della poesia e della scienza, della storia, della filosofia e della psicologia¹⁸. Del resto, il sistema giuridico non è mai isolato dal contesto sociale e culturale in cui si inserisce¹⁹.

Il tema della filosofia, e in particolare quello della filosofia del diritto, che si occupa della teoria e della tecnica dell'argomentazione, è cruciale: l'avvocato quando argomenta in giudizio a favore della propria tesi, e anche il giudice quando motiva la propria decisione, pur inconsapevolmente, diventano filosofi del diritto²⁰.

15 Si fa risalire la scoperta di questo requisito addirittura a Isocrate, ai primordi della retorica forense. La necessità della profonda cultura personale è richiesta sia da Cicerone che da Quintiliano: CICERONE, *De oratore*, I, 5, 17; nell'edizione Rizzoli, 1999, 131; QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, X, 1, 2; nell'edizione Rizzoli, 1997, III, 1641 e ss.; tutti gli studiosi moderni della didattica forense condividono questa impostazione: A. MARIANI MARINI, *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, cit., 60; *Il tempo che verrà. Avvocatura e società*, Pisa 2012, 15 e 18; P. MORO, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, cit., 40; G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa. Come apprendere riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, cit., 130; F. CAVALLA, *La via retorica alla verità*, in *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, a cura di U. Vincenti, A. Mariani Marini, F. Cavalla Pisa, 2004, 130; *Retorica, processo, verità. Principi di filosofia forense*, Milano, 2007, 29; L. BUTTI, *Diventare giurista*, cit., 21 e 28; U. VINCENTI, introduzione a A. MARIANI MARINI, *Il tempo che verrà. Avvocatura e società*, cit., 15; S. SATTI, *Il diario di Tullio Ascarelli*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, 1970, IV, 25 ss.; D. CERRI, *Professione e cultura nei corsi delle scuole forensi*, in *Cultura e diritti*, 2013, 1, 119 ss.

16 P. MORO, *La via della giustizia. Il fondamento dialettico del processo*, Pordenone, 2004, 9 e 29 ss.

17 D. CERRI, *Diritto e letteratura*, in *Cultura e diritti*, 2012, 2, 131 e ss.; D. CARPI, *Laws and culture in the age of technology*, in *Contratto e impresa*, 2013, 4 s., 1191; C. FARALLI, *Diritto e letteratura nella formazione del giurista*, in *Contratto e impresa*, 2014, 2, 535 e ss.

18 F. CAVALLA, *La via retorica alla verità*, cit., 130.

19 C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, Milano, 1979, 137.

20 N. IRTI, *La filosofia di una generazione*, in *Contratto e impresa*, 2011, 6, 1295 e ss.; F. CAVALLA, *Retorica giuridiale, logica e verità*, in *Retorica, processo, verità. Principi di filosofia forense*, a cura di F. Cavalla, Milano 2007, 16.

Comunque, l'unico modo per arricchire la propria cultura personale è leggere libri²¹; la lettura è fondamentale per acquisire le capacità di comprendere un testo, di redigere un elaborato scritto²² e di esporre un'argomentazione orale²³.

Inoltre, la lettura consente di arricchire il proprio vocabolario per poter migliorare lo stile di scrittura rispettando il criterio della sintesi, della chiarezza, della precisione e dell'accuratezza linguistica²⁴.

Infine, i libri consentono di acquisire conoscenze e massime dell'esperienza che forniscono gli argomenti da utilizzare nell'argomentazione²⁵ e le citazioni che incrementano l'autorevolezza della tesi sostenuta²⁶.

Pertanto, la cultura generale dell'avvocato costituisce il presupposto per l'acquisizione di un'adeguata tecnica argomentativa e persuasiva²⁷.

3. *La cultura dell'avvocato e la comunicazione nel processo: il difensore deve sedurre il giudice e i clienti con tecniche di manipolazione psicologica o deve ottenere l'adesione a una tesi sulla base di argomenti unanimemente condivisi?*

Si può porre il dubbio che l'avvocato, oltre a possedere una solida cultura giuridica, debba acquisire anche una conoscenza di tecniche di marketing e di persuasione basate sullo sfruttamento delle emozioni del proprio interlocutore.

Oggi la professione forense viene sempre più assimilata anche a livello legislativo a un'impresa; il servizio legale dell'avvocato sembra indirizzato alla mercificazione della prestazione del giurista²⁸.

21 È l'assioma di Emerson: si impara di più dai libri che dall'università. Così S. ZWEIG, *Il mondo di ieri*, Milano, 1994, 82.

22 Scrivere bene significa leggere bene: L. SERIANNI, *Leggere, scrivere, argomentare. Prove ragionate di scrittura*, Bari, 2013, VII.

23 A. MARIANI MARINI, *Il tempo che verrà. Avvocatura e società*, cit., 136; QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, X, 1, 1; nell'edizione Rizzoli, cit., III, 1641: *'Peloquenza non sarà mai solida né robusta se non riceverà forze grazie a numerosi esercizi di scrittura, e senza il modello fornito dalla lettura, quella fatica, priva di pilota, vacillerà...'*.

24 M. SANTAMBROGIO, *Manuale di scrittura (non creativa)*, Bari, 2008, 248 s.

25 C. PERELMAN - L. OLBRECHTS TYTECA, *Trattato di argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 2013, 91. Le premesse di ordine generale dell'argomentazione sono costituite dai luoghi o i topoi, che rappresentano magazzini di argomenti da utilizzare.

26 B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*, Milano, 1999, 77.

27 Non si tratta di una scoperta nuova: Quintiliano ha dedicato al tema della lettura l'intero decimo libro dell'*Institutio oratoria*. È interessantissimo leggere i suggerimenti di lettura del grande autore latino. Quintiliano, dopo aver invitato a studiare le cause già trattate da grandi maestri, elenca gli autori da leggere: Omero, definito il modello e la fonte per tutti i generi dell'eloquenza, Esiodo, Pindaro, Aristofane, Sofocle, Euripide, Menandro, Tucidide, Demostene, Lisia, Isocrate, Platone, Aristotele, Virgilio, Lucrezio, Ovidio, Catullo, Orazio, Tito Livio, Cesare, Sallustio, Seneca e Cicerone. Tanto per comprendere la modernità di Quintiliano, si tratta di autori la cui opera bisogna studiare ancora oggi.

28 G. ALPA, *L'avvocato. I nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*, Bologna, 2005, 52 s.; A. MARIANI MARINI, *Il tempo che verrà. Avvocatura e società*, cit., 18; *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli*, cit., 50.

Del resto, si sostiene autorevolmente che i saperi giuridici 'consentono di produrre prestazioni tecniche negoziabili nell'economia di mercato'²⁹.

Questa concezione mercantilista dell'avvocatura sta sempre più prendendo piede. Si pensi alla pubblicità, alle società tra avvocati e all'utilizzo improprio di social e media. È avvilente osservare fenomeni di accaparramento della clientela che svislano l'immagine pubblica della professione forense.

Del resto, nell'immaginario collettivo si sta sempre più diffondendo lo stereotipo secondo cui la funzione dell'avvocato sarebbe quella di vincere le cause utilizzando la dialettica eristica, *per fas et nefas*, ovvero senza alcuna indagine sulla fondatezza giuridica delle pretese azionate, e senza alcuna considerazione di tipo etico³⁰, pubblico³¹ e deontologico³². L'avvocato non è visto come un autentico promotore di legalità perché non viene riconosciuto come protagonista indispensabile del processo per rappresentare al meglio gli interessi del proprio assistito³³, per il fine ultimo del miglior funzionamento dell'amministrazione della giustizia³⁴. Il ruolo dell'avvocato è fondamentale per garantire, tramite la tutela del principio del contraddittorio (*audiatur et altera pars*), il giusto processo previsto dall'art. 111 della Costituzione.

Secondo la concezione privatistica della professione forense, l'avvocato dovrebbe servirsi di tecniche di manipolazione e di seduzione psicologica per persuadere il giudice della fondatezza della propria tesi.

Questa impostazione non è condivisibile ed è inaccettabile.

F. PUPPO, *Il fondamento dell'etica professionale*, in *Cultura e diritti*, 2012, 3, 73. Per una precisa ricostruzione normativa del problema: V. PUTORTI, *Prestazioni d'opera intellettuale e regole della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 2012, I, 126 e ss. Per una visione favorevole alla nuova impostazione imprenditoriale della professione forense, valorizzando la diffusione di studi di grandi dimensioni, di certificazioni ISO 9001 e della pubblicità: L. BUTTI, *Diventare giurista. Il diritto come lavoro e passione*, cit., 148 s.

29 N. IRTI, *La formazione del giurista*, in *La previdenza forense*, 2004, 201.

30 A. MARIANI MARINI, *Etica degli affari, etica della professione*, in *Diritto & formazione*, 2005, 11, 1531; *Etica professionale e responsabilità sociale dell'avvocato europeo*, a cura di A. Mariani Marini, G. Alpa, Pisa, 2013; F. PUPPO, *Fondamento dell'etica professionale*, in *Cultura e diritti*, 2012, 3, 73 ss.; G. PASCUZZI, *Diventare avvocati e riuscire ad esserlo: insegnare l'etica delle professioni forensi attraverso le trame narrative*, in *Cultura e diritti*, 2012, 1, 15 ss.

31 P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, ristampa anastatica a cura della Fondazione forense bolognese, Bologna, 2006, 8.

32 A. MARIANI MARINI, *Cronache di anni perduti. Avvocati e avvocature*, Pisa, 2017, 153 ss.; *Formazione, cultura, deontologia*, in *La previdenza forense*, 2001, 270. Per questo A. deve essere superata la concezione tradizionale della deontologia dell'avvocato per giungere alla configurazione di una vera responsabilità sociale del professionista forense. Questa tesi gode anche del sostegno di quanto contenuto nel preambolo del Codice di deontologia degli avvocati europei approvato a Strasburgo il 24/10/1988. Nello stesso senso, G.M. FLICK, *L'avvocatura di fronte ai 'nuovi' diritti nella crisi italiana ed europea*, in *Cultura e diritti*, 2013, 1, 65.

33 «Chi afferma il suo diritto, difende, all'interno del limitato spazio del medesimo, il diritto»: così R. VON JHERING, *La lotta per il diritto*, Milano, 1989, 127.

34 P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, cit., 10; A. MARIANI MARINI, *L'argomentazione dell'avvocato*, in *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, cit., 73; il fine ultimo dell'avvocato è quello di ottenere da parte del giudice la condivisione della sua tesi utilizzando 'argomenti buoni e condivisibili'.

L'avvocato deve privilegiare la componente pubblica del proprio ruolo, che non gli consente di partecipare ai brogli dei propri clienti e gli impone di rispettare non solo i doveri della deontologia e dell'etica professionale, ma anche gli obblighi che discendono dalla responsabilità sociale della propria professione³⁵.

Il giovane giurista non deve ricorrere alle tecniche di marketing e alle strategie commerciali per promuovere il proprio prodotto, né tanto meno deve servirsi di argomenti suggestivi ed emotivi per convincere il giudice della fondatezza delle proprie tesi. La tecnica dell'argomentazione deve poggiare sulla tradizione etica che deriva dalla retorica aristotelica.

La retorica di Aristotele era basata sulla prova, sull'argomentazione, sull'elocuzione e sulla composizione del discorso³⁶. Il grande filosofo poneva in parallelo la dialettica con la retorica e distingueva il ragionamento dimostrativo fondato sul sillogismo, che parte da premesse necessariamente vere, dall'entimema, basato su premesse soltanto probabili. Lo sviluppo argomentativo di Aristotele elaborava una logica del verosimile³⁷ e del probabile che viene utilizzata tuttora, consapevolmente o meno, da tutti gli avvocati³⁸. Il grande filosofo stagirita intuì che i giuristi dovevano porre l'attenzione non solo sul discorso persuasivo, ma soprattutto sulla capacità di essere convincenti dando dimostrazione di doti etiche quali la moralità, la saggezza, la mitezza e la benevolenza.

Questi insegnamenti sono tuttora alla base della corretta tecnica dell'argomentazione. Il giurista non deve sedurre il destinatario del proprio messaggio tramite suggestioni o la manipolazione psicologica.

Lo scopo del giurista non è quello di persuadere agendo sul piano psicologico per indurre il giudice ad aderire emotivamente ad una tesi, ma è quello di convincere i propri interlocutori del fondamento della propria argomentazione sulla base di principi di ragionevolezza universalmente condivisi, pur valorizzando adeguatamente anche il piano emotivo e psicologico per dare maggiore efficacia all'esposizione delle proprie tesi difensive³⁹. La tecnica dell'argomentazione non prescinde dall'adeguata considerazione degli aspetti psicologici che governano il processo. Anzi, la scelta del modello classico nella formazione forense considera l'adeguata valorizzazione dell'aspetto psicologico della difesa, del processo e dei protagonisti del processo⁴⁰: la retorica classica comprende la rilevanza delle emozioni nella comunicazione forense, ma mantiene

35 A. MARIANI MARINI, *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli*, cit., 117.

36 R. BARTHES, *La retorica antica*, Milano, 2011, 21; B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*, cit. 23.

37 S. FUSELLI, *Verità ed opinione nel ragionamento giudiziale. A partire da un confronto con Aristotele e Hume*, in *Retorica, processo, verità. Principi di filosofia forense*, a cura di F. Cavalla, Milano, 2007, 263 e ss.

38 A. MARIANI MARINI, *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli*, cit., 21.

39 A. MARIANI MARINI, *Il ragionamento dell'avvocato. Le tecniche dell'argomentazione nel discorso giudiziale*, in *Diritto e formazione*, 2008, 2, 286.

40 U. VINCENTI, *La struttura argomentativa del diritto occidentale*, in *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, cit., 38; QUINTILIANO, *Instit. Orat.*, XII, 7, 56; per la preparazione del testimone, V, 7, 11; CICERONE, *De oratore*, II, 42, 178; ARISTOTELE, *Retorica*, II, 1 e II, 4.

l'elemento psicologico sempre nell'ambito della tecnica persuasiva senza sopravvalutarlo come scienza autonoma⁴¹.

Il punto di riferimento rimane ancor oggi quello del *vir bonus dicendi peritus*.

È a Catone che dobbiamo l'identificazione della figura dell'avvocato con quella del *vir bonus dicendi peritus*⁴² che è il prodotto della formazione retorica del giurista⁴³; il punto di riferimento è rappresentato dall'avvocato galantuomo che unisce in sé, come componenti indistinguibili, la probità, la correttezza e l'abilità argomentativa.

L'avvocato colto, sobrio, onesto e abile nell'argomentare è più convincente, perché si tende a credere a chi gode di ottima fama in termini di onestà, preparazione e di irreprensibile contegno morale.

Quindi, non è solo una questione etica: la fusione delle doti morali e argomentative diventa il presupposto per la corretta comunicazione dell'avvocato nell'ambito del processo.

Se l'avvocato è probo e tecnicamente preparato, è più convincente.

Quindi, la cultura e la rettitudine morale costituiscono i presupposti della comunicazione dell'avvocato nel processo.

ABSTRACT: Sin dall'antichità si ritiene che una solida cultura costituisca la *conditio sine qua* non della formazione dell'avvocato. Senza una profonda cultura personale l'avvocato non riesce a svolgere adeguatamente il suo importante ministero, mancandogli una bussola essenziale per orientarsi nel contesto sociale in cui opera. La cultura dell'avvocato, però, non è solo quella appresa durante il corso universitario basata sullo studio dei codici, degli istituti giuridici e della giurisprudenza. La cultura a cui si fa riferimento è quella che si apprende dalla lettura di buoni libri di arte, letteratura e filosofia. Naturalmente, poi, quando si parla di cultura del giurista, bisogna intendersi anche sul modello da emulare: il punto di riferimento rimane ancora quello del *vir bonus dicendi peritus*, l'avvocato colto, probo e diligente, e non l'impresa di servizi legali che punta a vendere il proprio 'prodotto' utilizzando tecniche e strategie di marketing e di seduzione psicologica.

PAROLE CHIAVE: Formazione – Comunicazione – Argomentazione – Avvocato – Cultura.

41 Sofocle e Shakespeare sapevano sui rapporti umani una quantità di cose che Freud era incapace di percepire: R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Milano, 1997, 282. Nello stesso senso: R. GUENON, *La crisi del mondo moderno*, Roma, 1997, 76.

42 La definizione, come è noto, è di catoniana memoria, e la si ritrova nella *summa* della retorica antica in QUINTILIANO: *Non posse oratorem esse nisi virum bonum. Sit ergo nobis orator quem constituimus is qui a M. Catone finitur vir bonus dicendi peritus*, in *Instit. Orat.*, XII, I, 1 e XII, 1, 44.

43 P. MORO, *'Vir bonus dicendi peritus'. L'etica dell'avvocato di valore*, in *Retorica e deontologia forense*, a cura di P. Moro, Milano, 2010, 19 ss.

Sandro De Nardi*

L'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO' QUALE MATERIA DI INSEGNAMENTO UTILE
PER UNA COMUNE 'CULTURA DELLA GIURISDIZIONE

Sommario: 1. Cenni introduttivi – 2. La nozione (costituzionale) di 'ordinamento giudiziario' – 3. L'ordinamento giudiziario' quale materia di insegnamento (un tempo obbligatorio) nelle Facoltà di Giurisprudenza – 4. L'ordinamento giudiziario' quale materia di prova orale nel concorso per l'ammissione alla magistratura ordinaria professionale e nell'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione forense – 5. Qualche (utopistico?) auspicio conclusivo.

1. *Cenni introduttivi.*

La domanda (retorica?) se anche la 'cultura giuridica' possa aiutare la giustizia merita senz'altro una risposta positiva: per molteplici ragioni – di fondo e di carattere generale – che in questa sede non possono essere passate in rassegna neppure per cenni. Ciò premesso, va da sé che, per intuibili motivi, la 'cultura giuridica'¹ è fortemente condizionata sia dagli insegnamenti che vengono impartiti ai giuristi durante la loro formazione universitaria, sia dalle materie che costituiscono oggetto di prova di esame allorché il laureato in giurisprudenza decida di accedere a determinate professioni legali. Orbene, proprio a tale ultimo proposito, paiono emblematiche – comunque invero degne di nota – le singolari vicende che, nel nostro Paese, hanno segnato quella peculiare disciplina giuridica che è rappresentata dall'«ordinamento giudiziario»: sia quale materia di insegnamento universitario, sia quale materia oggetto di prova orale tanto per gli aspiranti magistrati ordinari professionali² quanto per gli aspiranti avvocati; su di esse ci si soffermerà pertanto brevemente nel presente scritto.

Prima di entrare *in medias res*, pare tuttavia doverosa una precisazione lessicale: volta a chiarire – a scanso di equivoci – il significato che, in questa sede, verrà attribuito alla locuzione «ordinamento giudiziario».

* Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Padova

1 Nelle sue varie declinazioni compresa la comune 'cultura della giurisdizione' che, auspicabilmente, dovrebbe accomunare la formazione e l'operato soprattutto di magistrati e avvocati.

2 O di carriera che dir si voglia.

2. La nozione (costituzionale) di «ordinamento giudiziario».

Com'è noto, l'espressione «ordinamento giudiziario» è testualmente impiegata a più riprese nella Legge fondamentale della Repubblica italiana³: e dato che quest'ultima omette di esplicitare che cosa debba intendersi con tale formula, spetta all'interprete il compito di stabilire il senso che ad essa va riconosciuto.

Sul punto, dalla lettura degli atti dell'Assemblea Costituente emerge a chiare lettere che in quel consesso la predetta espressione è stata di fatto utilizzata dandone per presupposto il relativo significato: in concreto, come evidenziato in modo convincente da autorevole dottrina⁴, alla locuzione in parola è stata attribuita l'accezione che si poteva (e si può tuttora) desumere dalla nozione di «ordinamento giudiziario» – inteso come complesso di norme – ricavabile dal regio decreto n. 12 del 30 gennaio 1941⁵; detto altrimenti, (anche) nella fattispecie che ci occupa il senso delle parole da interpretare necessita di essere ricostruito 'alla luce' della legislazione primaria di settore, vigente all'epoca in cui sono state elaborate le previsioni costituzionali che le contemplano⁶: sussistendo una incontrovertibile osmosi tra norme costituzionali e norme sub-costituzionali.

Nel dettaglio, limitatamente a ciò che più interessa in questa sede, è indubbio che il decreto Grandi del 1941 è stato tenuto in debita considerazione dai Costituenti ad un duplice fine: sia per stabilire (implicitamente) sotto il profilo soggettivo chi sono i «magistrati ordinari»⁷ (che nel loro complesso costituiscono la «magistratura ordinaria»

3 Per la precisione, la suindicata espressione risulta esplicitamente impiegata ben sette volte: si vedano infatti gli artt. 102, comma 1, 105, 106, comma 2, 107, commi 1 e 4, 108, comma 1, nonché la VII disposizione transitoria e finale.

4 Nel senso suddetto si è espresso anche G. VOLPE, voce *Ordinamento giudiziario generale*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 838, il quale ha evidenziato – in modo convincente – che «la definizione della materia 'ordinamento giudiziario' risultante dalla Costituzione (e riservata, pertanto, alla legge, art. 108 comma 1 cost.) rispecchia sostanzialmente la nozione ricavabile dal regio decreto del 1941».

5 Tra l'altro pare opportuno rammentare, da un lato, che il r.d. n. 12 del 1941 – spesso citato come «Decreto Grandi», dal cognome dell'allora Ministro della Giustizia Dino Grandi – è testualmente rubricato «Ordinamento giudiziario»; dall'altro lato, che con tale provvedimento il regime fascista «portò a compimento il pieno e totale asservimento della magistratura al potere esecutivo» (come ha ricordato E. PIGA, nella Relazione sul tema *I rapporti tra il potere giudiziario e il potere esecutivo* tenuta al Congresso Nazionale dei Magistrati, svoltosi a Napoli nel novembre del 1950: tale citazione è tratta da P. CALAMANDREI, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario tenute dal Chiar.mo Prof. Piero Calamandrei durante l'anno accademico 1952-1953 – Appunti raccolti dall'assistente dott. Mauro Cappelletti*, Firenze, 1953, 36).

6 In generale, sull'importanza e sul concreto utilizzo – anche da parte della Corte costituzionale – del suddetto metodo interpretativo (che è volto cioè a ricavare il significato da assegnare ad una pluralità di espressioni impiegate dalla Costituzione dal corpo di nozioni elaborate nella normazione subordinata di settore) sia concesso rinviare, per tutti, a R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 20 ss.

7 Occorre peraltro considerare che, secondo il r.d. n. 12 del 1941, nell'Ordine giudiziario rientrano non solo i magistrati ordinari (professionali ed onorari), ma anche altre figure di pubblici dipendenti che sono estranei alla magistratura. Nel dettaglio, l'art. 4 del citato decreto Grandi, dopo aver disposto che l'Ordine giudiziario è «costituito» dai magistrati ordinari professionali e che ad esso «appartengono» altresì

o, se si preferisce, l'«Ordine giudiziario»); sia per individuare (esplicitamente) sotto il profilo oggettivo i principali ambiti materiali che rappresentano il contenuto tipico della disciplina giuridica in parola. Difatti, nella precitata Legge fondamentale è stato sancito che le regole sull'«ordinamento giudiziario»:

- a. da un lato, sono deputate ad istituire e regolare i «magistrati ordinari»: vale a dire, coloro che esercitano la funzione giurisdizionale presso gli (appositi, ma non indicati⁸) «organi giudiziari ordinari» ovvero tramite le eventuali «sezioni specializzate per determinate materie» presso i medesimi istituite (cfr. art. 102, commi 1 e 2, Cost.⁹);
- b. dall'altro lato, sono deputate tanto a disciplinare lo 'status' giuridico dei «magistrati ordinari», quanto a dettare le regole che concernono tutti quegli organi – come il Consiglio superiore della magistratura, i Consigli giudiziari ecc. – che istituzionalmente sono chiamati ad esercitare delle funzioni destinate ad incidere sulla loro condizione giuridica soggettiva (cfr. artt. 104, 105, 106 e 107 Cost.).

Come detto, per comprendere quali sono in concreto i «magistrati ordinari» cui fa espresso riferimento la Costituzione occorre tuttora considerare quanto (all'epoca sanciva e attualmente) sancisce il precitato regio decreto: a mente del quale¹⁰ sono ordinari esclusivamente quei magistrati che esercitano funzioni giurisdizionali, giudicanti o requirenti, *in materia civile e penale*¹¹, tramite gli organi giudiziari – monocratici o collegiali – ivi individuati.

– peraltro a titolo simbolico, senza cioè godere dello 'status' giuridico di coloro che propriamente lo costituiscono – i magistrati onorari, sancisce testualmente, al comma 3, che «Il personale delle cancellerie e segreterie giudiziarie di ogni gruppo e grado *fa parte* dell'ordine giudiziario», e, al comma 4, che «Gli ufficiali giudiziari *sono ausiliari* dell'ordine giudiziario» (il corsivo è aggiunto); ciò posto, si precisa che nell'ambito del presente contributo, tutti i riferimenti all'Ordine giudiziario concernono i soli magistrati ordinari professionali.

8 Rinviando dunque tacitamente, anche al suddetto proposito, a quanto sanciva in argomento il Decreto Grandi, se si eccettua l'esplicita menzione – rinvenibile all'art. 111 Cost. – del ruolo spettante alla Corte di cassazione quale giudice di legittimità: il che si poneva (e si pone) in piena sintonia con quanto sanciva (e tuttora sancisce) l'art. 65 del r.d. n. 12 del 1941, a mente del quale il compito di tale organo era (ed è) quello di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni».

9 Va segnalato che, al contrario di quanto prescrive il vigente art. 102 Cost., Part. 95, comma 1, del «Progetto di Costituzione» elaborato dall'apposita 'Commissione dei 75' – leggibile in *La nuova Costituzione italiana. Progetto e relazioni* di M. Ruini – G. La Pira – C. Corsanego – A. Moro – G. Dossetti – A. Fanfani – P.E. Taviani – C. Mortati – E. Tosato – G. Leone – G. Ambrosini, Roma, 1947, 34 – esplicitava significativamente, e alla lettera, che «La funzione giurisdizionale *in materia civile e penale* è attribuita ai magistrati ordinari, istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario» (il corsivo è aggiunto).

10 In virtù del combinato disposto recato dagli artt. 1, 2 e 4 della succitata fonte di rango legislativo.

11 Il Decreto Grandi sul punto – *i.e.* sulla circostanza che dell'Ordine giudiziario fanno parte solamente quei magistrati che, tramite appositi organi giudiziari, esercitano le funzioni giurisdizionali unicamente in materia civile e penale – ha ribadito una opzione che risale addirittura al primo provvedimento legislativo dello Stato italiano recante le regole proprie dell'ordinamento giudiziario: vale a dire, la l. 6 dicembre 1865, n. 2626 rubricata «Sull'ordinamento giudiziario» (l'opzione è stata poi confermata da tutte le leggi che in materia si sono succedute nel corso dei decenni).

Di conseguenza, si può trarre la conclusione che, per dettato costituzionale, l'«ordinamento giudiziario» è quella branca dell'ordinamento giuridico statale¹² avente ad oggetto sia la disciplina istituzionale ed organizzativa dei magistrati ordinari – si noti: professionali e onorari¹³ – che attraverso appositi organi, individuati e regolamentati dalla apposita legge (*i.e.* quella sull'«ordinamento giudiziario»), esercitano l'attività giurisdizionale in materia civile e penale¹⁴, sia la disciplina degli organi preposti ad adottare i provvedimenti incidenti sul loro 'status'¹⁵.

Stando così le cose, è del tutto evidente che l'«ordinamento giudiziario», in sé e per sé, riveste un rilievo strategico per garantire il buon andamento dell'amministrazione della giustizia ordinaria, visto che le relative norme concorrono a far sì che possano trovare (o non trovare) concreta attuazione numerosi principi e numerose regole di rango costituzionale sui quali dovrebbe fondarsi il giusto processo¹⁶: a cominciare dal

12 Dalla quale, si noti, esula la «normativa relativa alle giurisdizioni amministrative ed ogni altra giurisdizione speciale, nonché alle giurisdizioni per reati militari e marittimi (...), i cui organi (ed i magistrati ad essi addetti) non entrano, pertanto, a far parte della magistratura ordinaria e dell'ordine giudiziario»: così G. VOLPE, voce *Ordinamento*, cit., 837; in passato, anche P. CALAMANDREI, *Lezioni*, cit., 26, da un lato, aveva precisato che la disciplina della magistratura amministrativa e delle altre magistrature speciali esulava dalla materia del Corso di Ordinamento giudiziario da lui tenuto: dall'altro lato, aveva coerentemente precisato – ivi, 29 – che nell'ordinamento giudiziario, inteso come complesso di norme, non rientrano le regole che concernono i magistrati delle giurisdizioni straordinarie e speciali.

Quanto alla 'littera Constitutionis' è invero assai significativa, tra le altre, anche l'affermazione che si rinviene nel primo comma dell'art. 108 Cost.: ove si distinguono le norme sull'ordinamento giudiziario (riguardanti cioè i soli magistrati ordinari) da quelle che invece concernono ogni (altra) magistratura.

13 E dei relativi organi, monocratici o collegiali.

14 Sempre che la stessa non sia riservata, da altre leggi, alle magistrature speciali. A tal proposito, in dottrina si è evidenziato – cfr. N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019, 14 – che per distinguere i magistrati ordinari da quelli speciali si deve ricorrere «ad un criterio 'legale': ordinari sono i giudici regolati dalla legge sull'ordinamento giudiziario (r.d. 12 del 1941), speciali tutti gli altri».

15 In epoca repubblicana, alla suddetta nozione si è attenuto il legislatore ordinario in molteplici occasioni, dandone evidentemente per presupposto il relativo significato; in proposito, si vedano, a mero titolo esemplificativo, i contenuti vuoi della l. 5 luglio 2005, n. 150, recante «Delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, per il decentramento del Ministero della giustizia, per la modifica della disciplina concernente il Consiglio di presidenza, della Corte dei conti e il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, nonché per l'emanazione di un testo unico», vuoi della l. 17 giugno 2022, n. 71, recante «Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura».

16 Basti qui ricordare – 'exempli gratia' – da un lato che, nella Relazione al Progetto di Costituzione elaborato dalla 'Commissione dei 75', l'on. Meuccio Ruini ha osservato che «Il titolo sulla magistratura, non è, per rimanente, che la collocazione, nella Carta costituzionale, di principi che verranno completati nelle norme sull'ordinamento giudiziario (...) La Costituzione è, in certo senso, la cuspide di una piramide di norme, da rivedere ormai in gran parte, nella legislazione repubblicana del Paese» (il passo della Relazione appena riprodotto è leggibile in *La nuova Costituzione italiana*, cit., 69); dall'altro lato che, in seno all'Assemblea Costituente, l'on. Giovanni Leone ha dichiarato che «la legge sull'ordinamento giudiziario è quella che dovrà dare il complesso della risoluzione del problema giudiziario in Italia (...) questa legge

fondamentale principio di imparzialità del giudice ('rectius': del magistrato). Inoltre, è parimenti evidente che sussistono profonde e reciproche interferenze tra l'«ordinamento giudiziario» ed il diritto processuale (sia civile che penale), posto che il primo fissa le norme e le regole che delineano il modello strutturale ed organizzativo dell'apparato che è concretamente chiamato ad esercitare la giurisdizione nelle sopra richiamate materie¹⁷: a tal punto che si potrebbe azzardare di ritenerli addirittura vicendevolmente complementari¹⁸.

Ebbene, è proprio tenendo di quanto si è testé esplicitato che, come preannunciato, nei paragrafi che seguono si ricostruiranno per sommi capi le singolari vicende che hanno riguardato l'insegnamento accademico e l'accertamento della conoscenza della materia «ordinamento giudiziario».

3. L'«ordinamento giudiziario» quale materia di insegnamento (un tempo obbligatorio) nelle Facoltà di Giurisprudenza.

In letteratura sono rinvenibili diversi contributi dottrinali – sia risalenti nel tempo, che recenti – appositamente dedicati alle tappe che, nel nostro Paese, hanno contraddistinto l'insegnamento universitario della materia «ordinamento giudiziario» a partire dall'unità d'Italia sino agli anni più recenti¹⁹.

sarà di prossima emanazione, e penso che uno dei primi compiti del prossimo Parlamento sia quello di attendere alla legge che riguarda l'ordinamento giudiziario, perché senza l'approvazione di quella legge non potranno vivere ed essere messe in attuazione, le norme, altamente innovatrici, che abbiamo posto nella Costituzione» (cfr. Assemblea Costituente, seduta antimeridiana CCCVI del 26 novembre 1947, 2504, in <https://documenti.camera.it>).

17 Tra l'altro, è indubbio che la (preventiva) conoscenza dell'ordinamento giudiziario aiuterebbe a comprendere meglio la 'ratio' di determinati istituti processuali, sia civili che penali: come quelli relativi alla regolare costituzione degli organi giudiziari ordinari.

18 Al suesposto riguardo in dottrina vi è chi ha avuto modo di soffermarsi sulla stretta e reciproca correlazione, non solo storica, ma anche logica e funzionale tra regole ordinamentali e regole proprie del processo, sia civile che penale: con riferimento al primo – i.e. quello civile – pare opportuno rammentare che ad avviso di Salvatore Satta «Il ritorno al giudizio si pone prima che sul piano della scienza sul terreno concreto della legislazione (sia come ordinamento giudiziario che come legge del processo)» (così S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1956, XV); con riferimento al secondo – i.e. quello penale – sia invece concesso rinviare, per tutti, alle convincenti considerazioni di S. CHIARLONI, *Nuovo processo penale e vecchio ordinamento giudiziario (una antinomia da emendare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 682 ss.

19 Cfr., *inter alios*, M. GHIRON, *Studi sull'ordinamento della facoltà giuridica*, Roma, 1913, 159 ss.; F.A. GENOVESE, *L'insegnamento dell'ordinamento giudiziario nelle facoltà di giurisprudenza dal 1859 ad oggi. Un aspetto degli studi giuridici italiani*, in *Dir. e giur.*, 1987, 786 ss. (in tale pregevole scritto si rinviene una ricostruzione oltremodo ricca di riferimenti, sia dottrinali che normativi, riguardanti la tematica affrontata); A. PIZZORUSSO, *Una disciplina giuridica trascurata dalla ricerca e dalla didattica*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 811 ss.; F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, 1991, 1 ss.; F.A. GENOVESE, *Introduzione allo studio dell'ordinamento giudiziario*, Urbino, 1996, 13 ss. nonché 61 ss.; F. DAL CANTO, *Ordinamento giudiziario e insegnamento universitario: le vicissitudini, una rapida panoramica e qualche spunto in prospettiva*, in *Foro it.*, 2007, V, 261 ss.; F. CIPRIANI, *Materiali per lo studio dell'ordinamento giudiziario*, Napoli,

In particolare, dalla lettura degli stessi emerge anzitutto un dato di fatto assai significativo: e cioè che nel Regno d'Italia – precisamente nel lasso temporale che va dal 1865 al 1923 – l'«ordinamento giudiziario» ha costituito oggetto di insegnamento obbligatorio nelle facoltà di giurisprudenza, al terz'anno di corso; tuttavia, si deve rilevare che la materia 'de qua' era priva di autonomia (scientifica e) didattica, posto che la stessa era abbinata alla procedura civile: difatti, in quel frangente l'insegnamento in parola era denominato «Procedura civile e ordinamento giudiziario»²⁰. Ed in proposito, è stato autorevolmente rilevato²¹ che tale accoppiata di materie non era affatto delle più felici, per molteplici ragioni:

- in primo luogo, «perché la disciplina dell'ordinamento giudiziario viene logicamente prima del processo e non dopo»;
- in secondo luogo, «perché le norme sull'ordinamento giudiziario non si riferiscono soltanto al processo civile» ma anche a quello penale;
- in terzo luogo, «perché le due materie sono troppo diverse e troppo vaste per essere studiate assieme».

A partire dal 1924, in virtù dell'avvenuto riconoscimento – da parte della c.d. riforma Gentile²² – di «una parziale autonomia statutaria delle università, per effetto della quale le singole facoltà potevano modificare la tabella didattica»²³, si deve constatare che negli statuti pubblicati fra il 1926 ed il 1928 si rinvennero una pluralità di proposte concernenti la materia qui considerata: nel dettaglio, «se una gran parte delle università (Milano, Bologna, Padova, Modena, Cagliari, Macerata e Camerino) tornò alla più antica denominazione di Procedura civile, *sic et simpliciter*, un'altra parte (Palermo, Napoli, Genova, Ferrara, Sassari, Pavia, Catania e Urbino) mantenne l'ormai sessantennale formula della Procedura civile e Ordinamento giudiziario, anzi una di esse (Genova) addirittura rovesciò i tradizionali termini della coppia tirandone fuori un (assolutamente inedito) insegnamento di Ordinamento giudiziario e Procedura civile. E se quelle 'd'avanguardia' [Pisa, Torino, Firenze, Messina, Parma, Perugia, Siena e Milano-Cattolica] ormai introdussero l'attuale denominazione di Diritto processuale civile va segnalato che non mancò chi (Bari e Roma), pure in questo ambito cercò ancora di coniugare la declinante materia dell'Ordinamento giudiziario alla auspicata nuova denominazione dell'insegnamento (Diritto processuale civile e Ordinamento giudiziario, questo l'esperimento)»²⁴.

2011, 5 ss.; F. AULETTA, *Per una nuova educazione al diritto giudiziario*, in *Foro it.*, 2019, V, 207 ss.; F. DAL CANTO, *Lezioni di Ordinamento giudiziario*, Torino, 2020, 1 ss.

20 Per i relativi riferimenti normativi sia concesso rinviare, per tutti, alla puntuale ricostruzione effettuata da F.A. GENOVESE, *Introduzione*, cit., 15 ss.

21 I virgolettati che seguono sono tratti da F. CIPRIANI, *Materiali*, cit., 6.

22 Recata dal r.d. 30 settembre 1923, n. 2102, rubricato «Ordinamento della istruzione superiore».

23 Così A. PIZZORUSSO, *Una disciplina*, cit., 812.

24 Così F.A. GENOVESE, *L'insegnamento*, cit., 794 s.

Indi, occorre poi considerare che, con il r.d. 28 novembre 1935 n. 2044²⁵, «quella piccola libertà delle Università italiane fu (anch'essa...) soppressa»²⁶: in particolare, si tornò alla tabella didattica unica, mercé la quale gli insegnamenti dedicati al processo civile assunsero la denominazione di 'diritto processuale civile' e venne così definitivamente meno ogni riferimento all'«ordinamento giudiziario». In argomento, si è osservato, in primo luogo, che se la «soppressione dello studio dell'ordinamento giudiziario era piuttosto grave», tuttavia «non risulta che alcuno se ne sia lagnato»²⁷: in secondo luogo, che se le «ragioni per le quali il fascismo sopprime l'insegnamento e lo studio dell'ordinamento giudiziario non sono mai state approfondite», l'impressione «è che il fascismo abbia intelligentemente approfittato del disinteresse dei processualisti per quella importantissima branca della legislazione per sottrarla agli occhi indiscreti della dottrina»²⁸.

In epoca repubblicana, con l'approvazione della l. 11 aprile 1953 n. 312²⁹ la tabella didattica diviene nuovamente 'aperta': riconoscendo così agli Atenei la possibilità di ampliare il numero dei corsi offerti agli studenti, «sia pure solo con riferimento agli insegnamenti complementari»³⁰; ebbene, se in tal modo era stato formalmente rimosso l'ostacolo giuridico che sino ad allora aveva impedito di inserire nell'offerta formativa anche la materia qui considerata, si deve rilevare che l'unica facoltà di Giurisprudenza che ha concretamente provveduto ad attivarla – si badi: a partire dall'anno accademico 1976-1977 – è stata quella di Urbino: mentre altri Atenei si sono limitati a modificare formalmente i rispettivi statuti, inserendola per l'appunto come ipotetica materia di insegnamento complementare³¹. Dopodiché, una svolta significativa si è verificata – perlomeno sull'astratto piano normativo – negli anni '90 del Secolo scorso: allorquando la disciplina qui esaminata ha acquisito specifica rilevanza nell'ambito della definizione dei settori scientifico-disciplinari in cui sono ripartiti gli insegnamenti accademici; in particolare, in dottrina è stato evidenziato che «il d.P.R. 12 aprile 1994 ha dapprima inserito l'ordinamento giudiziario all'interno sia della procedura civile che della procedura penale, mentre successivamente, con d.m. del 4 ottobre 2000, la materia è stata inserita esclusivamente all'interno delle discipline pubblicistiche»³², e precisamente nell'ambito del settore IUS/09 'Istituzioni di diritto pubblico': inoltre, di lì a pochi anni il provvedimento governativo da ultimo citato è stato poi modificato con il d.m.

25 Rubricato «Norme relative agli insegnamenti che debbono essere impartiti nelle Università e negli Istituti superiori».

26 Nel senso suddetto F. CIPRIANI, *Materiali*, cit., 7.

27 In termini F. CIPRIANI, *Materiali*, cit., 7.

28 Così, ancora, F. CIPRIANI, *Materiali*, cit., 7 s.

29 Rubricata «Libera inclusione di nuovi insegnamenti complementari negli statuti delle Università e degli Istituti d'istruzione superiore».

30 Cfr. F.A. GENOVESE, *Introduzione*, cit., 52.

31 Come riferisce F.A. GENOVESE, *L'insegnamento*, cit., 806.

32 Così F. DAL CANTO, *Lezioni*, cit., 8.

18 marzo 2005³³, tramite il quale l'ordinamento giudiziario è stato ricompreso anche nell'ambito del settore IUS/15 'Diritto processuale civile'. Da ultimo, è d'obbligo rilevare che il d.m. 30 ottobre 2015, n. 855, recante la «Rideterminazione dei macrosettori e dei settori concorsuali», ha compiuto la singolare scelta di ricomprendere nel settore concorsuale del 'Diritto costituzionale' (12/C1)³⁴ solamente la «organizzazione di governo delle magistrature ordinaria e speciali», mentre ha inspiegabilmente ricondotto ancora una volta l'«ordinamento giudiziario» nel settore concorsuale del 'Diritto processuale civile' (12/F1).

Ciò che più conta rilevare è che, (verosimilmente) sulla scorta delle innovazioni ministeriali appena ricordate, un discreto numero di scuole/facoltà giuridiche ha via via provveduto ad inserire l'«ordinamento giudiziario» nell'ambito della propria offerta didattica: tant'è che, nell'anno 2020, erano ben diciassette le sedi universitarie ad aver effettivamente attivato l'insegnamento in questione³⁵, mediante affidamento della relativa docenza – a seconda dei casi – vuoi a costituzionalisti, vuoi a processualisti. Dunque, il dato di fatto indubbiamente positivo è che, a livello accademico, sta (lentamente) maturando la consapevolezza della cruciale importanza che riveste la materia 'de qua' nella formazione del giurista.

4. L'«ordinamento giudiziario» quale materia di prova orale nel concorso per l'ammissione alla magistratura ordinaria professionale e nell'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione forense.

Per quanto concerne l'accesso alla professione di magistrato ordinario professionale si deve constatare che, in epoca repubblicana, per circa sessant'anni l'«ordinamento giudiziario» non è stato ricompreso tra le materie oggetto di prova d'esame orale che gli aspiranti hanno dovuto superare per poter essere nominati (all'epoca) 'uditori giudiziari'³⁶: ed in argomento, pare doveroso sottolineare che siffatta omissione le-

33 Nel dettaglio, il suddetto d.m. ha parzialmente modificato l'allegato B del citato d.m. 4 ottobre 2000.

34 Precisamente, si veda l'allegato B del summenzionato decreto ministeriale.

35 Il dato è fornito da F. DAL CANTO, *Lezioni*, cit., 9, il quale – ivi, alla nt. 31 – le ha individuate nelle seguenti: Università di Bari, Benevento, Bergamo, Bologna, Brescia, Campobasso, Firenze, Foggia, Milano Bicocca, Milano Cattolica, Milano Statale, Padova, Palermo, Piacenza, Pisa, Torino e Urbino.

36 In particolare, sino al 13 maggio 2006 il surrichiamato concorso è stato regolato dagli artt. 123 ss. del r.d. n. 12 del 1941: tali precetti – nonostante siano stati modificati in molteplici occasioni ad opera del legislatore repubblicano – non hanno giammai contemplato la materia «ordinamento giudiziario» tra quelle oggetto di prova orale. Dopodiché, il 14 maggio 2006 è entrato in vigore il d.lgs. n. 160 del 2006 recante la «Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150», tramite il quale, per un verso, con l'art. 1 è stato disciplinato *ex novo* il concorso da magistrato ordinario professionale (ancora una volta senza contemplare la materia «ordinamento giudiziario» tra quelle oggetto di prova orale): e, per altro verso, con l'art. 54 sono stati abrogati gli artt. 123 e 123 *ter* del Decreto Grandi che all'epoca individuavano – in combinato disposto – le materie oggetto di prova concorsuale.

gislativa, invero sorprendente, si è protratta a lungo nonostante autorevole dottrina l'avesse segnalata³⁷. L'anomalia appena ricordata è venuta meno solamente mercé la l. 30 luglio 2007, n. 111³⁸, recante «Modifiche alle norme sull'ordinamento giudiziario»: con la quale si è, tra le altre cose, previsto che la prova orale debba vertere altresì su «(l) elementi di informatica giuridica e di ordinamento giudiziario»³⁹. Come si può notare, la significativa innovazione parlamentare appena illustrata è stata temperata nella sua portata da un duplice ordine di fattori che, ad avviso di chi scrive, sono alquanto problematici, e cioè:

- dalla circostanza che al candidato è richiesta la conoscenza di meri 'elementi' di «ordinamento giudiziario»;
- dall'avvenuto abbinamento della materia qui considerata a quella di 'informatica giuridica'⁴⁰.

Ciò posto, si deve tuttavia rilevare che entrambi i fattori critici appena illustrati a breve potrebbero essere superati, dato che con la l. n. 71 del 2021 il Governo della Repubblica, è stato delegato⁴² a riformare la vigente disciplina normativa in un duplice senso: sia prevedendo che della materia «ordinamento giudiziario» non sia più richiesta la conoscenza di meri «elementi», sia prevedendo che la disciplina non sia più abbinata alla «informatica giuridica» (posto che quest'ultima potrebbe essere addirittura eliminata dal novero delle materie oggetto di prova orale).

Per quanto concerne l'accesso alla professione forense, si deve parimenti constatare che l'«ordinamento giudiziario» per tanti decenni non ha figurato tra le materie oggetto di prova orale che gli aspiranti avvocati hanno dovuto superare durante il prescritto esame di Stato: senonché anche siffatta anomalia è venuta parzialmente meno – se non altro in teoria, come subito si dirà – grazie alla legge 31 dicembre 2012, n. 247, recante la «Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense»; per la precisione, nell'apposita disposizione volta a disciplinare 'ex novo' l'«Esame di Stato», si prevede che il candidato, nella relativa prova orale, dopo aver illustrato la prova scritta e dimostrato l'obbligatoria conoscenza di certe materie (*i.e.* ordinamento e deontologia forensi, diritto civile, diritto penale, diritto processuale civile, diritto processuale penale), debba altresì dimostrare di conoscere altre due materie – scelte preventivamente – tra le seguenti: «diritto costituzionale, diritto amministrativo, diritto del lavoro, diritto commerciale, diritto dell'Unione europea, diritto internazionale privato, diritto

37 Si veda, infatti, A. PIZZORUSSO, *Una disciplina*, cit., 811.

38 Spesso citata come 'Legge Mastella' dal cognome del Ministro della giustizia proponente, Clemente Mastella.

39 Cfr. il vigente art. 1, comma 4, del d. lgs. n. 160 del 2006, il cui testo è stato riformulato dall'art. 1 della succitata l. n. 111 del 2007.

40 Omettendo così di riconoscere alla materia «ordinamento giudiziario» quella autonomia che invece le dovrebbe spettare.

41 Precisamente, trattasi della già citata l. n. 71 del 2022.

42 Ex art. 4, lett. e), della l. n. 71 del 2022.

tributario, diritto ecclesiastico, *ordinamento giudiziario e penitenziario*⁴³. Tale previsione normativa, pur facendo curiosamente – anzi: inspiegabilmente – confluire in un'unica materia l'«ordinamento giudiziario» e l'«ordinamento penitenziario», è invero assai significativa ai nostri fini: posto che suo tramite il legislatore ha, per la prima volta, espressamente riconosciuto che la preparazione sulle regole dell'«ordinamento giudiziario» può assumere rilevanza anche per coloro che aspirano a diventare membri dell'Ordine forense. Ciò detto, si deve tuttavia avvertire che la precitata disposizione ad oggi non è ancora efficace: perché se è vero che, in base alla versione originaria dell'art. 49 della medesima legge, l'innovazione in commento doveva applicarsi a partire dalla sessione d'esami prevista per l'anno 2015, è altrettanto vero che – grazie ad una serie di previsioni contenute in una pluralità di decreti legge – tale termine è stato via via differito⁴⁴; tant'è che, nel momento in cui si scrive, è previsto che l'esame di Stato per conseguire l'abilitazione all'esercizio della professione forense seguirà le nuove regole solamente a partire dalla sessione che si svolgerà nell'anno 2024⁴⁵.

5. *Qualche (utopistico?) auspicio conclusivo.*

Alcuni decenni orsono Vittorio Denti aveva amaramente osservato che la scomparsa dell'«ordinamento giudiziario» dalla didattica universitaria costituiva il segno di una «tradizione culturale» che pesava «ancora negativamente sulla formazione degli studenti di giurisprudenza»⁴⁶; del pari, 'mutatis mutandis', può affermarsi che anche l'omesso accertamento della conoscenza della materia qui considerata da parte degli aspiranti magistrati ordinari professionali e da parte degli aspiranti avvocati, era il frutto di una «tradizione culturale» che per tanti bilistri ha pesato negativamente sulla loro preparazione⁴⁷ professionale. E molto probabilmente, anche siffatte tradizioni

43 Cfr. art. 46, comma 3, della l. n. 247 del 2012; il corsivo non è testuale.

44 Precisamente, il differimento dell'efficacia si è concretizzato in virtù delle seguenti previsioni normative: art. 2-ter, comma 1, del D.L. 31 dicembre 2014, n. 192, convertito, con modificazioni, dalla l. 27 febbraio 2015, n. 11; art. 10, comma 2-quater, del D.L. 30 dicembre 2016, n. 244, convertito, con modificazioni, dalla l. 27 febbraio 2017, n. 19, dall'art. 2, comma 3-quater, del D.L. 25 luglio 2018, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 settembre 2018, n. 108, dall'art. 8, comma 6-quinquies, del D.L. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 febbraio 2020, n. 8, dall'art. 8, comma 4-quater del D.L. 30 dicembre 2021, n. 228, convertito, con modificazioni, dalla l. 25 febbraio 2022, n. 15 e, da ultimo, dall'art. 8, comma 4-ter, lettera b) del D.L. 29 dicembre 2022, n.198, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 febbraio 2023, n.14.

45 Nel dettaglio, il surrichiamato art. 49 della l. n. 247 del 2012, nella versione attualmente vigente, prescrive che per i primi undici anni dalla data di entrata in vigore della medesima legge (avvenuta il 2 febbraio 2013) le modalità d'esame si svolgono secondo le norme previgenti.

46 Cfr. V. DENTI, *La dottrina italiana del processo civile tra Costituzione e riforme*, in *Foro it.*, 1998, V, 171.

47 A causa delle suddette negative tradizioni culturali, si deve pertanto constatare che una larga parte dei magistrati ordinari professionali attualmente in servizio si è laureata ed è entrata a far parte dell'Ordine giudiziario senza essere stata obbligata a dimostrare, né in ambito universitario né in sede concorsuale, una adeguata conoscenza delle regole dell'Ordine cui appartengono; per ciò che concerne gli avvocati, ad oggi

hanno contribuito a pregiudicare l'inveramento di una comune 'cultura della giurisdizione' tra magistrati e avvocati.

Ora, se è vero che – come si detto 'supra' – nei tempi più recenti si è assistito ad una timida inversione di tendenza su entrambi i fronti, cionondimeno chi scrive ritiene che in una prospettiva 'de lege ferenda' sarebbe opportuno un ulteriore, sensibile, rafforzamento della conoscenza della materia qui considerata: attraverso una pluralità di innovazioni; vediamone alcune.

In primo luogo, sarebbe auspicabile che l'istruzione universitaria dei giuristi annoverasse lo studio dell'«ordinamento giudiziario»⁴⁸ tra le materie 'caratterizzanti' (non già, com'è attualmente in quegli Atenei laddove l'insegnamento è attivato, tra quelle 'complementari')⁴⁹: magari privilegiando un approccio costituzionalistico alla materia, che consenta cioè ai discenti di analizzare quelli che sono «i grandi problemi di diritto pubblico riguardanti la costituzione del potere giudiziario»⁵⁰; sul punto preme evidenziare che quella appena ipotizzata non si tradurrebbe in una innovazione volta a realizzare una maggiore professionalizzazione dell'insegnamento universitario⁵¹, ma semmai colmerebbe una obiettiva lacuna formativa – che, nel contempo, è culturale e pratica – in considerazione del fatto che l'«ordinamento giudiziario» rappresenta, a ben vedere, un necessario «completamento» del diritto processuale (civile e penale), dato che le sue regole fissano «quelle cose e quei principi che poi servono per fare i processi»⁵².

In secondo luogo, sarebbe parimenti auspicabile che il Governo esercitasse la delega di cui si è dato conto supra (i.e. quella di cui alla l.n. 71 del 2022): onde far sì, in sede concorsuale, all'aspirante magistrato ordinario venga richiesta – in occasione della prova orale – non già la mera conoscenza di «elementi di informatica giuridica e di

nessuno degli iscritti all'albo ha dovuto dimostrare, in sede di esame di Stato, di conoscere l'«ordinamento giudiziario».

48 O magari della più ampia materia denominabile come «diritto giudiziario»: nella quale può essere ricompreso lo studio degli ordinamenti di tutte le molteplici magistrature esercitanti funzioni giurisdizionali nel nostro Paese.

49 Al suddetto proposito pare opportuno segnalare che un recente decreto del Ministro dell'Università e della Ricerca – il n. 1649 del 19 dicembre 2023 – relativo alle classi di laurea magistrale e magistrale a ciclo unico, reca un allegato, che costituisce parte integrante del provvedimento ministeriale, il quale nell'individuare i «contenuti disciplinari indispensabili per tutti i corsi della classe» delle lauree magistrali in Giurisprudenza, precisa che le «discipline afferenti agli ambiti di base devono garantire la piena acquisizione» anche di «conoscenze e competenze sugli aspetti istituzionali e organizzativi degli ordinamenti giudiziari».

50 La suddetta espressione – risalente nel tempo, ma ancor oggi indubbiamente attuale – è stata autorevolmente impiegata da L. MORTARA, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, Firenze, 1919, 10.

51 Sulle spinte, sui benefici ma anche sui limiti di una maggiore professionalizzazione degli studi universitari in ambito giuridico, sia consentito rinviare alle convincenti osservazioni autorevolmente espresse da F. VOLPE, *Istruzione universitaria e accesso alla professione forense*, in *Etica, deontologia e tecnica dell'avvocato*, Milano, 2023, 5 ss.

52 Come ben evidenziato da G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano, 2013, 2.

ordinamento giudiziario» (che, giocoforza, riduce la materia 'de qua' ad un ruolo meramente ancillare e, di fatto, invero poco significativo in sede di complessiva valutazione dei candidati): bensì, andrebbe semmai accertata una approfondita preparazione sui principi⁵³ e sulle regole che caratterizzano l'«ordinamento giudiziario»). In tal modo, si consentirebbe l'ingresso nelle file della magistratura ordinaria professionale a coloro che hanno adeguata cognizione di causa delle guarentigie istituzionali che competono agli esponenti dell'Ordine giudiziario, nonché delle norme – si badi: anche non scritte, ed eventualmente anche non giuridiche⁵⁴ – da osservare tanto nell'esercizio delle funzioni quanto al di fuori di esse⁵⁵ per garantire il buon andamento dell'amministrazione della giustizia.

In terzo luogo, poiché la celebrazione di giusti processi presuppone la conoscenza e la vigilanza sulla osservanza delle norme dell'«ordinamento giudiziario» anche da parte di ciascun esponente dell'Ordine forense⁵⁶, sarebbe nel contempo auspicabile una novellazione delle regole che disciplinano l'esame di Stato che abilita all'esercizio della professione di avvocato: facendo sì che la materia dell'«ordinamento giudiziario» – una volta disgiunta dall'ordinamento penitenziario – non figuri più tra quelle a libera scelta del candidato, ma rientri invece tra quelle materie che costituiscono oggetto di prova orale obbligatoria, così come – se si è ben compreso – a suo tempo aveva auspicato Alessandro Pizzorusso⁵⁷.

Va da sé che le innovazioni normative appena illustrate presuppongono, tra l'altro, che il competente decisore politico abbia piena consapevolezza del cruciale e logicamente prioritario rilievo che rivestono le norme dell'«ordinamento giudiziario» rispetto alle regole processuali; d'altra parte, come è stato evidenziato nel secolo scorso da autorevole dottrina (con affermazioni che sono di sorprendente attualità), molti dei problemi che tuttora concernono l'amministrazione della giustizia ordinaria discendono, a ben vedere, da criticità che sono in realtà proprie dell'«ordinamento giudiziario»:

53 Sia costituzionali, sia eurounitari, sia convenzionali

54 Come le c.d. regole di correttezza costituzionale.

55 Si pensi, ad esempio, ai limiti che gravano sugli appartenenti al predetto Ordine giudiziario pure allorché esercitano, come cittadini, determinati diritti civili e politici.

56 Va peraltro ricordato che, ex art. 29, comma 1, lettera t), della l. n. 247 del 2012, tra i compiti che già oggi spettano ai Consigli dell'ordine degli avvocati figura anche quello di vigilare «sulla corretta applicazione, nel circondario, delle norme dell'ordinamento giudiziario segnalando violazioni ed incompatibilità agli organi competenti».

57 Cfr. A. PIZZORUSSO, *Una disciplina*, cit., 811; è forse superfluo evidenziare che in tal modo, tra l'altro, si contribuirebbe a rafforzare altresì quanto a suo tempo aveva auspicato il celebre giurista fiorentino, Piero Calamandrei: ad avviso del quale tra i magistrati e gli avvocati dovrebbe essere sentita, «come legge fondamentale della fisiologia giudiziaria, la inesorabile complementarietà, ritmica come il doppio battito del cuore, delle loro funzioni: solo se i giudici e gli avvocati saranno disposti ad accorgersi della stretta comunanza delle loro sorti, che li costringe, uniti ad uno stesso dovere, ad innalzarsi o ad avviliti insieme, potranno collaborare tra loro con quello spirito di comprensione e di estimazione che attutisce gli urti del dibattito, e snoda, sotto il calore della indulgenza umana, gli incagli dei peggiori formalismi» (così P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1995, XXIV)

essendo pertanto «inutile pensare alla riforma del processo civile o penale, e sia pure, come oggi si fa, alla riforma della riforma, senza averlo risolto. Non dimentichiamo che l'insuccesso del codice di procedura vigente assai più che ai difetti suoi è dovuto a quelli dei mezzi personali e reali per farlo marciare. Senza il carburante e il lubrificante, che gli occorrono, il miglior motore di questo mondo rimane in panne. (...) vana è la speranza d'un processo meno imperfetto fino a che non siano disponibili, in quantità e qualità, gli uomini e le cose, senza i quali un processo non si può fare»⁵⁸.

In definitiva, il decisore politico dovrebbe – finalmente – acquisire contezza del fatto che nell'ambito «delle regole specificamente disciplinanti i processi, abbiamo, forse, bisogno di *meno* riforme di quel che sembra o, comunque, si predica, e *più* di persone (non vorrei dire veramente competenti, ma certo) con una visione nuova, portatrici e propulsori di una *cultura* [della giurisdizione, n.d.a] *nuova*»⁵⁹: per concretizzare la quale, ad avviso dello scrivente, anche una generalizzata conoscenza dell'«ordinamento giudiziario» – anzitutto da parte dei magistrati e degli avvocati – potrebbe offrire un utile contributo.

ABSTRACT: Muovendo dalla premessa che le norme dell'«ordinamento giudiziario» rivestono un ruolo cruciale per garantire il buon andamento dell'amministrazione della giustizia e la celebrazione di giusti processi, lo scritto si sofferma sulle singolari vicende che hanno riguardato tale materia: sia nell'ambito della formazione universitaria, sia in sede di accesso a talune professioni legali (di magistrato ordinario e di avvocato). In prospettiva, l'Autore auspica che possa essere rafforzata la conoscenza delle predette norme: anche perché ciò potrebbe contribuire a realizzare una comune 'cultura della giurisdizione' tra magistrati ed avvocati.

PAROLE CHIAVE: 'Cultura della giurisdizione' – Ordinamento giudiziario – Formazione universitaria – Prove d'esame – Magistratura ordinaria – Avvocatura.

58 In tal senso F. CARNELUTTI, *Riforma dell'Ordinamento giudiziario*, in *Per l'Ordine giudiziario*, Quaderni di *Temi*, II, Milano, 1946, 26.

59 Così si è autorevolmente espresso U. VINCENTI, *Ritorno al passato (Discorso inaugurale della scuola forense di Padova e Rovigo di qualche anno fa)*, in *Etica, deontologia e tecnica dell'avvocato*, cit., 39 (il corsivo è testuale).

LA CULTURA GIURIDICA

Paolo Sommaggio*

LA CULTURA GIURIDICA (SOCRATICA)
NELL'EPOCA DELLA MERCIFICAZIONE DEI DIRITTI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La cultura giuridica negli approcci *rule-based* e *right-based*. – 3. Dal caso agli standard di decisione. Come cambia la cultura giuridica. – 4. Dall'uso alternativo del diritto positivo alla produzione di diritto non positivo. – 5. La cultura della produttività non positiva. – 6. Una cultura giuridica critica. Una proposta socratica (e democratica). – 7. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione.*

Negli ultimi anni in Italia, così come in Europa, molti giuristi si misurano con importanti temi di teoria del diritto e, in senso lato, di filosofia del diritto discutendo il problema dell'ampliamento dei diritti (*rights*) in un periodo storico come l'attuale, caratterizzato da una incessante creazione processuale in paesi a tradizione di diritto scritto¹.

Se guardiamo il dibattito attuale, infatti, ci accorgiamo come esso sia legato alla identificazione di sempre nuove situazioni di protezione e garanzia per gli individui (in particolare diritti civili) secondo uno schema che consiste nel riconoscimento, da parte di corti nazionali, di nuove posizioni giuridiche basate (e argomentate) anche sui diritti umani².

In altre parole, la discussione si concentra sul tema di quali e quanti diritti (*rights*) riconoscere più che non su quali regole promulgare per riconoscere situazioni meritevoli di tutela a seguito di dibattito parlamentare.

Gli stati europei, ancora sulla carta a base di diritto scritto, sembrano avere perso interesse verso le istanze regolative positive e, giorno dopo giorno, il tradizionale modello giuridico dell'Europa continentale sembra sgretolarsi³.

* Professore associato di Filosofia del diritto nelle Università di Trento e di Padova.

1 Tra i molti si vedano almeno F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.

2 Si veda per tutti N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990. Sul tema dei diritti umani non posso far altro che rimandare alla copiosa letteratura sul tema dei diritti umani. Tuttavia, per una breve introduzione alle questioni e alle tematiche sollevate nel campo dei diritti umani, si consiglia la lettura di: R. L. CALLAWAY - J. HARRELSON-STEPHENS, *Exploring international human rights: essential readings*, Boulder, 2007.

3 Bulygin ed Alchourrón hanno riconosciuto l'esistenza di altre forme di giustificazione giuridica diverse dal modello deduttivo, pur non approfondendole; si veda a riguardo *Entrevista a Eugenio Bulygin*, (per Ricardo Caracciolo), in *Doxa*, XIV, 1993, 499 ss.

Ed ecco il punto: la cultura giuridica europea sembra essere passata da una cultura di tipo tendenzialmente positivista, basata su regole generali ed astratte di origine parlamentare, ad una cultura giuridica basata sul riconoscimento giurisprudenziale di sempre nuove tutele giuridiche.

In questo breve intervento cercherò di tracciare il percorso che ha imboccato la cultura giuridica europea, in modo particolare in Italia, nel passaggio da una cultura giuridica basata sulle regole positive ad una cultura giuridica basata prevalentemente sul riconoscimento di nuovi diritti.

Chiamerò queste due impostazioni *rule-based* e *right-based*⁴. La distinzione non riguarda solamente la differente provenienza della tutela giuridica (parlamento o giudice), ma altresì il diverso tipo di cultura giuridica che è sottesa a queste due impostazioni. Mentre la prima si basa sull'assunto che ogni prerogativa personale o sociale discende da un sistema di previsioni generali poste da una fonte univoca (o tendenzialmente tale) a fronte di un dibattito di tipo parlamentare caratterizzato dal controllo democratico; la seconda ritiene invece che le prerogative personali e sociali si trovino comunque in una posizione di preminenza rispetto allo strumento che di volta in volta si rivela più adatto per realizzarle. In questo senso, oggi, molti *rights* vengono considerati esistenti prima e a prescindere dal loro riconoscimento all'interno di provvedimenti normativi aventi carattere generale ed astratto.

La nuova società dei diritti, dunque, si caratterizza per una intensa attività di produzione di nuove prerogative che bypassano il legislatore (accusato di ritardi e di disimpegno su diversi temi) e si impongono attraverso il ricorso diretto alla giurisdizione (nazionale o comunitaria) che si è oramai arrogata il potere di creare nuove forme di tutela giuridica.

Apparentemente si tratta di una situazione win-win, in cui chi gode effetti positivi è il cittadino che si vede tutelato sia dalla legge posta dal legislatore sia dal giudice che crea nuove situazioni di tutela *ad hoc*⁵.

Ma questo, come cercherò di mostrare, non è ciò che accade. L'approccio *rights based*, infatti, si è rivelato *disruptive*: da eccezione è diventato modello consueto di creazione di nuovo diritto, tanto che sembra il modo più efficace per modificare l'intero ordinamento giuridico in un senso che potremmo definire post-democratico, perché aggira il controllo di democraticità delle regole generali previsto nei paesi di *civil law*.

4 La proposta che qui discuto rappresenta una rielaborazione di alcuni elementi del pensiero di Ronald Dworkin. L'autore riteneva infatti che il diritto fosse formato da principi (*principles*) e regole (*rules*). I primi, in particolare, avrebbero avuto un peso differente rispetto alle regole che, invece, dovevano applicarsi in un modo che lo stesso Dworkin definiva *all-or-nothing*. In questo testo, ho ritenuto tuttavia più appropriato focalizzarmi sulla coppia regole (*rules*) e diritti (*rights*). Sul punto cfr., ad esempio, R. M. Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge, 1977.

5 Lascio da parte in questa sede il tema del rapporto tra Corti europee e Corti nazionali dove la strategia del riconoscimento diretto di prerogative (*rights*) a singoli si pone, a volte, in aperto contrasto con la legislazione nazionale di un paese comunitario generando seri problemi di nomofilachia ove non di vera e propria sovranità ordinamentale.

Nel contesto europeo queste due diverse culture giuridiche (delle *rules* e dei *rights*) si sono date idealmente il cambio costituendo, tuttavia, un problema per i regimi di *Civil law*, poiché l'impianto costituzionale di questi sistemi giuridici è ancora legato a formule scritte, ovvero alle disposizioni generali ed astratte emanate dagli organi parlamentari. Mentre, di fatto, sono le decisioni dei singoli tribunali che contribuiscono con maggiore diffusione a fornire ai cittadini strumenti di difesa o di riconoscimento di nuove prerogative, concorrenti con quelle del legislatore ove non in aperto contrasto con esse.

Come è noto, la cultura giuridica basata sulle *rules* è tradizionalmente legata alla creazione di tipo parlamentare, alla generalità dei casi, alla tendenziale deduttività e applicazione della regola generale al caso particolare secondo un movimento logico di tipo top-down (dalla *rule* al caso).

Essa progressivamente è stata erosa al proprio interno dalla opportunità di operare in termini di giudizio con riferimenti sempre più extranormativi e legati alle nuove richieste della società. Questo modello non sembra costruito su di una logica top-down, ma su di una struttura di ragionamento di tipo bottom-up: il ragionamento parte dal caso, dal problema concreto, per giungere ad una generalità, ovvero alla istanza sociale più accreditata in quel particolare contesto spaziale e temporale.

Siamo dunque passati, a parere di chi scrive, dalla astrattezza della disposizione che nasce da una discussione parlamentare, oggi percepita come oscura e frutto di troppi compromessi, alla maggiore concretezza di provvedimenti che tentano di risolvere questioni pratiche, riconoscendo nuovi diritti. Ma con un limitato, per non dire nullo, controllo di democraticità, che cede in ossequio all'indipendenza dell'organo giudicante.

Queste decisioni, tanto quella del legislatore quanto quella del giudice, sono prese in nome del popolo, ma differiscono per il tipo di approccio che sottintendono.

Ecco che appare doveroso interrogarsi sul tipo di cultura giuridica che caratterizza questi due diversi approcci.

In Europa, come noto, la cultura del positivismo (che per comodità qui assumeremo come fenomeno unitario) avrebbe ceduto alla ragione pratica della cd. *giurisprudenza supplente*, in particolare nel momento della giustificazione delle premesse sulla base delle quali i giudici arrivano, di volta in volta, ad una decisione⁶.

Questo breve intervento cercherà di far emergere come le due forme di cultura giuridica possano essere armonizzate in quella cultura giuridica che possiamo definire *critica* o socratica.

6 Tralasciando di approfondire per evidenti esigenze di opportunità la distinzione tra ragionamento decisorio (il cd. 'contesto di scoperta') e giustificativo (reperibile nella motivazione), possiamo invece inquadrare brevemente la questione della giustificazione delle decisioni.

2. La cultura giuridica negli approcci 'rule-based' e 'right-based'.

Abbiamo accennato nel paragrafo precedente che, come due sono i modelli di cultura giuridica (rispettivamente incentrati sulle *rules* e sui *rights*), così due sono gli atteggiamenti razionali verso questo fenomeno: il ricorso da un lato ad una 'ragione formale' (maggiormente astratta), dall'altro lato ad una 'ragione pratica' (maggiormente concreta)⁷.

Durante la preminenza del primo modello, il potere giurisdizionale veniva esercitato per delega attraverso il *medium* della regola giuridica generale. Abbandonata l'illusione di poter risolvere il giuridico nella forma astratta della legge, sembra che il mondo di *Civil Law* stia procedendo verso una cultura giuridica eminentemente pratica⁸. E soprattutto che non consideri più come punto di partenza del proprio procedere razionale *la legge*, ma *il caso* ovvero il problema giuridico.

Questo fenomeno, secondo alcuni autori, potrebbe apparire come un processo di progressiva *americanizzazione* degli ordinamenti di *Civil law*⁹.

Nell'ideale illuminista, il modello si sviluppava con un obbligo, per il giudice, di attenersi ad un rigido schema secondo cui la prescrizione normativa avrebbe dovuto costituire la *premissa*, il punto di partenza, del suo ragionamento. Un ragionamento che, secondo Cesare Beccaria, si sarebbe dovuto limitare ad una deduzione sillogistica¹⁰.

7 Chi scrive ritiene che la impostazione culturale basata sulle *rules* (che deriva dall'illuminismo giuridico) fosse uno strumento di gestione del potere che imponeva alle corti di fondare la propria decisione su generalità prestabilite dal sovrano, le leggi appunto. Occorrerebbe interrogarsi, ma non è il tema di questo saggio, su chi sia il 'sovrano' che si cela dietro alle decisioni *right-based*.

8 Dobbiamo questa osservazione a Norberto Bobbio nel saggio pubblicato nel 1968 intitolato 'Scienza Giuridica tra essere e dover essere'. In tale opera l'autore lusinga la possibilità che la giurisprudenza sia prescrittiva, ovvero produttrice di norme, mutando in tal modo l'assetto delle fonti del diritto e uscendo da una prospettiva giuspositivista basata sulle *rules* per avvicinarsi ad una prospettiva basata su *rights* a formazione giurisprudenziale. Tale mutamento di prospettiva sarà successivamente ripreso ed esplicitato più chiaramente nel 1990. Cfr. N. BOBBIO, *Scienza giuridica tra essere e dover essere*, in *Riv. int. fil. dir.*, XLV, 1968, 481; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

9 Cfr. U. MATTEI, *Miraggi transatlantici. Fonti e modelli nel diritto privato dell'Europa Colonizzata*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, 401 ss. Si veda, su questo tema, A. SOMMA, *A proposito di processo, democrazia partecipativa e ruolo dei media*, in *Politica del diritto*, I, 2011, 123 ss., in part. 124. L'autore aveva già trattato questi temi in *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, a cura di A. Somma, Torino, 2007. Sul tema della influenza del *Common Law* sulle diverse esperienze di *Civil Law* e sul fenomeno della 'americanizzazione del diritto' si veda anche il lavoro antologico: A. CARTY, *Law and Development*, New York, 1992.

10 Sostiene Beccaria che «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto o voglia fare anche due soli sillogismi, si apre la porta alla incertezza», in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in *Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria*, I, Milano 1984, 36. Per un interessante approfondimento, rimandiamo a F. ZANUSO, *Utilitarismo ed umanesimo nella concezione penale di Cesare Beccaria*, in *Temi e problemi di filosofia del diritto*, a cura di F. Cavalla, Padova, 1996, 175 ss. Sulla figura del sillogismo, come forma del ragionamento giuridico si veda: J. WRÓBLEWSKI, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, in *Rechtstheorie*, V, 1974, 33 ss.; la traduzione di questo saggio, corredata di osservazioni a margine è di Paolo Comanducci e si trova in P. COMANDUCCI - R. GUASTINI, *L'analisi del*

Alla prescrizione del sovrano (in seguito sostituito con la sovranità popolare-parlamentare), doveva fare seguito il fatto, di modo che la conclusione del ragionamento potesse emergere ed apparire come quella conseguenza necessaria già prevista dall'ordinamento giuridico.

Si trattava, in altri termini, di costruire catene deduttive all'interno di una griglia di concetti (o *topoi*) resi assiomi fissi dal volere del sovrano. Il passaggio deduttivo dall'astratto della regola al concreto del caso (attraverso la sentenza) costituiva una forma di controllo politico molto forte, poiché il punto di partenza del ragionamento doveva sempre essere il punto di vista del legislatore (ovvero del sovrano).

Le generalità (o premesse), in tale modello, erano già predeterminate dal sovrano che ne pretendeva il monopolio attraverso la riduzione di ogni fenomeno dell'esperienza ad una fattispecie normativa generale ed astratta.

Capiamo, così, che la giustificazione esterna delle premesse del ragionamento giudiziale nella singola sentenza (cioè la risposta alla domanda perché incominciare a ragionare a partire da quella legge e non da quell'altra) poteva benissimo essere puramente indicativa: non vi è bisogno di alcuna giustificazione specifica se la legge è sempre l'unica e la sola premessa utilizzabile, risultando così auto-evidente. Ecco che la motivazione giudiziale veniva a ridursi essenzialmente in una giustificazione interna. Giustificazione interna che, in questo modello, aveva le caratteristiche di un percorso obbligato di restringimento progressivo dall'astratto significato della legge al concreto del caso (o meglio delle sue caratteristiche).

Il movimento deduttivo del ragionamento aveva, in altre parole, uno scopo preciso: essere usato come strumento atto ad impedire ogni ingresso di altre premesse rispetto a quelle fissate dal sovrano e ad impedire l'ingresso delle 'passioni' dei giudici nel processo. È evidente che questo ideale regolativo fu perseguito soprattutto con lo scopo di garantire il pieno controllo del fenomeno giuridico¹¹.

ragionamento giuridico, Torino, 1987, 277 ss. Jerzy Wróblewski propone, come noto, questa definizione di sillogismo giuridico: «questa locuzione designa un tipo di ragionamento giuridico in cui, da due premesse (la norma giuridica applicata e un asserto relativo all'essersi la fattispecie verificata), si inferisce la conclusione applicativa del diritto, si inferisce cioè che la fattispecie ha conseguenze giuridiche, determinate sulla base della norma giuridica applicata», *ivi*, 277.

11 Una considerazione da fare circa il 'sillogismo pratico' è che esso implica una concezione del sapere secondo cui la ragione umana può rappresentare la realtà grazie alla adozione di un metodo che garantisce la certezza del sapere: «Ovvio presupposto è che esistano, e il giudice li conosca, un 'vero' – cioè un unico – significato normativo della legge e un 'vero' svolgimento – cioè un'unica ricostruzione obiettiva – dei fatti», cfr. S. FUSELLI, *Ragionamento giudiziale e sillogismo. Appunti in margine ad Aristotele*, in *Retorica, processo, verità*, a cura di F. Cavalla, Padova, 2005, 151 ss. In quest'opera l'autore sostiene che ancora in epoca contemporanea il sillogismo perfetto di Beccaria costituisce il modello ideale di riferimento, temperato tuttavia dal potere del giudice di 'disposizione' sulla base di valutazioni personali di natura etico-politica: un margine di discrezionalità (arbitraria) ineliminabile (*Ivi*, 157). La posizione discussa da Fuselli è quella di Luigi Ferrajoli in L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1996, in particolare 147 ss.

Tale modello dal periodo illuministico transita sino al Novecento, seppure in una versione molto raffinata, e costituirà un riferimento quando si apriranno nuove possibilità di estensione dei significati degli enunciati normativi. In tal caso, l'espansione del significato linguistico delle espressioni del legislatore, pur costituendo un elemento di sicura novità e relativa libertà, non muterà significativamente la struttura sillogistica del ragionamento. I criteri ermeneutici di estensione, infatti, rientreranno in quella che molti hanno salutato come una evoluzione del giurista-esecutore: la figura del giurista-interprete¹².

Tale unica differenza, rispetto al modello precedente, risiede nel fatto che, a cagione dell'interpretazione, il ragionamento si 'arricchirebbe' anche di materiale extralegale, in un sistema che continua però a riconoscere un ruolo predominante (e di protasi del ragionamento) alla disposizione normativa e, di conseguenza, al rapporto intimo che con la stessa intrattiene il giudice, vale a dire colui che effettua quel movimento razionale di progressiva individuazione del contenuto della norma 'dall'alto verso il basso'¹³.

3. Dalla legge agli 'standard'. Come cambia la cultura giuridica.

Un diverso modello di cultura giuridica si è comunque fatto strada senza troppo clamore nell'Europa del Novecento caratterizzando i sistemi di *Civil law*.

Parliamo di decisioni che vengono prese sulla base non della legge, ma sulla base di argomenti 'extralegali'. Il modello di cui intendiamo parlare incomincia a diffondersi dopo la Seconda guerra mondiale, pur nascendo nel secolo XIX.

Molti, infatti, sono gli autori che dal dopoguerra in avanti hanno puntato il dito contro una cultura giuridica di tipo deduttivo/dimostrativo.

12 Il fenomeno della interpretazione del testo normativo è parte integrante della cultura giuridica e non si pretende qui di fornire alcun riferimento in ordine a questa attività, della quale chiunque può attestare la diffusione e la necessità. Tuttavia, per alcuni utili riferimenti, rimando a F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma, 1999. In questa sede, ci sembra utile ricordare anche alcuni luoghi autorevoli sul tema della interpretazione: V. SCIALOJA, *Sulla teoria dell'interpretazione delle leggi*, in *Scritti giuridici vari*, III, Roma, 1932, 46 e ss. ed inoltre R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947; G. TARELLO, *Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1966, 349 e ss. ed inoltre ID., *L'interpretazione della legge*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1980. Sui limiti vedi, invece, D. CANALE, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Padova, 2003.

13 È noto come, nella cultura giuridica italiana, si incominci a parlare di ermeneutica e precomprensione a partire dall'opera di Joachim Hruschka e Josef Esser. Nei primi anni Settanta, infatti, entrambi lavorano al tema della individuazione del significato nella attività interpretativa. Si veda, dunque: J. HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten*, München, 1972, (trad. it. a cura di De Giorgi, *La comprensione dei testi giuridici*, Camerino, 1983); tuttavia, l'autore di riferimento, circa il tema della precomprensione, rimane J. ESSER, *Vorverständnis und Methodennabl im Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1972, (trad. it. a cura di S. Patti e G. Zaccaria, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Camerino, 1983). Per un approfondimento sulla questione si vedano anche G. ZACCARIA, *Ermeneutica e Giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984 e il più recente ID., *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in *Ragion pratica*, XI, 1998, 137 ss.

Tra essi possiamo ricordare certamente Viehweg, con i concetti di giurisprudenza dei valori, Müller con il concetto di topica ermeneutica, Villey con la dialettica aristotelica, Esser con l'ermeneutica giuridica e molti altri. Ciò che accomuna tutti questi autori è di avere testimoniato la profonda crisi della cultura giuridica del modello illuminista e la necessaria presenza, nella decisione del giudice, di una consistente parte di valutatività (non rigorosamente deduttiva), tanto nello scegliere le premesse normative (individuazione normativa), quanto nella scelta di una tra le differenti soluzioni possibili.

Il rapporto tra legge e caso, in questa situazione, si trasforma in un 'movimento' che non è più deduttivo dall'alto verso il basso, ma sembra una sorta di continuo 'andirivieni dello sguardo' (*Hin-und Herwandern des Blickes*) dal caso alla legge e dalla legge al caso come ben rappresentato da Engisch¹⁴.

Questo approccio è noto come decisione basata su *standard*¹⁵ e porterà ad una modificazione notevole nella cultura giuridica: da tendenzialmente deduttiva essa si trasformerà in tendenzialmente induttiva. E si 'muove' secondo questo schema: «il punto di partenza non è la norma, ma il fatto: è il fatto concreto che, una volta accertato, viene valutato secondo lo standard per poi essere qualificato secondo la norma...il fatto, e non la norma, è il punto di riferimento per l'impiego dello *standard*; la norma è integrata dallo *standard* perché il fatto cui essa viene applicata è valutato sulla base dello *standard*»¹⁶.

In questo modo, il giudice, partendo dal caso, giungerebbe a ritrovare (o formulare) degli *standard* extralegali. Le generalità (o premesse) del suo ragionamento non sarebbero più, pertanto, le disposizioni di legge, ma realtà di altro tipo: gli *standard*, appunto.

Dunque, il ragionamento si muoverebbe da un punto noto (il caso) verso un punto non noto, *extranormativo*, connesso con giustificazioni che guardano ai diritti costituzionalizzati o internazionalmente riconosciuti come afferenti alla sfera dell'umano.

La provenienza delle premesse, e soprattutto la loro giustificazione razionale (argomentativa), assumono quindi un valore molto più elevato¹⁷. Giustificazione razionale che, attingendo al serbatoio di 'precomprensione' soggettiva del terzo, necessiterà di

14 Vedi K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg 1960, 15.

15 Si veda M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su 'standard'*, in *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, a cura di M. Bessone, R. Guastini, Padova, 1995, 267 ss. Questa edizione riprende uno scritto del 1988: la versione italiana della relazione presentata al Premier Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique (Aix-en-Provence, 5-7- settembre 1988) pubblicata in traduzione in P. COMANDUCCI - R. GUASTINI, *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, 1989, 311 ss.

16 M. TARUFFO, *La giustificazione*, cit., 272.

17 «Si può dunque dire che la modalità di impiego dello standard non è in sé la giustificazione della decisione, che implica un discorso argomentativo formulato *a posteriori*, ma va considerato che essa ha un rilievo essenziale rispetto a ciò che si può definire una 'buona' giustificazione. Quantomeno si potrà dire che non vi è giustificazione accettabile se la motivazione snatura completamente il ragionamento decisorio, e se essa non fornisce una base razionale alle scelte che hanno condotto alla decisione», M. TARUFFO, *La giustificazione*, cit., 272 s.

una lunga serie di argomentazioni che avranno il compito di far accettare gli standard alla luce dei quali giustificare la decisione. Un onere argomentativo pesante che caratterizza la giustificazione esterna della decisione.

Molto meno complessa, in tale approccio, sembra essere la giustificazione interna, dato che è sufficiente connettere lo *standard* prescelto con il caso¹⁸. Anche se, a ben guardare, rimane non investigata la relazione di queste scelte con la discussione intercorsa tra le parti del giudizio, ovvero con il contraddittorio nel processo.

Il problema più evidente, in questa impostazione, è rappresentato dall'individuazione delle generalità (standard) che costituiscono il cuore della decisione. In sintesi esso riposa sulla domanda: quale è il criterio di scelta di questi standard?

Potrebbe infatti trattarsi di criteri non solo soggettivi, ma addirittura opposti alle statuizioni legislative e 'terzi' anche rispetto a quanto dibattuto dalle parti. Una giustificazione *a posteriori*, infatti, è sempre in grado di giustificare ogni scelta, anche la più inverosimile.

A questo punto, dunque, sorge il problema di come si possano giustificare razionalmente questi criteri *extranormativi*, in modo da limitare il pericolo di arbitrii¹⁹.

Secondo Michele Taruffo, autore molto noto in Europa, due sarebbero le modalità di giustificazione esterna cui è possibile ricorrere:

- il giudice sociologo, che interpreta non più la legge, ma direttamente la società, i cui valori vengono proposti come standard²⁰;
- il giudice che attua i propri valori individuali, e che adatta le proprie scelte a quelle che, soggettivamente, ritiene siano le esigenze delle parti.

18 «È chiaro che lo schema di impiego dello standard non è più il modello tradizionale della sussunzione sillogistica: non si ha una premessa maggiore, costituita dalla norma integrata dallo standard, e una premessa minore rappresentata dal fatto, da cui il giudice trae una conclusione deduttiva. Si ha invece uno schema completamente diverso, dove prima si pone il fatto, che viene valutato secondo lo standard, che viene poi qualificato in base alla norma, e che costituisce infine oggetto di decisione», M. TARUFFO, *La giustificazione*, cit., 272.

19 Sulla indagine circa la natura degli elementi extralegali, con particolare riguardo alla dottrina tedesca, si veda G. ORRÙ, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, in *Jus*, XXIV, 1977, 298 ss.

20 Si veda M. TARUFFO, *La giustificazione*, cit., 277 ss. Rimandiamo a quella sede per le interessanti questioni che una concezione del terzo come 'sociologo' potrebbe dischiudere. Da interprete del testo, infatti, egli diverrebbe interprete della società. Analogamente si comporta il terzo che attua valori individuali (delle parti, comunque prese singolarmente) e il terzo che crea criteri di valutazione: in quest'ultimo caso vi sarebbero alcuni limiti, tre condizioni che Taruffo definisce pre-giuridiche: una *condizione di legalità* (i criteri non devono essere in contrasto con il diritto positivo); una *condizione di congruenza assiologica* (coerenza con sistemi valoriali propri dell'ordinamento o ad esso estranei); ed una *condizione di universalizzabilità* (utilizzabilità potenziale in ogni caso simile). Questi criteri di sapore kantiano ricordano molto le caratteristiche della legge generale ed astratta, confermando l'impressione che venga richiesta al giudice una attività molto simile a quella del legislatore. Tuttavia, credo che l'intento di Taruffo sia di garantire una relativa esportabilità di questi standard in altre situazioni giuridiche, forse per evitare accuse di soggettivismo. Questo, però, non garantisce, comunque, la democraticità di questi standard.

4. *Dall'uso alternativo del diritto positivo alla produzione alternativa di diritto non positivo.*

In effetti, se si guarda alla storia recente della giurisprudenza italiana ed europea, è possibile individuare un periodo a partire dal quale le generalità del ragionamento giuridico, gli standard, non vengono più reperite per colmare una lacuna della legge o per integrarla, ma vengono *formulate*, o meglio *create*, sia per giustificare la decisione, sia per trasformare l'intero ordinamento, inaugurando così un periodo nel quale la cultura giuridica viene ridotta a strumento di lotta politica.

La stagione, come noto, è quella del cd. *uso alternativo del diritto*, secondo cui la decisione avrebbe dovuto fondarsi (giustificarsi) su *valori sociali diffusi*, poiché le leggi venivano avvertite come strumento di tutela di interessi borghesi in opposizione con i pretesi nuovi valori sociali²¹.

L'uso alternativo del diritto costituisce uno dei primi movimenti giurisprudenziali critici della impostazione tradizionale (basata solo sulle *rules*), e parte dalla constatazione della preminenza autoevidente (e quindi sfornita di alcuna reale giustificazione) di alcuni valori 'di lotta di classe' utilizzati come standard su cui fondare le nuove decisioni. Con l'effetto di ottenere la trasformazione dell'ordinamento senza passare dal vaglio parlamentare.

Luigi Ferrajoli ci fornisce lumi sulle caratteristiche della concezione in esame. L'uso alternativo del diritto, nella sua concezione, si specifica: a) nella critica alla impostazione formalista e b) nell'introduzione di generalità/valori ideologicamente orientate/i.

Si tratta di un vero e proprio rovesciamento di prospettiva della cultura giuridica: non più dalla regola al caso, ma dal caso alla regola espressa da standard valoriali e non dall'opera del legislatore.

Sostiene Ferrajoli:

«La giurisprudenza alternativa risulta da un capovolgimento del rapporto tra norma e fatto istituito per via di sussunzione. Non è più la norma che è assunta quale dato naturale di cui è scontata, secondo le soluzioni canonizzate dalla tradizione, la capacità rappresentativa del fatto, ma è il fatto ad essere assunto a oggetto primario e privilegiato di conoscenza, non più in segmenti frazionati e avulsi dal contesto come il formalismo postula e impone attraverso il filtro della rilevanza giuridica, bensì nella totalità dei suoi nessi e delle sue complesse e singolari determinazioni economico-materiali. In forza di questo capovolgimento il giudizio non consisterà più nell'estrarre dal fatto gli elementi 'giuridicamente rilevanti' rispetto alle norme da applicare dommaticamente assunte a schemi rigorosi e coerenti di interpretazione del mondo, bensì, al contrario, nell'estrarre dalle norme, con procedimento inteso a riconoscerne e a risolverne di volta in volta sulla

21 È noto, peraltro che in Italia il giurista-interprete (soprattutto il giudice) diventa protagonista, attorno agli anni Settanta, di una nuova funzione etico-politica di completamento ed adattamento della legge (riconoscendone implicitamente il limite) a volte di natura anche prettamente creativa. Si veda sul punto G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in *L'uso alternativo del diritto*, a cura di P. Barcellona, Roma-Bari, 1973.

base del caso concreto le innumerevoli ambiguità e contraddizioni, i criteri di valutazione e di giudizio ‘fattualmente rilevanti’ cioè volta a volta più adeguati al fatto considerato e appreso nella sua concreta interezza: sicché non sia il fatto a piegarsi alla norma ma la norma al fatto, non sia la realtà ad adattarsi al diritto ma sia il diritto ad adeguarsi alla realtà, e non sia il contenuto a essere modellato sulla forma ma sia la forma a modellarsi sul contenuto»²².

Le generalità su cui basare la decisione non provengono più dal legislatore ‘borghese’, ma da quei valori sociali (presentati come autoevidenti) verso cui la decisione avrebbe dovuto *tendere*. L’organo giudicante, che intende farsi portavoce del movimento di classe, avrebbe dovuto reperire nella società tali mete ideologiche²³.

Vediamo, di nuovo attraverso le parole di Ferrajoli, che l’impegno di proselitismo lega il terzo ad un supposto pre-ordinamentale *mondo dei valori*.

«[L]a giurisprudenza alternativa non può essere improvvisata sulla base di elaborazioni puramente intellettualistiche e dottrinarie, ma richiede una maturazione politica del giudice che può compiersi solo attraverso una radicale trasformazione dei suoi modelli di comportamento e dei suoi abiti mentali e culturali...in quanto cioè il giudice si apra all’esterno, e superando la chiusura corporativa e castale del proprio ruolo rompa l’isolamento fittizio in cui lo vuole la cultura dominante e si collochi all’interno delle dinamiche sociali, mediante un impegno politico vissuto non già, idealisticamente e moralisticamente, come impegno tutto individuale e soggettivo bensì come partecipazione diretta allo scontro politico in collegamento organico con il movimento di classe»²⁴.

Solo in questo modo il giudice ‘impegnato’ avrebbe potuto liberarsi dai condizionamenti del mondo borghese e sarebbe stato «capace di impostare le sue scelte tecniche come momenti specifici di un impegno politico generale, cioè come soluzioni non già semplicemente ‘nuove’ o ‘coraggiose’, ma autenticamente alternative e tuttavia suscettibili, al di là di ogni ingenuo velleitarismo, di avere presa e di affermarsi concretamente»²⁵.

22 Si veda L. FERRAJOLI, *Magistratura democratica e l’esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in *L’uso alternativo*, cit., 117 s. Si pretende, insomma, di non ‘partire’ più da una legge per individuarne il significato e qualificare il fatto; ma sono le ‘premesse’, i precetti etici soggettivi o sociali, che costituiscono il punto di partenza (ovvero la generalità che consente la sussunzione) del ragionamento. Detti elementi non sono di natura formale o positiva. Ma sociale. Ed infatti: «non basta un semplice atto volontaristico del giudice che pure abbia compiuto una scelta politica di classe, ma è necessario che le soluzioni giurisprudenziali prescelte traggano ispirazione e trovino rispondenza e sostegno in interessi e in forze sociali che si trovino in posizione antagonista rispetto agli equilibri del potere». Di esse andrà costruita una giustificazione accettabile socialmente.

23 Di fatto, però, auto-legittimando la sua attività di fonte produttiva di tali valori.

24 *Ivi*, 118 s.

25 *Ivi*, 119.

Un collegamento con la realtà esterna che, per così dire, avrebbe autogiustificato le scelte processuali promosse da un siffatto giudice, il quale avrebbe sostituito la propria opera a quella del legislatore in funzione di una volontà di trasformazione della società secondo ideali di stampo (post)marxista²⁶.

Il giudizio, in questa prospettiva, veniva dunque ad essere lo strumento per l'imposizione di ideali e di valori sociali fortemente orientati politicamente, aggirando così il vaglio democratico-parlamentare.

Appare evidente che, in questo contesto, la difficoltà primaria, per il giudice, risiederebbe tutta e solo nella giustificazione esterna delle generalità legate a prospettive ideologiche particolari, ma altresì del tutto estranee e, in molti casi, irrilevanti rispetto alla controversia da risolvere²⁷.

Il dogmatismo formalista non viene sostituito dalla prassi alternativa solo per completare o integrare la regola (*rule*), ma ciò serve altresì per *orientare* la società e trasformare l'ordinamento: si costituisce un nuovo modello di cultura giuridica, che non si serve più del dettato normativo, ma che lo trasforma in una particolare istanza socio-politica.

In altre parole, qui il pericolo è che la *rule* venga strumentalizzata a fini di lotta politica per riconoscere dei *rights*, ovvero situazioni di tutela fondate su standard (o valori) anche anti-ordinamentali. Appare appena il caso di ricordare che, in tale contesto, il giudice non reperiva le istanze sociali da utilizzare come generalità fondative del proprio procedere decisionale e giustificativo, ma ha sempre dovuto *costruirli* razionalmente, invocando una sorta di loro autoevidenza sociale²⁸.

L'atteggiamento dell'uso alternativo, quindi, consegnava al giudice la piena disponibilità non solo della controversia, ma addirittura del reperimento ovvero della formulazione, anche creativa, di quegli strumenti che si sarebbero riversati sul cittadino come strumenti di tutela, i *rights* appunto.

Questa impostazione di una cultura giuridica basata su standard valoriali di ispirazione ideologica marxista durò poco.

26 Si veda a tale riguardo P. BARCELLONA, La scienza giuridica italiana e il marxismo (prima e dopo l'uso alternativo del diritto), in Riv. critica dir. priv., 2000, 715 ss.

27 I sostenitori di questo atteggiamento ritrovavano i suoi fondamenti nella Costituzione, in particolare nell'art. 101 Cost. ove si dichiara che l'amministrazione della giustizia avviene 'in nome del popolo' e l'art. 3 Cost. relativo al principio di uguaglianza sostanziale. Perciò le istanze sociali avrebbero, in tale prospettiva, dovuto guidare le scelte del giudice. Quanto lo stesso si facesse portavoce di queste istanze o, invece, le creasse appare un argomento seppure interessante, fuori dal tema di questo lavoro.

28 In questa attività si annida tuttavia il pericolo di una interpretazione arbitraria del 'sentire sociale', come ricordava Santoro Passarelli in F. SANTORO PASSARELLI, *Quid ius?*, in *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, 25 ss., in part. 26.

Infatti, gli autori che si erano ispirati a questa stagione di lotta confidarono eccessivamente nella autoevidenza di certe ideologie che, di lì a qualche anno, avrebbero perso il loro *appeal* sociale²⁹.

5. *La cultura giuridica della produttività non positiva.*

A distanza di alcuni anni, infatti, questa cultura giuridica si trasforma ancora, con la conseguenza che la giustificazione esterna di una decisione si collega non più a militanti ideologie che piegavano il diritto positivo per creare nuove tutele politicamente orientate, bensì si conetterà a quel serbatoio di *valori effettivamente condivisi* rappresentato dalla Costituzione. O, piuttosto, dalle interpretazioni della Corte Costituzionale che si pongono come ricognitive di valori che consideriamo *per definizione* condivisi, poiché esplicitamente o implicitamente facenti parte dell'ordinamento. La giustificazione esterna diviene, così, una giustificazione costituzionalmente orientata che, tuttavia, conserva la medesima impostazione dell'uso alternativo del diritto: procedere non dalla regola al caso, ma dal caso alla regola³⁰.

In questo modo è come se lo stato, in termini generali, avesse cercato di riprendere un minimo di coordinamento della giurisdizione attraverso il riferimento, nelle giustificazioni esterne, alle generalità contenute nella Costituzione, ricavabili attraverso il lavoro della Corte Costituzionale³¹.

Questo ricorso alla concretizzazione dei principi della Costituzione ha aperto un vasto fronte di discussione circa la figura del cd. *diritto vivente*³².

29 Tanto che lo stesso Ferrajoli, più di recente, così si esprime: «L'uso alternativo del diritto fu solo il titolo di un convegno di giuristi di sinistra svoltosi a Catania nel maggio 1972 e dei due volumi, curati da Pietro Barcellona, che ne raccolsero gli atti. Con quella formula, e più esattamente con l'espressione 'giurisprudenza alternativa' – caricate in seguito di tanti significati politici, accomunate dalla strana idea di un diritto alternativo a quello vigente –, intendevo in quegli anni, insieme ad altri, solo una pratica giuridica vincolata, nella legislazione, nella giurisdizione e nell'amministrazione, a quel suo 'dover essere' giuridico, vigente e positivo, che è espresso dalle norme costituzionali e che allora era largamente ignorato da politica, dottrina e giurisprudenza. La divaricazione normativa, in certa misura fisiologica ma oltre tale misura patologica, fra 'il diritto che è' e 'il diritto che deve essere' dettato dalle Costituzioni è rimasto per me un tema centrale di riflessione teorica», *Intervista a Luigi Ferrajoli*, in *il Mulino*, III, 2011.

30 Il 'caso' inteso come punto di partenza della ragione giuridica costituzionale è sostenuto anche G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992.

31 R. FALLON, *Judicially Manageable Standards and Constitutional Meaning*, in *Harvard Law Review*, CIX, 2006.

32 Il concetto di *diritto vivente* ha avuto moltissime caratterizzazioni, ed in questa sede non possiamo darne conto in maniera esaustiva; tuttavia, per un primo approfondimento, si vedano: E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Munchen – Leipzig, 1913, (trad. it. *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, 1976); T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959; L. MENGONI, voce *Diritto vivente*, in *Dig. Disc. priv.*, 445 ss., ripubblicato con il titolo *Il diritto vivente come categoria ermeneutica* in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 141 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1986, 1148 ss.; F.D. BUSNELLI, *'Ars notaria' e diritto*

Il *diritto vivente*, sviluppato tra gli altri da Luigi Mengoni seguendo il solco tracciato da Eugen Ehrlich, ha avuto il merito di riprendere il tema del diritto vigente così come interpretato ed applicato dalla giurisprudenza – soprattutto quella della Corte Costituzionale³³.

Anche questo modo di concepire la cultura giuridica, pur contrastando la tradizione formalista, necessita sempre di una sua trasformazione in *regola concreta di decisione*. Il *diritto vivente*, in questa accezione, ha un significato più ampio della semplice proposizione testuale della disposizione, perché comprenderebbe anche un diritto di formazione *extralegislativa*, basato su standard condivisi. Ecco che la formula *diritto vivente* diviene, in modo particolare nel linguaggio della Corte Costituzionale, «sintesi verbale di un certo orientamento in ordine al problema dei rapporti tra la giurisdizione costituzionale e il potere interpretativo dei giudici ordinari: orientamento già da tempo affermato ma che negli anni ottanta si è ulteriormente definito e rafforzato»³⁴.

Negli anni Ottanta del secolo appena trascorso abbiamo assistito, in particolare nella giurisdizione ordinaria italiana, ad un sempre più diffuso ricorso a generalità reperite nel diritto vivente, il quale ha assunto, dunque, il valore di generalità o standard extralegale³⁵. In questo modo si è cercata una armonia tra le *rule* stabilite dal legislatore e i *rights* di creazione giurisdizionale.

Un tentativo di creare una situazione win-win per il cittadino. Un modo per riconoscere, e nel contempo limitare, (sotto ponendolo al controllo democratico indiretto della verifica di costituzionalità) il potere giurisdizionale di creare nuovi *rights*: una attenzione che mirava ad evitare pronunce troppo eccentriche rispetto all'ordinamento.

Questa situazione, però, viene superata molto presto da una vera e propria opposizione tra la legge ed il giudice. Già dagli anni Novanta, infatti, assistiamo ad un atteggiamento sospettoso in ordine alla regola generale, come se non bastasse più la garanzia parlamentare. La delegittimazione del Parlamento, dovuta anche a Tangentopoli ed agli scandali corruttivi, ha avuto esiti anche in ordine alla considerazione del «... rischio di un uso autoritario del diritto, come scorciatoia per chiudere precocemente un conflitto, come strumento per imporre valori non condivisi»³⁶.

Secondo Fiandaca, uno dei maggiori penalisti italiani, almeno dagli anni Duemila è possibile notare come si sia inaugurata una stagione in cui il rapporto tra legislatore e

vivente, in *Riv. Not.*, 1991, 1 ss.; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente. Genesi, uso ed implicazioni*, Milano, 1994; R. MENEGHELLI, *Breve nota sulla tanto diffusa nozione di diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1994, 2306 ss.; S. URBINA, *Tradizione e diritto vivente*, in *Ars Interpretandi*, 2003, 153 ss.; E. RESTA, *Diritto vivente*, Bari, 2008; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, 2008; M. CAVINO, *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Milano, 2009.

33 Si veda L. MENGONI, voce *Diritto vivente* in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1988, 445 ss.

34 L. MENGONI, voce *Diritto vivente*, cit. 449.

35 Come invece ritiene A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e 'diritto vivente'. Genesi, uso ed implicazioni*, Milano, 1994, 40. L'autore, riprendendo le tesi di Ascarelli, considera il 'diritto vivente' come l'interpretazione giurisprudenziale dominante.

36 Si veda, ad esempio, S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 201.

giudice si è disposto in forma antagonistica, poiché ambedue si pretendono portatori di valori mutuamente esclusivi.

Da un lato, la magistratura avrebbe sviluppato una concezione del diritto «a forte vocazione etico politico pedagogica, in una dimensione autoreferenziale»³⁷, facendola coincidere non più con un valore sociale o ‘di classe’, ma con il proprio *ethos* personale, sviluppando così un atteggiamento poco democratico e tendenzialmente soggettivistico; dall’altro lato, il legislatore, che pure sulla carta ha ancora il primato della legalità, ripiega in una reazione ‘revanscista’ all’atteggiamento della magistratura, tentando di limitarla con una serie di posizioni ispirate anch’esse a un giusnaturalismo secolarizzato (ad esempio il garantismo individualistico espresso proprio nella riforma del 1999 del cd. ‘giusto processo’).

Da un estremo formalista di astrattezza e generalità si giunge oggi all’estremo opposto, ovvero a una prassi caratterizzata da contingenza ed incertezza.

In un siffatto panorama, in cui la cultura giuridica si basa su generalità soggettive, il problema ricade sulle spalle dei singoli magistrati, i quali devono affrontare, nella motivazione della loro decisione, prima la giustificazione di alcuni valori sociali cercando di fondarne la condivisione o condivisibilità, e poi sono chiamati a creare un collegamento razionale con questi³⁸.

Da una prospettiva che possiamo riassumere nello slogan illuministico del giudice ‘bocca della legge’ si è passati dunque ad una prospettiva che considera il terzo prima ‘bocca della società’ (con l’uso alternativo del diritto), poi ‘bocca della Costituzione’ (con il diritto vivente) ed oggi ‘bocca di se stesso’.

La tentazione di risolvere i problemi giuridici attuali, riconoscendo esplicitamente al giudice un potere di produzione del diritto, sembra l’anticamera di una vera e propria svolta *realista*, che cerca di fare propri certi meccanismi degli ordinamenti a tradizione di *common law* senza, peraltro, considerare il delicato equilibrio di pesi e contrappesi che, in quel contesto, la tradizione giuridica impone di seguire.

Vi è un ultimo ed ulteriore passo che ci sembra necessario riportare prima di concludere questa breve disamina sulla cultura giuridica: l’attitudine contemporanea della giurisprudenza a sostituire non solo il legislatore, ma anche le parti stesse, per esigenze di ‘aggiustamento’ della procedura, ovvero di semplice economia processuale.

37 G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 17 s.

38 Si pensi ad esempio alla struttura della sentenza n. 4020/2012 del Tribunale di Torino (nota come ‘sentenza Fiat’) ed allo sforzo argomentativo per giustificare la generalità (o premessa) relativa al cd. principio di effettività (p. 19) oppure relativa all’abuso di diritto (p. 48). La fatica concettuale di simili giustificazioni razionali, rendono il procedere argomentativo del terzo giudicante vicino ai trattati di teoria generale del diritto.

Accade infatti che il giudice non sia più solo il produttore di nuove prerogative (*rights*), ma un custode della procedura in funzione di una celere cessazione del controvertere³⁹.

Nessun altro soggetto è ammesso infatti in questo atto di autonomo aggiustamento/creazione del diritto, che esautora lo stesso legislatore e le parti in modo decisamente 'antidemocratico', seppure non più per motivi ideologici, ma per esigenze squisitamente *tecniche*.

Sembra dunque che, tramontate le ideologie, tanto quelle legaliste quanto quelle sociologico-valoriali, gli standard cui si riferisce oggi l'organo giudicante nella propria pronuncia non siano più espressione di valori condivisi, o patrimonio di una comunità interpretativa (costituzionale o meno) di riferimento, ma facciano parte unicamente del vissuto soggettivo di ciascun operatore giudiziario.

Assistiamo, infatti, ad una cultura giuridica oramai completamente basata sui *rights*, ovvero su tutele per pretese che aspirano ad avere un riconoscimento.

Tramontata la stagione della trasformazione di una richiesta sociale in disegno di legge debitamente discusso e votato, oggi si assiste ad una iperproduttività di diritti che coinvolgono sempre più il singolo, anche e soprattutto nei confronti dello stato. Come a dire che il campo più evidente di trasformazione ordinamentale sono i *rights* che vengono riconosciuti dalla giurisprudenza, anche contro le regole dello stato.

Dal lato interno, questo movimento si caratterizza come un riconoscimento di sempre maggiore potere della giurisprudenza (una americanizzazione, ma senza quei controlli di democraticità che caratterizza l'operato delle corti americane), dal lato esterno è sufficiente notare come le modifiche più eclatanti degli ordinamenti interni alla Unione Europea siano avvenute per mezzo di pronunce delle Corti che riconoscevano diritti (*rights*) soprattutto contro il diritto interno (composto da *rules*).

Il materiale su cui si basano questi nuovi prodotti (*rights*) proviene dalle fonti più disparate: dalle Dichiarazioni dei diritti dell'Uomo, alle pronunce della CEDU, a qualunque altra possibile fonte di ispirazione. Il giudice, insomma, forma oggi una comunità ermeneutica ed assiologica unicamente con se stesso, divenendo egli stesso fonte di prerogative (*rights*) giustificate in termini internazionali o di gusto puramente personale.

Con un evidente, forte rischio di autoreferenzialità: un diritto che, come abbiamo visto, pretende oggi di essere riconosciuto anche in contrasto o apertamente contro il diritto positivo.

Con buona pace di un serio controllo di democraticità.

39 Un rischio che, intendiamoci, potrebbe portare alla evoluzione di un organo giudicante che non miri più a dirimere le controversie o ad applicare una disposizione approvata dagli organi legislativi, ma che, quale mero funzionario pubblico, una volta messo a conoscenza di un problema concreto, cerchi di sua iniziativa tutte le informazioni possibili. In questo modo, egli giungerebbe ad una sorta di verità che, ancorché non assoluta, avrebbe almeno il pregio di non essere solo una 'verità di parte'.

Molto vi sarebbe da dire su questi prodotti, *rights*, che appaiono creati in termini soggettivi. Il rischio è che si stagli all'orizzonte una nuova figura antropologica: il soggetto dotato di soli *rights*, che appare slegato dal rispetto delle regole (*rules*), poiché esse non vengono più garantite dal supporto giurisprudenziale. Già da tempo assistiamo ad una sorta di impunità per chi agisce nel nome di sempre nuovi *rights* dotati di un forte valore etico e morale che rischia di giustificare anche una loro posizione 'against the rules'.

Tanto che si può arrivare a considerare i *rights* come nuove *merci* giuridiche.

In un simile scenario come sarà possibile chiedere ai consociati il rispetto delle *rules*, se poi esse sono sfornite di una garanzia di tipo giurisdizionale? E come sarà possibile frenare la richiesta di sempre nuove tutele che potrebbero portare ad una ipertrofia o ad una situazione di aperto contrasto tra *rights*?

Il giudice rischia di diventare un fornitore di servizi, i *rights*, del tutto slegati da un controllo di democraticità e da un vaglio assiologico sulla condivisibilità della loro estensione. Inaugurando così una nuova stagione di strategia politica che si baserà sulla sempre più pressante richiesta di *rights* e non di *rules*.

6. *Una cultura giuridica critica. Una proposta socratica (e democratica).*

Proviamo ora a formulare una proposta per cercare di uscire da questa situazione.

Al di là di una nuova forma di antropologia legata all'idea di uomo-solo-diritti, occorre spendere ancora qualche riflessione sul fenomeno processuale. Se, come abbiamo visto, il giudice si proclama (e lo è nei fatti) produttore di nuovi diritti, quale è la garanzia di democraticità di questa produzione?

Inutile nascondere che il problema risiede nella struttura del processo. Struttura che, ad oggi, è ancora costruita secondo un modello hobbesiano e non democratico.

In questo contesto, il giudice è, rispetto al processo nel quale i nuovi *rights* (prodotti o servizi di tutela) vengono prodotti, un vero e proprio Leviatano, che trasforma a sua discrezione i desideri in tutele dotate di forza esecutiva. Questo, tuttavia, rischia di diventare un paradosso: il processo resterebbe l'unico luogo giuridico dove non vige il principio democratico di partecipazione, bensì una sovranità ancora troppo simile alle forme di una sovranità assoluta.

Per questo motivo, lungi dal contestare questa ricostruzione, ci sembra necessario assumere una posizione che, pur riconoscendo la potestà decisionale e quella impositiva dell'organo giudicante, renda possibile assoggettare le pretese avanzate dalle parti durante il processo ad un controllo democratico, oltre che razionale.

Innanzitutto, dobbiamo chiederci: è il giudice da solo o è il fenomeno processuale che produce nuovo diritto?

Solo se pensiamo che sia il processo a creare nuovo diritto abbiamo la possibilità di rinvenire nella suddetta procedura delle garanzie di razionalità e democraticità. Esiste

infatti una procedura razionale di matrice socratica che consente di accreditare il fenomeno processuale di una garanzia democratica. Si tratta del contraddittorio, ovvero della opposizione dialettica che consente di espellere ciò che si contraddice e di mantenere ciò che supera l'opposizione. È un 'controllo di razionalità' che si esplica durante tutto il procedimento giudiziale e che comporta la possibilità per le parti di produrre informazioni ed ipotesi frutto dello scontro dialettico⁴⁰. Funge anche da controllo di democraticità, però, solo se la decisione del giudice risulti in qualche modo vincolata all'esito del contraddittorio tra le parti. In questo modo si riproduce, anche se 'in scala', il fenomeno parlamentare dello scontro tra maggioranza ed opposizione ed il voto della Assemblea intesa come terzo.

L'espansione del principio del contraddittorio, se inteso in senso socratico di opposizione delle parti, lungi dal rendere il giudice superfluo, sembra poter dare alla dimensione dialogica del processo un nuovo riconoscimento. Il terzo, infatti, in questo sistema non sarebbe più bocca della legge, della società, della Costituzione o di se stesso, ma sarebbe bocca di ciò che, nel caso concreto, è risultato indiscutibile e quindi non può che essere condiviso dalle parti.

Nel caso in cui il processo non riuscisse a diventare un luogo di confronto democratico, assisteremmo alla crisi, se non alla scomparsa, proprio del referente *postò*.

Questo non sarà più rappresentato dalla disposizione di legge, ma dalle singole pronunce in un circolo autoreferenziale tutto interno alla magistratura, senza alcun tipo di garanzia di razionalità e di democraticità e, soprattutto, con il forte rischio di incertezza giuridica e, quindi, sociale. Ovvero: i *rights* elimineranno le *rules*.

Il collegamento della cultura giuridica al principio del contraddittorio appare idoneo ad arginare il rischio di simili derive.

Il ponte tra norme poste e diritti creati, che chiamiamo cultura giuridica, può essere riscoperto attraverso lo strumento del contraddittorio socratico, riconoscendo la sua centralità nella esperienza giuridica⁴¹. Una cultura giuridica socratica.

Il contraddittorio, infatti, consente tanto di mantenere in elevata considerazione le premesse normative generali delle parti, quanto di assicurare una garanzia di razionalità e di sistematicità ordinamentale (e quindi di certezza) alle pronunce giurisprudenziali. Esso, invero, pone in crisi tanto coloro che ritengono che l'attività del terzo sia una semplice sussunzione sillogistica, quanto coloro che ritengono che essa possa essere una attività completamente creativa, svincolata da ogni garanzia di razionalità e di legalità.

40 Non solo: anche qualora fosse lo stesso organo giudicante a produrre informazioni, una lettura costituzionalmente orientata – per usare una terminologia cara a Mengoni – di tale prerogativa alla luce, in particolare, dell'art. 111 della nostra Costituzione, imporrebbe al giudice di mettere a disposizione delle parti il contenuto informativo della sua attività per dar modo alle parti stesse di poter avere un contraddittorio, in condizioni di parità, sulla questione rilevata ufficiosamente.

41 Sia consentito in questa sede rimandare a P. SOMMAGGIO, *La centralità del contraddittorio nell'esperienza giuridica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, VII, 2007 reperibile all'URL www.dirittoquestionipubbliche.org. Si veda comunque: P. SOMMAGGIO, *Contraddittorio giudizio mediazione*, Milano, 2012.

Ma soprattutto consente il controllo democratico del meccanismo di produzione della decisione. Rappresenta, in scala ridotta, ciò che accade all'interno di una assemblea legislativa, anch'essa strutturata come un processo, dove lo scontro tra maggioranza ed opposizione non è un elemento accidentale, ma è ciò che garantisce il maggior grado di razionalità alla decisione.

7. Osservazioni conclusive.

In questo saggio abbiamo cercato di ricostruire a grandi linee il percorso compiuto da buona parte della cultura giuridica europea: da una cultura positivista in cui il diritto costituisce un sinonimo di regole generali ed astratte di origine parlamentare ad una cultura basata sul riconoscimento giurisprudenziale sempre più esteso di nuove tutele giuridiche, ovvero i *rights*, che rischiano di rendere la cultura giuridica una cultura della *merce* giuridica.

Dicotomia mediata dagli standards di giudizio, intesi come una sorta di posizione intermedia tra le regole generali ed astratte e la decisione del singolo giudicante particolare e concreta.

In un simile scenario come è possibile chiedere ai consociati il rispetto delle *regole* stesse se poi esse sono sfortunate di una garanzia di tipo giurisdizionale? E come sarà possibile impedire la richiesta di sempre nuove tutele, che rischiano di porsi l'una in contrasto con l'altra? Quali criteri adottare nel caso di opposizione tra nuovi diritti?

Come impedire che il giudice venga equiparato ad un fornitore di servizi del tutto slegati da un controllo di democraticità e da un vaglio assiologico sulla condivisibilità della loro estensione?

Le due culture giuridiche (delle regole e dei diritti) sono un vantaggio per il cittadino solo se riescono ad armonizzarsi, quindi è necessario trovare una mediazione, rinvenibile, a giudizio di chi scrive, nell'ambito (di una certa concezione) del fenomeno processuale.

Proverò a mostrare come è possibile uscire da questa situazione, per trovare risposta a una serie di domande estremamente urgenti e serie, che coinvolgono la nostra cultura giuridica nella sua interezza: se la produzione di nuovi diritti avviene attraverso la giurisdizione, quale è la garanzia di democraticità di questa produzione? Quali sono le garanzie di bilanciamento che il nostro sistema costituzionale possiede nei confronti di questa nuova produzione? Che ne è del popolo sovrano? Certo la legge è uguale per tutti, ma i diritti?

Credo che la risposta si possa trovare in una cultura della giurisdizione a vocazione socratica, secondo la quale non è solo l'organo giudicante a creare diritto, bensì il fenomeno processuale nel suo complesso.

Solo se pensiamo che sia il processo a creare il diritto (e non solamente l'organo giudicante) abbiamo la possibilità di incominciare a ragionare seriamente su alcune

garanzie di condivisibilità e democraticità del processo stesso. Grazie alla opposizione dialettica che consente di espellere ciò che si contraddice e di mantenere ciò che supera l'opposizione. Il contraddittorio rappresenta, oltre che una procedura di controllo razionale, anche una garanzia democratica, purché si ritenga che il Giudice risulti in qualche modo vincolato agli esiti dello stesso. In questo modo si riproduce, anche se 'in scala ridotta', il fenomeno parlamentare dello scontro tra maggioranza ed opposizione ed il giudizio della Assemblea come la decisione del terzo.

Se il giudice produce diritto all'interno di un perimetro vincolato all'esito del contraddittorio, allora anche questo ambito, come quello parlamentare, può ritenersi dotato di quelle caratteristiche minime di democraticità, proprie dei sistemi di produzione giuridica adottati da tutte le democrazie occidentali.

Siamo giunti così a riconoscere al processo un ruolo molto più determinante nella cultura giuridica. Nel caso in cui il processo non costituisse nuovamente un luogo di confronto democratico, assisteremmo alla crisi, se non alla scomparsa, proprio del referente *posto*.

Ovvero potremmo trovarci nel prossimo futuro in una situazione in cui i *diritti* prenderanno il posto delle regole nella amministrazione della giustizia.

Il collegamento tra regole poste (*rules*) e diritti creati (*rights*) può essere creato solo attraverso lo strumento del contraddittorio socratico, riconoscendo la sua centralità nella esperienza giuridica. Per una cultura giuridica socratica.

Connettere la decisione al contraddittorio tra le parti: questa è la sfida che occorre affrontare oggi per armonizzare una cultura delle regole ed una cultura dei diritti attraverso un ripensamento della giurisdizione in chiave socratica.

Anche noi, dunque, ci inseriamo nel solco della trasformazione, oggi sempre più pressante, della cultura giuridica, auspicando di riuscire a transitare da un *Requiem* per le forme morte ad un motore socratico produttore di creature vive, attraverso una formula critica, una metodologia dialettica che consenta di temperare l'impostazione autoritaria del fenomeno processuale e, perciò, anche del fenomeno di produzione di nuovo diritto, sia esso composto di *rules* o di *rights*.

Con Erasmo, dobbiamo perciò augurarci: «Sancte Socrates, ora pro nobis»⁴².

ABSTRACT: In questo saggio l'A. mostra come la cultura giuridica europea di questi ultimi anni sia passata da una cultura a base di regole scritte (*rule-based*) ad una cultura a base giurisdizionale che si caratterizza per creare nuove situazioni di protezione (*right-based*).

42 D. ERASMUS, *Convivium Religiosum*, in *Colloquia*, Ulmae, 1712, 122: «Profecto mirandus animus in eo qui Christum et sacras litteras non noverat. Proinde quum huiusmodi quaedam lego de talibus viris, vix mihi tempero quin dicam 'Sancte Socrates ora pro nobis'. Si veda Erasmo, *Convivium Religiosum*, in *Colloquia*, a cura di A. Prosperi, C. Asso, Torino 2002. Sul punto si veda anche G. CALOGERO, *Erasmo, Socrate ed il Nuovo Testamento*, in *La Cultura*, XII, 1974, 1 ss.

Questa trasformazione avrebbe portato a privilegiare la ragione pratica di una giurisprudenza *supplente* e, a volte, in contrasto con il legislatore attraverso provvedimenti che producono nuovi diritti e tuttavia con un limitato controllo di democraticità. L'A. propone di considerare una nuova cultura giuridica a base socratica per portare al centro della cultura giuridica il contraddittorio che consente di coniugare democraticamente le premesse normative generali delle parti, assicurando, al contempo, razionalità e sistematicità ordinamentale delle pronunce giurisprudenziali.

PAROLE CHIAVE: Rules – Rights – Contraddittorio – Casi – Standards – Uso alternativo del diritto – Diritto vivente – Diritto non positivo – Cultura giuridica socratica.

Giuseppe Bergonzini*

CULTURA GIURIDICA E GIUDIZIO COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Premessa. Il rapporto tra cultura giuridica e giudizio costituzionale: le sue possibili, principali declinazioni. – 2. Cultura dell'avvocato, e del giudice *a quo*, alle soglie del giudizio di costituzionalità. – 3. Cultura dell'avvocato e cultura del giudice costituzionale, *'nel'* giudizio di costituzionalità. – 4. Cultura giuridica e Corte costituzionale, *'oltre il'* giudizio di costituzionalità, *'verso'* l'opinione pubblica e la società civile. – 5. Cultura giuridica tra avvocati, giudici, Corte costituzionale e società civile: qualche piccola conclusione.

1. *Premessa. Il rapporto tra cultura giuridica e giudizio costituzionale: le sue possibili, principali declinazioni.*

Nel riflettere sul rapporto tra cultura giuridica e giustizia, una considerazione forse peculiare meritano i giudizi che si svolgono di fronte alla Corte costituzionale. Peculiare perché altrettanto peculiari sono la natura di tali giudizi, il loro ruolo nel sistema delle tutele giurisdizionali (e, più in generale, nel sistema costituzionale complessivamente considerato), i requisiti soggettivi e i percorsi di nomina dei giudici costituzionali che li animano, le possibilità attuali di relazione della Corte con l'opinione pubblica.

Diversi i profili suscettibili di assumere rilievo, ai quali può essere dedicata specifica attenzione.

Vi è, in primo luogo, l'aspetto culturale presupposto dalle particolari modalità di accesso ai giudizi della Corte costituzionale: che impongono, con specifico riferimento al giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale (naturale e necessario sbocco, nel nostro ordinamento, della tutela giurisdizionale dei diritti di rango costituzionale) di interrogarsi sul ruolo e sui compiti dei giudici rimettenti, anche sotto il profilo della tecnica giuridica strettamente intesa¹. E pure, come si vedrà, sul ruolo e sui compiti degli avvocati che innanzi ad essi patrocinano.

In prospettiva culturale è possibile leggere, poi, anche ciò che accade nel corso dei giudizi che si svolgono di fronte alla Corte costituzionale, una volta che essi siano stati (più o meno correttamente) instaurati: di particolare interesse si rivelano, al riguardo, soprattutto i vari modi e le diverse forme del dialogo che potrebbe (o dovrebbe?) instaurarsi in sede processuale tra i giudici *a quibus*, le parti, assistite dai loro avvocati,

* RTDb di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Padova.

1 Vi ha non casualmente accennato, al termine del suo contributo, G. ROMAGNOLI, *Il problema. La divaricazione della formazione dei giuristi e della loro cultura*, in questo volume, 35 ss.

e i giudici costituzionali. Aspetti, questi, che obbligano ad interrogarsi anche sui tratti personali e culturali degli stessi giudici costituzionali.

Non meno significativo, in terzo luogo, è il rapporto tra Corte costituzionale, cultura giuridica ampiamente considerata e scienza giuridica più strettamente intesa, alla luce delle molteplici forme di comunicazione attraverso cui la Corte, ormai da tempo, entra in relazione con la società; interpretando anche un ruolo (espressamente e volutamente) educativo a largo spettro, sul quale è bene interrogarsi.

2. *Cultura dell'avvocato, e del giudice a quo, alle soglie del giudizio di costituzionalità.*

Quanto al primo profilo, non v'è dubbio che la modalità incidentale di accesso al giudizio di costituzionalità delle leggi sia, anche sotto il profilo culturale, particolarmente sfidante.

Il fatto che esistano necessariamente luoghi intermedi (i giudizi a *quibus*) attraverso cui debbono passare gran parte delle domande di giustizia costituzionale che hanno a che vedere con i diritti fondamentali², obbliga tutti gli *attori* del *gioco* a uno sforzo non scontato di pre-comprensione e conoscenza giuridica, istituzionale e tecnica: il *gioco* funziona, in altri termini, solo se tutti i *giocatori* sono culturalmente attrezzati.

Fuor di metafora: le parti sostanziali, i *cives*, devono essere consapevoli che le loro pretese non possono, nel nostro ordinamento, pervenire direttamente all'attenzione della Corte costituzionale, se non passando necessariamente attraverso la previa instaurazione di un giudizio e un vaglio preliminare affidato al giudice *a quo* (che può anche avere natura impendente)³.

I difensori devono essere ben coscienti del fatto che dalla corretta instaurazione del giudizio dipendono le effettive possibilità di tutela costituzionale delle parti assistite:

2 Il che non impedisce, ovviamente, che ciò possa avvenire (indirettamente) tramite i giudizi costituzionali in via d'azione, a partire da quelli di legittimità costituzionale in via principale. Rimane il fatto che, come ricordato da T. GROPPI, *La Corte e 'la gente': uno sguardo 'dal basso' all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, II, 2019, 411, nell'ordinamento italiano «l'unica via di accesso 'generale', attraverso la quale qualsiasi parametro può essere invocato e qualsiasi fonte primaria impugnata, è quella incidentale».

3 È forse opportuno ricordare come la stessa natura incidentale del giudizio di costituzionalità rispondesse (e continui in larga parte a rispondere) a un'esigenza profondamente radicata nel contesto socio-politico (e, quindi, culturale) italiano di riferimento: «evitare – nel momento in cui per la prima volta nell'esperienza italiana si tentava di adottare una forma di garanzia giurisdizionale nei confronti della sfera politica – di trasferire nell'ambito del nuovo giudizio gli eccessi di conflittualità connaturati all'esistenza di un tessuto politico qual era quello emerso in Italia alla fine del secondo conflitto mondiale, caratterizzato da un alto tasso di disomogeneità. Da qui la necessità di evitare, per quanto possibile, un rapporto diretto tra gli interessi in conflitto ed il giudizio di costituzionalità, così da poter garantire la centralità di tale giudizio attraverso la costruzione di un filtro tecnico, espresso dalla presenza di un'autorità giudiziaria, in grado di operare come ammortizzatore delle spinte politiche» (E. CHELI, *Considerazioni finali*, in *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale. Atti del seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999*, a cura di A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi, Torino, 2000, 420).

hanno l'obbligo, pertanto, di prestare la loro assistenza tecnica qualificata nel modo più adeguato a raggiungere questo risultato, contribuendo in tal modo attivamente e direttamente alla piena consapevolezza dei meccanismi del giudizio incidentale da parte degli stessi *cives*, di cui si è detto.

I giudici (potenzialmente) *a quibus*, per parte loro, devono avere una consapevolezza altrettanto piena del delicato ruolo che gli compete⁴; in costante, delicato equilibrio tra l'esigenza di evitare che giungano alla Corte costituzionale questioni realmente pretestuose, non meritevoli di essere discusse, e quella di rivolgersi alla Corte costituzionale in tutti i casi in cui l'eccezione d'illegittimità sollevata dalle parti appaia ragionevolmente meritevole di approfondimento⁵.

Nel *gioco* che vede coinvolti difensori e giudici *a quibus* l'importanza di condividere fondamenta comuni di cultura giuridica anche (e necessariamente) costituzionale ha innanzitutto a che vedere con il presupposto più ovvio per la rimessione delle questioni alla Corte, rappresentato dalla non manifesta infondatezza della questione. Del tutto evidente è, infatti, che il difensore debba spendere la propria competenza tecnica e la propria capacità argomentativa per convincere il giudice *a quo* della non pretestuosità dell'eccezione che solleva; come altrettanto evidente è che il giudice *a quo*, per svolgere al meglio il vaglio preliminare di merito che gli spetta (oppure per decidere se sollevare di sua iniziativa una questione di legittimità costituzionale, anche in assenza di apposita eccezione di parte) debba essere in grado di destreggiarsi in modo convincente con le categorie del diritto costituzionale.

Entrambi questi ruoli presuppongono dunque, intanto, un grado adeguato di sensibilità giuridica specificamente costituzionale: capace di cogliere i possibili, molteplici profili di contraddizione tra le norme applicabili alla fattispecie concreta soggetta a giudizio e il variegato panorama dei parametri costituzionali, quali vivono (anche) nell'interpretazione evolutiva resa dalla stessa giurisprudenza costituzionale.

Ma non si tratta, a ben vedere, solo di questo.

Perché la Corte costituzionale possa esaminare nel merito le questioni che le vengono rimesse è necessario, come noto, che l'atto introduttivo del giudizio di costituzionalità (l'ordinanza di rimessione), che ne delimita il *thema decidendum*, sia del tutto autosufficiente e adeguatamente motivato⁶: tanto da superare un controllo di ammissibilità

4 Un ruolo che connota, in profondità, il nostro sistema di giustizia costituzionale: come si è efficacemente concluso al riguardo, infatti, «il principale pregio del giudizio incidentale è unanimemente individuato nella capacità di determinare una collaborazione coi giudici comuni» (T. GROPPI, *La Corte*, cit., 416).

5 Lo ha sottolineato il Presidente Giorgio Lattanzi, quando ha osservato che il controllo del giudice *a quo* sui requisiti di ammissibilità delle questioni proposte in via incidentale non deve trasmodare «in un improprio strumento deflattivo del contenzioso», ma va svolto in modo da «favorire il giudizio costituzionale» (CORTE COSTITUZIONALE, *Riunione straordinaria del 21 marzo 2019. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, 7).

6 Tra le tante possono vedersi, al riguardo: Corte cost., 5 maggio 2021, n. 92, punto 3 del Considerato in diritto; Corte cost., 27 marzo 2018, ultimo capoverso del Considerato; Corte cost., 16 luglio 2015, n.

che il Giudice delle leggi conduce, a tratti, in modo piuttosto stringente (e non privo di possibili criticità⁷).

E qui, ancora una volta, il problema non è solo nella cultura giuridica del giudice chiamato a redigere l'ordinanza⁸, ma anche nella cultura giuridica dell'avvocato: a cui spetta, evidentemente, anche il compito di collaborare con il giudice *a quo* in modo da aiutarlo a redigere un'ordinanza completa e ben argomentata, sotto tutti i profili (a partire da quello relativo alla rilevanza della questione⁹). Ciò potrebbe non essere sufficiente a superare il vaglio preliminare di ammissibilità operato dalla Corte; ma non è certo in una pretesa, ipotetica *solitudine tecnica* del giudice rimettente che si può immaginare di individuare un rimedio al possibile eccesso di dichiarazioni di inammissibilità da parte della Corte.

Forse, non aiuta il fatto che lo studio della giustizia costituzionale rimanga spesso, nel cammino di formazione dei giuristi tradizionali (avvocati, giudici), relegato all'inizio del percorso di studi, tra gli esami del primo anno o del secondo anno; con l'eccezione rappresentata da coloro che frequentano, più avanti, eventuali insegnamenti specificamente dedicati alla giustizia costituzionale (spesso, non obbligatori). E non è detto che eventuali lacune al riguardo siano necessariamente colmate dalla formazione post-universitaria dedicata a coloro che vorranno sostenere l'esame di abilitazione alla professione forense, o partecipare al concorso per l'accesso alla magistratura.

Non può essere dato per scontato, in altri termini, che un buon avvocato o un buon giudice (entrambi, magari, ferratissimi in determinati ambiti giuridici) siano in grado per ciò solo di sollevare nel miglior modo possibile un'eccezione d'illegittimità costituzionale, o di scrivere un'ordinanza di rimessione capace di arrivare al giudizio di merito della Corte.

Anche perché, a tacer d'altro, diversi sono i profili caratteristici della giustizia costituzionale che meriterebbero specifico studio e approfondimento; tutt'altro che ovvi, perché discussi dagli stessi studiosi del diritto costituzionale e, tuttavia, immediatamente significativi per il sistema delle tutele costituzionali: basti pensare al concetto di rilevanza della questione di costituzionalità, al tema dell'interpretazione conforme a

170, punto 3 del Considerato in diritto; Corte cost., 21 giugno 2012, n. 157, penultimo capoverso del Considerato.

7 Sul punto si tornerà, più specificamente, nel corso del prossimo paragrafo.

8 Lo ha detto a chiare lettere, ricordando la sua esperienza di giudice costituzionale e ragionando sul numero di decisioni di inammissibilità, S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, 31. Specifici riferimenti alla manifesta inammissibilità delle questioni si trovano anche in G. AMATO – D. STASIO, *Storie di diritti e di democrazie. La Corte costituzionale nella società*, Milano, 2023, 217: «al netto di quelle sulle quali la parola spetta in prima battuta al Parlamento, si tratta di questioni che le sono state sottoposte in maniera non condivisibile o sbagliata tecnicamente, talvolta talmente sbagliata da non consentirle neppure di andare a vedere i fatti o, come si dice in gergo, di entrare nel merito».

9 Se ne è parlato, con un maggior grado di dettaglio, in G. BERGONZINI, *L'Avvocato di fronte al giudice 'a quo'*, in *Etica, deontologia e tecnica dell'avvocato*, a cura di G. Bergonzini, L. Locatelli, G. Tieghi, Milano, 2023, 85 ss.

Costituzione e al suo rapporto con il diritto vivente, al problema del delicatissimo rapporto tra discrezionalità del legislatore e decisioni di accoglimento della Corte (anche con effetti manipolativi a rime non obbligate¹⁰), in costante evoluzione e suscettibile di prestarsi a sollecitazioni di particolare interesse, proprio a partire dai giudizi *a quibus*¹¹.

3. *Cultura dell'avvocato e cultura del giudice costituzionale, 'nel' giudizio di costituzionalità.*

Non meno significativa si rivela, una volta giunta una determinata questione di fronte alla Corte costituzionale, la prospettiva culturale nel rapporto dialogico che si instaura (che dovrebbe instaurarsi), nel giudizio di costituzionalità, tra giudice *a quo*, avvocati delle parti costituite e giudici costituzionali.

I possibili spunti di riflessione, al riguardo, sono molteplici.

Un primo profilo anche culturale sembra ravvisabile, intanto, nella disponibilità della Corte costituzionale (o meno) a scendere all'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale che le sono state rimesse.

I giudici *a quibus* dialogano con la Corte costituzionale solo attraverso le ordinanze di remissione: non potendo intervenire direttamente nel giudizio di costituzionalità, né di regola giovare delle eventuali integrazioni desumibili dalle difese scritte e orali degli altri partecipanti al giudizio¹², essi debbono necessariamente confidare nella completezza e persuasività degli atti scritti che hanno redatto, e rispetto ai quali attendono risposta dalla Corte¹³.

10 Aspetto, questo, particolarmente discusso; si vedano, ad esempio: D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a 'felix culpa', a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema penale*, II, 2020; M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e Società*, 2020, 63 ss.; ID., *Oltre le 'rime obbligate'?*, in *federalismi.it*, III, 2021, 58 ss.; L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, XII, 2021, 242 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi.it*, XII, 2021, 197 s.

11 Anche su ciò, si può rinviare a G. BERGONZINI, *L'Avvocato*, cit., 91 ss.

12 Le eventuali deficienze delle ordinanze di remissione non possono infatti, in base alla giurisprudenza costituzionale consolidata, essere sanate dagli atti di parte; e alle parti costituite non è consentito estendere il *thema decidendum* tramite i propri scritti difensivi (si vedano, ad esempio: Corte cost., 24 luglio 2023, punto 6 del Considerato in diritto; Corte cost., 11 novembre 2022, n. 228, punto 3.3 del Considerato in diritto; Corte cost., 23 dicembre 2021, n. 252, punto 3 del Considerato in diritto; Corte cost., 31 luglio 2020, n. 186, punto 1.2 del Considerato in diritto).

13 Non si tratta di un aspetto secondario, e se ne può senz'altro discutere: infatti, come ha recentemente considerato R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, in *Quad. cost.*, I, 2023, 52, in molti casi «appare del tutto chiaro come la persona più idonea a dare certe informazioni, utili a integrare quanto scritto nella ordinanza di rinvio, è proprio il giudice del giudizio principale»; si potrebbe quindi ammettere, se non la formale e diretta partecipazione al giudizio del giudice *a quo*, almeno la possibilità di «integrazioni all'ordinanza»; oppure, si potrebbe «consentire alla Corte di chiedere chiarimenti o quanto altro al giudice (*peritus peritorum*)». Nessuna di queste opzioni è tuttavia, ad oggi, possibile.

Qui, si badi, il problema non è solo di tecnica (e, allo stesso tempo, di cultura) giuridica dei giudici rimettenti¹⁴: è un problema anche di tecnica (e, allo stesso tempo, di cultura) giuridica dei giudici costituzionali. Si è notato, infatti, come in seno a un collegio giudicante del tutto peculiare, qual è la Corte costituzionale, composto di personalità di varia provenienza e formazione, proprio la sussistenza di un terreno comune e condiviso di tecnica giuridica possa costituire la base del possibile abuso delle dichiarazioni di inammissibilità, fondate su motivi processuali. «C'è il problema della specializzazione. Ognuno conosce la sua parte dell'ordinamento. Tutti conoscono le procedure. Questo diventa il terreno comune di dialogo, quello di cui tutti parlano e di cui si parla in ogni caso»¹⁵. Inoltre, sebbene negli ultimi anni il numero delle decisioni di merito stia aumentando, in proporzione alle decisioni di inammissibilità, non si può ignorare che queste ultime continuano comunque a costituire esiti statisticamente significativi dei giudizi di legittimità costituzionale¹⁶.

A venire in gioco, da questo punto di vista, è anche (inevitabilmente) la cultura giuridica in senso ampio dei giudici costituzionali: che presuppone un atteggiamento complessivo e una disponibilità sostanziale al giudizio che dovrebbe andare oltre le formali tecnicità processuali; perché, se è vero che a certe forme non si può rinunciare, e che determinati presupposti processuali debbono sussistere anche nel giudizio di costituzionalità, è altrettanto vero che l'obiettivo ultimo di tutti i giudizi (e forse, a maggior ragione, di quelli che si svolgono di fronte al Giudice delle leggi, considerata la loro potenziale rilevanza *erga omnes*) consiste nel pervenire a un esito utile; nel non sprecare occasioni per rispondere realmente a determinate domande di giustizia; anche, e soprattutto, costituzionale¹⁷.

In breve, quasi a sommare le considerazioni appena svolte con quelle immediatamente precedenti: ai giudici *a quibus*¹⁸ spetta l'*onere culturale* di essere adeguatamente

14 A cui si è accennato nel paragrafo precedente.

15 Così S. CASSESE, *Dentro la Corte*, cit., 31 (ulteriori rilievi critici in argomento si trovano anche alle pagine 31, 95, 98, 119). In argomento, si veda anche A. BONOMI, *Quando la Corte può decidere ma decide di non decidere: le decisioni di 'inammissibilità per eccesso di fondatezza', le decisioni interpretative di inammissibilità per omessa interpretazione 'conforme a' e alcune decisioni di restituzione degli atti per ius superveniens*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 ottobre 2013 (reperibile all'indirizzo http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0430_bonomi.pdf).

16 Nel 2022 sono state pronunciate nei giudizi in via incidentale 83 dichiarazioni di inammissibilità, 55 dichiarazioni di non fondatezza, 75 dichiarazioni di illegittimità costituzionale (dati tratti da CORTE COSTITUZIONALE – SERVIZIO STUDI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2022. Dati quantitativi e di analisi*, 13 aprile 2023, 18 (reperibile all'indirizzo https://www.cortecostituzionale.it/annuario2022/pdf/Dati_quantitativi_e_di_analisi_2022.pdf).

17 Tanto vale, evidentemente, per i giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale. Ma non è meno vero, forse, anche le altre tipologie di giudizi costituzionali, in considerazione del tipo di valori e di interessi in gioco.

18 E agli avvocati che di fronte ad essi patrocinano, nel senso precisato nel paragrafo precedente.

preparati a redigere ordinanze di rimessione esaustive e ben motivate, per non offrire occasioni (o alibi?) a eventuali pronunce di inammissibilità; ai giudici costituzionali spetta l'*onere culturale* di non abusare della tecnica giuridica, facendo leva sulle questioni processuali per evitare di pronunciare nel merito; e, allo stesso tempo, quello di spiegare pubblicamente (*in primis*, tramite la motivazione delle decisioni) le reali ragioni che possono indurre la Corte a dichiarare inammissibile una questione, quando ritiene inopportuno procedere oltre¹⁹.

Aspetti profondamente culturali rimangono sottesi, poi, al concreto svolgersi del rapporto processuale tra le parti costituite e i giudici costituzionali, nel corso del giudizio. È il momento privilegiato in cui tale rapporto può svolgersi appieno sembra essere principalmente costituito dall'udienza pubblica²⁰: specie in considerazione delle recenti modifiche delle Norme integrative, che hanno formalizzato in disposizioni regolamentari di diritto positivo modalità di dialogo di sicuro interesse.

È opportuno ricordare, in proposito, come il vigente art. 10, comma 3 delle N.i. attribuisca espressamente al giudice relatore, d'intesa con il Presidente, il potere di «formulare specifici quesiti alle parti costituite» e agli intervenienti, «ai quali i difensori rispondono oralmente nell'udienza pubblica»; tali quesiti devono essere comunicati, a cura del cancelliere, «a tutti i difensori e agli altri giudici almeno cinque giorni prima della data fissata per l'udienza». Inoltre, l'attuale art. 19, comma 1 delle medesime N.i. prevede che: spetti al giudice relatore in udienza esporre «in sintesi le questioni della causa e i quesiti eventualmente formulate»; i difensori delle parti debbano poi svolgere «in modo sintetico i motivi delle loro conclusioni» e rispondere «ai quesiti eventualmente formulati dal relatore»; ferma restando la possibilità, per ciascun giudice, di «formulare in udienza ulteriori domande ai difensori»²¹.

19 Tanto dovrebbe valere, ancor più, se si considera la varietà delle tipologie di decisioni di cui la Corte si è dotata in via pretoria, che vanno ben oltre l'alternativa secca accoglimento/rigetto della questione, e che le consentono di maneggiare con particolare attenzione il (delicatissimo) profilo relativo al rapporto tra la sua stessa discrezionalità e quella del legislatore. Basti pensare alle sentenze additive di principio e alle sentenze manipolative, oggi arricchitesi della – già ricordata – possibilità di pronunciare in presenza di rime solo adeguate (ad esempio: Corte cost., 27 ottobre 2023, n. 194, punto 3 del Considerato in diritto; Corte cost., 5 ottobre 2023, n. 185, punto 3 del Considerato in diritto; Corte cost., 17 marzo 2023, n. 46, punto 4.4 del Considerato in diritto; Corte cost., 14 aprile 2022, n. 95, punto 5 del Considerato in diritto); oltre che al meccanismo della c.d. doppia pronuncia, tramite il quale la Corte rinvia i giudizi in corso e assegna un termine al legislatore, riservandosi di intervenire in caso di inerzia (note, al riguardo: Corte cost., 11 maggio 2021, n. 97, punto 11 del Considerato in diritto; Corte cost., 26 giugno 2020, n. 132, seguita dalla sentenza 12 luglio 2021, n. 150; Corte cost., 16 novembre 2018, seguita dalla sentenza 22 novembre 2019, n. 242). Osservazioni particolarmente critiche, sotto quest'ultimo profilo, si trovano in A. MORRONE, *Suprematismo*, cit., 199.

20 Per un'appassionata difesa dell'udienza pubblica, come luogo primo di giustizia (anche costituzionale) condivisa e trasparente, sul solco delle riflessioni di Piero Calamandrei, si veda M. BERTOLISSI, *L'udienza pubblica dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, I, 2022, 321 ss.

21 Le disposizioni citate sono state modificate in tal senso, da ultimo, con deliberazione della Corte costituzionale 24 maggio 2022 (pubblicata in G.U., 31 maggio 2022, n. 126).

Disposizioni di questo tipo (forse non necessarie, perché il dialogo tra giudici e difensori in udienza pubblica avrebbe dovuto ritenersi consentito anche in precedenza²²) presuppongono un cambio di mentalità importante, e potrebbero apparire significative già solo per il fatto di essere state deliberate: specie alla luce del – non infrequente – riferimento all’udienza pubblica come a «un rituale nella cui utilità nessuno crede»²³.

Un rito che ha alle spalle, appunto, un determinato atteggiamento culturale, caratteristico (spiace dirlo) dell’ordinamento italiano, e spesso ancora particolarmente diffuso, specie presso i giudici collegiali²⁴. Basti ricordare, qui, l’auspicio a lungo inscaltato di chi si augurava, ormai settant’anni addietro, che i giudici osassero «rompere la regola monastica del loro silenzio, per trasformare l’udienza, da inutile soliloquio di un rétoro dinanzi a un consesso di sonnacchianti, in un dialogo tra interlocutori vivi, che cercano, attraverso la discussione, di comprendersi e di convincersi»²⁵.

Chi ha avuto l’occasione di poter assistere a un’udienza pubblica della Corte costituzionale, prima della ricordata modifica delle Norme integrative e successivamente, non può non essersi accorto della differenza; non può non aver notato come le nuove disposizioni regolamentari abbiano già avuto un significativo impatto sull’andamento dell’udienza pubblica: benefico, nella prospettiva qui accolta, in termini di approfondimento dialogico, in pubblico, dei profili costituzionali controversi²⁶. E ciò, si badi, pur con tutte le dovute cautele, che impongono di valutare questo nuovo andamento come un insieme di prime sperimentazioni richiedono (inevitabilmente) di sedimentarsi ed evolvere adeguatamente nel tempo, anche facendo tesoro di quando accade in altri ordinamenti²⁷: proprio perché si tratta di comportamenti e atteggiamenti dietro i quali si nasconde un decisivo salto culturale.

Tanto vale, in primo luogo, per i giudici costituzionali: poiché l’abitudine alla sollecitazione e al confronto dialettico in udienza presuppone che ad esserne parte attiva sia non solo ciascun giudice relatore, con riferimento alle questioni che gli sono state assegnate, ma tutti i componenti del collegio; espressamente coinvolti nell’esprimere

22 Come ritenuto da G. TIEGHI, *Diritto, esperienze comunicative, ‘Questioning’: nuovi itinerari di Giustizia costituzionale?*, in *federalismi.it*, XIV, 2020, 420 ss., e G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, Napoli, 2021, 253 s.

23 In questo senso, criticamente, S. CASSESE, *Dentro la Corte*, cit., 186. Si vedano anche i rilievi (analogamente caustici) esposti alle pagine 25, 35, 47, 61 e 70. Aveva rilevato la «scarsa importanza che l’udienza assume nella dinamica processuale» anche A. VUOLO, *Il contraddittorio*, cit., 429, e nt. 94.

24 Ha fatto recente riferimento alle «prassi processuali seguite nella giurisdizione comune, ove il giudice di solito si astiene dall’interloquire direttamente con le parti durante la discussione, anche per il timore di esporre in tal modo anticipatamente la propria opinione sulla decisione», F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale e la sua comunicazione*, in *Quad. cost.*, I, 2023, 19.

25 P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, 90.

26 Alcuni primi riscontri positivi al riguardo sono stati espressi da F. VIGANÒ, *La Corte*, cit., 18 s., e da R. ROMBOLI, *Corte*, cit., 53.

27 Di recente, in argomento, G. TIEGHI, *Corte costituzionale e dovere di sperimentazione comunicativa in udienza. Riflessioni aggiornate sul dialogo con i giudici*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, I, 2023, 105 ss.

domande, richieste e dubbi oltre il velo della collegialità, e disponibili a coltivare pubblicamente perplessità che a loro volta presuppongono (dovrebbero presupporre) la disponibilità a lasciarsi convincere; e, magari, ad uscire dall'udienza pubblica con elementi di giudizio (fattuali e giuridici) e convinzioni diverse da quelle iniziali. Tutti aspetti, questi, rispetto ai quali la personalità di ciascun giudice costituzionale, unitamente alla sua formazione e al suo vissuto culturale, giocano un ruolo decisivo²⁸. Tanto che, già ora, sembra possibile individuare giudici costituzionali più propensi a formulare domande in udienza, dialogando con i difensori che vi partecipano, e altri meno: anche in questa specifica prospettiva il diritto è, innanzitutto, esperienza²⁹.

Ma il salto culturale non è meno evidente per gli avvocati: perché la partecipazione a un'udienza realmente dialogica è impegnativa, assai più impegnativa di quella a un'udienza in cui i difensori si limitano a recitare discorsi precostituiti, spesso ripetitivi degli atti scritti già depositati. Un avvocato culturalmente attrezzato dovrebbe, di per sé, comunque avere una sensibilità sufficiente a intervenire (o a non intervenire ...) in udienza pubblica con cognizione di causa, tenendo conto di quanto espone il relatore e adattando conseguentemente la scelta degli argomenti da spendere oralmente, anche per concentrare l'attenzione del collegio sui profili davvero decisivi; ma la necessità di rispondere a domande in udienza (non necessariamente anticipate nei giorni precedenti³⁰) è un'altra cosa: richiede padronanza assoluta delle questioni giuridiche controverse e del contesto ordinamentale di riferimento, oltre che capacità di analisi, improvvisazione e sintesi non comuni; nonché, evidentemente, doti caratteriali altrettanto non scontate³¹.

Più che significative appaiono, del resto, anche le implicazioni culturali per l'opinione pubblica: perché un'udienza realmente dialogica è un'udienza in cui assume

28 Il che appare tanto più vero, se si considera la provenienza composita dei giudici costituzionali. «Il ricongiungersi, nell'ambito dello stesso collegio giudiziale, di tre personaggi forniti di un differente approccio professionale al diritto dà spessore alla dialettica interna. Sarebbe troppo monocorde una Corte composta di docenti per loro natura inclini alla teorizzazione o di soli giudici avvocati inclini invece all'analisi del caso singolo»: così P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, 2018, 83, secondo cui è «provvidenziale che si sia individuato l'attingimento a tre differenti canali».

29 In argomento, soprattutto, G. TIEGHI, *Educare, non solo decidere. Nuovi scenari dalle recenti opere dei giudici costituzionali Grossi e Sotomayor*, in *Rivista AIC*, I, 2020, 165 ss.; si veda anche M. BERTOLISSI, *L'udienza*, cit., 335 ss. Sul rapporto tra personalità del giudice, sua cultura/formazione giuridica e giudizi costituzionali, merita di essere menzionato l'appunto critico (politicamente scorretto...) sui diversi 'tipi ideali' di *compagni di viaggio* tracciato da S. CASSESE, *Dentro la Corte*, cit., 235 ss.

30 Come si è visto, infatti, in base al vigente art. 19, comma 3 delle N.i. nel corso dell'udienza pubblica possono essere formulate domande ulteriori rispetto a quelle anticipate dalla cancelleria ai sensi dell'art. 10.

31 Tutti aspetti, questi, che si comprendono molto bene leggendo le riflessioni (che corrispondono a esperienze vissute) di M. BERTOLISSI, *L'udienza*, cit., 322 ss.; ulteriori diffuse considerazioni, sul punto, si trovano anche in G. TIEGHI, *L'esperienza di avvocato dinanzi alla Corte costituzionale. Colloquio con Mario Bertolissi*, in *Etica, deontologia e tecnica dell'avvocato*, cit., 115 ss.

particolare significato anche il ruolo stesso del pubblico come parte sostanziale del giudizio³²; e che, in quanto tale, dovrebbe avere la maturità necessaria a comprendere correttamente il senso delle richieste di chiarimento avanzate dai giudici e a cogliere il significato profondo di un contraddittorio pubblico (potenzialmente, anche molto intenso) su temi giuridici controversi, di tono costituzionale: fondamentali, quindi, per tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico.

Il ricorso al metodo del *questioning* nel corso dell'udienza pubblica meriterebbe, in effetti, di essere concepito come una forma vera e propria di «dialogo diretto tra la Corte e la pluralità dei cittadini: i quali ascoltano, recepiscono o non recepiscono, ma sono messi nella condizione di conoscere direttamente (i.e. senza filtri, autenticamente) il pensiero dei giudici, di ogni singolo giudice»³³.

A venire in gioco è, evidentemente, l'autorevolezza del giudice (dei giudici), della quale si nutre l'autorevolezza complessiva dell'Istituzione; solo a partire dalla quale è ipotizzabile l'edificazione di un sentimento costituzionale condiviso, capace di avvicinare sostanzialmente la cittadinanza al sistema delle tutele, anche costituzionali³⁴.

4. *Cultura giuridica e Corte costituzionale, 'oltre il' giudizio di costituzionalità, 'verso' l'opinione pubblica e la società civile.*

Quanto appena considerato obbliga a rilevare come la questione culturale abbia, con riferimento al giudizio di costituzionalità, un rilievo generale persino superiore a quello (tutt'altro che trascurabile, in ogni caso) caratteristico della 'comune' giurisdizione. Infatti, se le pronunce di merito e di legittimità possono rivestire interesse per l'opinione pubblica complessivamente intesa, e non solo presso il pubblico specializzato³⁵, tanto dovrebbe rivelarsi ancora più vero con riferimento alle decisioni della Corte costituzionale: per definizione, relative (nella maggior parte delle ipotesi) a temi di interesse generale, suscettibili di produrre effetto nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento.

Il condizionale, tuttavia, rimane d'obbligo, alla luce della ricorrente considerazione secondo la quale il grado effettivo di conoscenza della Costituzione italiana, nel nostro paese, è piuttosto modesto.

32 Nel senso evidenziato da S. SATTÀ, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 34.

33 Così G. TIEGHI, *Corte*, cit., 109; si veda anche EAD., *Diritto*, cit., *passim*, dalla cui lettura si trae chiara conferma del fatto che si tratti, appunto, di un problema culturale, strettamente collegato alla concezione stessa del diritto presupposta, che coinvolge *ab imis* il rapporto tra cittadini e istituzioni pubbliche caratteristico delle democrazie costituzionali contemporanee.

34 Si rinvia, in argomento, a G. BERGONZINI - G. TIEGHI, *Sull'autorevolezza del giudice costituzionale. Riflessioni conclusive*, in *Corte costituzionale in pubblico. L'autorevolezza del giudice*, a cura di M. Bertolissi, G. Bergonzini, G. Tieghi, Napoli, 2023, 161 ss.

35 Specie quando in discussione sono temi di particolare risonanza mediatica, perché d'impatto sociale, politico, economico ed emotivo.

È una storia che viene da lontano: ancora nel 2009 il Presidente Giovanni Maria Flick, ricordando il rammarico espresso in tal senso da Enrico De Nicola già nel corso dell'udienza inaugurale del 23 aprile 1956, aveva rilevato come anche l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale ricadesse tra quelle «tematiche riservate a pochi 'addetti ai lavori' o intrise di tecnicismo tale da essere, per i più, sfuggenti o addirittura arcane». Aveva evidenziato, perciò, la necessità di creare una cultura della Costituzione capace di farla vivere in concreto, grazie a un'opinione pubblica realmente 'consapevole', in grado di dar vita a «quella generale condivisione per il diritto come valore che va al di là del 'rango' della fonte che lo ha espresso»³⁶. E il Presidente Francesco Ammirante l'anno successivo ribadì come, tra le istituzioni italiane, la Corte costituzionale fosse «se non una sconosciuta, certamente la meno conosciuta»; rilevando, quindi, che «le istituzioni debbono promuovere una vera e propria cultura della giustizia costituzionale, che non è (...) la cultura di 'ciò che dice la Corte', ma è la cultura 'di come i principi costituzionali sono concretizzati', di quale sia il loro significato profondo e di quali siano le modalità attraverso cui proteggerli e svilupparli»³⁷.

È essenzialmente su queste basi che trova fondamento la successiva affermazione del Presidente Paolo Grossi secondo cui tra le funzioni della Corte vi è pure quella di alimentare «direttamente, con l'esempio e la testimonianza del dialogo, e con la divulgazione, la cultura della Costituzione, vale a dire la coscienza del nostro 'stare insieme' (cum-stare)»³⁸. Una considerazione, questa, che spiega in modo immediato l'impegno educativo dei giudici costituzionali italiani nelle scuole (recentemente ripreso, al termine dell'emergenza sanitaria); e che molto probabilmente giustifica pure, in parte consistente, la complessiva strategia comunicativa fatta propria dalla Corte costituzionale negli ultimi anni: che molto ha fatto (e fa) discutere, ma che rientra anch'essa nel tentativo di instaurare con l'opinione pubblica un rapporto diretto e disintermediato, chiaramente connotato non solo in senso *informativo*, ma anche in senso *formativo* (*id est*, pedagogico³⁹).

36 CORTE COSTITUZIONALE, *Considerazioni finali del Presidente Giovanni Maria Flick sulla giurisprudenza costituzionale del 2008 in occasione dell'Udienza straordinaria del 28 gennaio 2009*, Roma, Palazzo della Consulta, 1-2 (reperibile all'indirizzo https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/considerazioni_finali_Flick.pdf).

37 CORTE COSTITUZIONALE, *Relazione del Presidente Francesco Ammirante sulla giurisprudenza costituzionale del 2009. Incontro con la Stampa*, Roma, Palazzo della Consulta, giovedì 25 febbraio 2010, 1-2 (reperibile all'indirizzo https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/Incontro_con_la_stampa_25022010.pdf). Hanno di recente osservato che «la nostra Corte non è conosciuta come le altre istituzioni e soprattutto non è percepita come la coscienza costituzionale del paese, a differenza di altre Corti supreme del mondo», G. AMATO - D. STASIO, *Storie*, cit., 9.

38 CORTE COSTITUZIONALE, *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2017*, Roma, Palazzo della Consulta, 22 febbraio 2018, 4, reperibile all'indirizzo https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/grossi2018/grossi_relazione2018.pdf.

39 Specificamente al riguardo, in chiave comparatistica, T. GROPPI, *Giurisdizioni costituzionali e opinione pubblica nella rivoluzione digitale. Dalla comunicazione delle decisioni alla promozione della cultura costituzionale*, in

Il tema delle cosiddette ‘aperture’ della Corte costituzionale merita di essere colto e analizzato, quindi, anche sotto il profilo culturale.

Tanto vale, in primo luogo, per le aperture processuali: se elementi di apertura *nel* giudizio possono ravvedersi nelle nuove modalità di svolgimento dell’udienza pubblica, a cui si è accennato poc’anzi, altrettanto potrebbe dirsi con riferimento alla partecipazione ai giudizi degli *amici curiae*; un istituto sul quale è certo possibile nutrire perplessità (specie per quanto riguarda l’effettiva utilità processuale dei relativi apporti partecipativi e la loro compiuta *leggibilità* esterna, alla luce di ciò che la motivazione in fatto e in diritto delle decisioni della Corte consente di cogliere⁴⁰), ma che costituisce indubbiamente una porta di accesso ai giudizi costituzionali. La possibilità di depositare un’opinione scritta concessa alle «formazioni sociali senza scopo di lucro» e ai «soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi»⁴¹ rappresenta comunque, pur nelle sue criticità, una forma di valorizzazione dei corpi intermedi che può consentire di dare espressamente e informalmente⁴² voce, di fronte alla Corte costituzionale, anche a istanze socio-culturali meritevoli di adeguata rappresentazione, potenzialmente capaci di arricchire il giudizio⁴³. Rappresentazione che, per non scadere nell’irrilevanza (o nell’abuso) richiede a sua volta un grado adeguato di cultura giuridica, capace di guidare a un ragionevole utilizzo di tale strumento partecipativo.

Quanto alle aperture comunicative in senso proprio della Corte costituzionale, la loro varietà consente di evidenziare la particolare complessità del rapporto tra giudice delle leggi, opinione pubblica e cultura giuridica della società civile⁴⁴.

È il caso di rilevare, in primo luogo, come la comunicazione avente un più immediato rilievo funzionale, che si avvale del frequente utilizzo di comunicati stampa

Quad. cost., I, 2023, 94: «le Corti stanno interpretando sempre più il loro ruolo come quello di guardiane della costituzione a tutto tondo, nel senso di un vero e proprio *magistero costituzionale*».

40 Tra i vari possibili profili critici che caratterizzano l’istituto, infatti, uno dei principali sembra essere rappresentato dai riferimenti ai contenuti delle opinioni degli *amici curiae* nella motivazione in fatto e in diritto delle decisioni della Corte (per considerazioni più diffuse in argomento si rinvia a G. BERGONZINI, *Una Corte*, cit., 194 ss.).

41 Così dispone, in proposito, l’attuale art. 6, comma 1 delle N.i.

42 Si tratta, infatti, di una forma di partecipazione che: non richiede l’assistenza di un avvocato; non presuppone la previa partecipazione a un giudizio *a quo* (né la predisposizione di un ricorso in via principale); non richiede particolari modalità di deposito (è inviata direttamente per posta elettronica alla cancelleria della Corte costituzionale, senza passare attraverso il portale e-Cost, dedicato al processo costituzionale telematico); non determina l’acquisizione del ruolo di parte costituita; non consente la partecipazione all’udienza pubblica.

43 Ha tratteggiato un primo bilancio sostanzialmente positivo dell’istituto, proprio da questo specifico punto di vista, F. VIGANÒ, *La Corte*, cit., 22, evidenziando come «proprio i portatori di interessi normalmente al margine del dibattito pubblico possano essere facilmente rappresentati da associazioni di studiosi o di avvocati che agiscano *pro bono*, nate anche allo scopo di redigere opinioni in qualità di *amici curiae* nei giudizi avanti alla Corte: il che offre (...) una preziosa opportunità per la stessa accademia di incidere in modo più strutturato nel processo decisionale delle questioni di legittimità costituzionale». Si veda pure G. AMATO – D. STASIO, *Storie*, cit., 195.

44 Se ne chiara conferma proprio dalla lettura complessiva di G. AMATO - D. STASIO, *Storie*, cit., *passim*.

(in particolare, anticipatori e accompagnatori⁴⁵) predisposti dall'apposito Ufficio della Corte costituzionale e pubblicati sul sito istituzionale⁴⁶, trovi giustificazione proprio nella ritenuta opportunità di rispondere in modo non-mediato a esigenze pubbliche di conoscenza e comprensione⁴⁷; esigenze che, però, possono essere compiutamente soddisfatte solo in presenza di competenze e sensibilità adeguate a cogliere correttamente gli effetti e la portata di tali comunicati, anche in rapporto alle decisioni cui si riferiscono⁴⁸.

Lo stesso sito internet della Corte costituzionale, ormai divenuto un vero e proprio portale (accompagnato dallo sviluppo di un'applicazione dedicata⁴⁹) si presta a più livelli di lettura: presentando contenuti più strettamente funzionali, destinati a un pubblico qualificato⁵⁰, ma anche materiali multimediali di varia natura accessibili da parte

45 I primi, immediatamente successivi alla camera di consiglio, preannunciano l'esito di un determinato giudizio, in attesa del deposito della relativa motivazione; i secondi, contestuali al deposito della decisione in cancelleria, ne sintetizzano i termini essenziali, per le questioni ritenute di maggiore interesse.

46 Raggiungibile all'indirizzo <https://www.cortecostituzionale.it/default.do>.

47 Lo ha confermato F. VIGANÒ, *La Corte*, cit., 26 ss. Si veda anche A. SAIITA, *La comunicazione istituzionale del giudice delle leggi come pedagogia costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, I, 2023: «se siamo d'accordo sul fatto che la Corte costituzionale, con la sua giurisprudenza, rinverdisce quotidianamente l'attualità, la validità e l'efficacia della tavola dei valori fondativi della Repubblica, quest'opera non può avere come destinatari soltanto le parti processuali, i soggetti istituzionali interessati ai vari casi o la comunità scientifica, ma deve rivolgersi ad una platea di destinatari più ampia possibile e nella forma comunicativa più efficace».

48 Tanto vale soprattutto con riferimento ai comunicati anticipatori, la cui criticità è intrinseca nel fatto di venire pubblicati prima del deposito delle sentenze cui si riferiscono (significativo, al riguardo, quanto accaduto a seguito del comunicato anticipatorio relativo alle dichiarazioni di ammissibilità/inammissibilità dei quesiti referendari del 2022, a cui il Presidente Giuliano Amato ha ritenuto di dover dare un seguito chiarificatore tramite un'apposita conferenza stampa – reperibile all'indirizzo <https://www.youtube.com/watch?v=jgZ7DU2Q2Ak&t=1s> –; la vicenda, nella sua interezza, è oggi raccontata in G. AMATO – D. STASIO, *Storie*, cit., 222-246). Anche le altre tipologie di comunicato (ivi inclusi quelli accompagnatori, la cui lettura non può sostituire, ma solo accompagnare, quella della rispettiva decisione) non sono esenti da possibili criticità. Per una sintesi in argomento (la bibliografia al riguardo è, ormai, assai sviluppata) si vedano, tra gli altri: G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta: i comunicati stampa e le «voci di dentro» tra tradizione e innovazione*, in *Diritto e Società*, II, 2018, 248 ss.; D. CHINNI, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Diritto e Società*, II, 2018, 265 ss.; A. SPERTI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Diritto e Società*, IV, 2019, 778 ss.; *Il 'forum'. I comunicati stampa della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 15 maggio 2020 (reperibile all'indirizzo https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Il_Forum_-_I_comunicati_stampa_della_Corte_costituzionale.pdf); G. BERGONZINI, *Una Corte*, cit., 78 ss.; R. ROMBOLI, *Corte*, cit., 55 ss..

49 Che dà accesso diretto e immediato ad alcune sezioni del sito, consentendo agli utenti di ricevere aggiornamenti personalizzati.

50 Tanto vale, in particolare: per la sezione dedicata al processo costituzionale telematico e-Cost (<https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/giurisprudenza/ecost.do>); per i vari collegamenti contenuti nella sezione *Giurisprudenza e lavori*, tra i quali, in particolare, quelli dedicati al processo costituzionale (<https://www.cortecostituzionale.it/actionProcessoCostituzionale.do>), alle questioni pendenti (<https://www.cortecostituzionale.it/actionLavori.do>) e al motore di ricerca delle decisioni (<https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>); per la sezione *Studi* (<https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/giurisprudenza/studi.do>).

di un pubblico più vasto, che danno dettagliatamente conto delle diverse iniziative che vedono, oggi, direttamente e personalmente impegnati i giudici costituzionali in molteplici attività formative e informative (ad ampio spettro pedagogico, appunto)⁵¹.

Di particolare significato, poi, l'utilizzo da parte della Corte costituzionale di diversi *social media* (*Youtube, Spreaker, Instagram, Twitter*), che consentono di diffondere presso un pubblico volutamente ampio e differenziato messaggi comunicativi piuttosto variegati, la cui natura dipende dal tipo di canale *social* utilizzato.

Rispetto a questo esponenziale incremento della comunicazione della Corte costituzionale complessivamente intesa (di carattere funzionale ed extrafunzionale) appare piuttosto evidente come l'atteggiamento della cultura giuridica tradizionalmente intesa non possa essere di rifiuto, quanto piuttosto di attenta e preparata intermediazione critica⁵².

Se è vero, oggi, che la Corte costituzionale italiana non parla più esclusivamente attraverso le sue sentenze, ma pure attraverso ulteriori strumenti, dall'impatto culturale generale potenzialmente assai più immediato, alla scienza giuridica latamente intesa (comprendente la dottrina, ma anche gli operatori concreti del diritto, avvocati e giudici *in primis*) spetta non solo il compito di interpretare e chiarire il significato delle decisioni della Corte costituzionale e delle relative motivazioni, traendone ogni conseguenza giuridica concreta potenzialmente significativa per la vita dei consociati e i loro diritti costituzionali⁵³; ma anche quello di accompagnare l'opinione pubblica nella corretta lettura della comunicazione istituzionale della Corte e delle sue (variegate) iniziative pedagogiche.

Iniziative da apprezzare se (e nella misura in cui) possano essere intese come strumenti di edificazione e mantenimento di quella cultura giuridica costituzionale

51 A tal riguardo assumono rilievo, ad esempio: la pubblicazione degli *Annuari*, nei quali si dà conto della principale attività funzionale ed extrafunzionale dell'anno di riferimento (l'ultimo è raggiungibile all'indirizzo <https://www.cortecostituzionale.it/annuario2022/index.html>); la *Libreria dei Podcast* registrati dai giudici costituzionali (<https://www.cortecostituzionale.it/categoriePodcast.do>); le sezioni dedicate al *Viaggio nelle scuole* (<https://www.cortecostituzionale.it/viaggionellescuole2023/>), e al *Viaggio nelle carceri* (https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/vic/vic_home.do).

52 Pretendere oggi, nel modo della comunicazione globale, di escludere le istituzioni pubbliche (ivi incluse quelle di garanzia, come la Corte costituzionale) dal circuito comunicativo non avrebbe, infatti, più senso di cercar di svotare il mare con una forchetta (più che con un cucchiaino...); in merito, tra gli altri: P. PASSAGLIA, *La comunicazione istituzionale degli organi di giustizia costituzionale, tra ricerca di legittimazione e rivisitazione della tradizione. Appunti per una ricerca*, in *Ius Dicere in a Globalized World*, a cura di C.A. D'Alessandro, C. Marchese, I, Roma, 2018, 189 ss.; A. SPERTI, *Corte*, cit., 756 ss.; A. PAJNO, *La Corte 'mediatica?: aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto*, in *Questione Giustizia*, IV, 2020, 140 ss.; R. ROMBOLI, *Corte*, cit., 53 ss.; T. GROPPI, *Giurisdizioni*, cit., 73 ss.

53 Si vedano, in merito, le sempre attuali considerazioni relative alla necessaria, reciproca integrazione tra motivazione delle decisioni, comunità scientifica e società, espresse da A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996, 129 e 330 ss.; sul tema, di recente, anche C. SALAZAR, *La Corte costituzionale tra le maglie della Rete: qualche considerazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, I, 2023, 82 s.

condivisa che rappresenta elemento irrinunciabile di effettività del sistema di giustizia costituzionale⁵⁴: con tutto ciò che ne consegue in termini di effettività degli stessi diritti costituzionali coinvolti; ma che non possono in alcun modo essere concepite (né tollerate) come veicoli di esclusiva legittimazione democratica diretta della Corte costituzionale, sostitutiva della legittimazione funzionale che le è istituzionalmente attribuita nel sistema dalla stessa Costituzione⁵⁵.

5. *Cultura giuridica tra avvocati, giudici, Corte costituzionale e società civile: qualche piccola conclusione.*

Le considerazioni sin qui esposte consentono, in conclusione, di evidenziare un particolare collegamento tra scienza giuridica, interpreti qualificati del diritto (avvocati e giudici *in primis*) e Corte costituzionale, che per il rilievo dei temi giuridici coinvolti tocca necessariamente anche l'opinione pubblica e la società civile. Un collegamento di natura tecnico-giuridica, ma allo stesso tempo culturale, appunto, perché ha a che vedere con il patrimonio di conoscenza e sensibilità giuridica costituzionale (*id est*, relativa ai fondamenti della convivenza) che dovrebbe risultare condiviso tra tutti i consociati: soprattutto in un tempo di transizione⁵⁶.

Nel più ampio contesto della scienza giuridica, il ruolo degli avvocati e dei giudici al riguardo appare del tutto evidente, e risulta assolutamente significativo sia nella fase per così dire *ascendente* dei giudizi che svolgono dinnanzi alla Corte (dalla società organizzata, verso il giudizio costituzionale), sia in quella *discendente* (dal giudizio costituzionale, verso la società organizzata).

54 Di effettività ha ragionato espressamente, in senso analogo, L. D'ANDREA, *Il dialogo tra Corte costituzionale e opinione pubblica come valore costituzionale: brevi cenni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, I, 2023, 155 s.

55 E ciò, si badi, anche laddove si muova dalla considerazione secondo cui la legittimazione formale/istituzionale della Corte non può essere autoreferenziale, ma debba essere utilmente integrata da una sorta di legittimazione democratica indiretta e di risultato, legata all'apprezzamento in concreto dell'attività della Corte e alla diffusa condivisione dei valori costituzionali sui quali si regge la civile convivenza (si rinvia, sul punto, a G. BERGONZINI, *Una Corte*, cit., 40 ss.); si vedano anche N. LUPO, *Qualche ipotesi alla base della nuova stagione comunicativa della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, I, 2023, 42 ss., e M.C. GRISOLIA, *Corte costituzionale ed opinione pubblica: un 'cambio di passo' ormai necessario?*, ivi, 48 s. Particolarmente critico al riguardo, anche in considerazione dell'esponenziale incremento dell'attività comunicativa della Corte costituzionale, che potrebbe costituire un tentativo di acquisire legittimazione politica diretta, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, II, 2019, 279 ss.; considerazioni prudenti (ma sostanzialmente preoccupate) in argomento sono state esposte da A. RUGGERI, in *Il 'forum'*, cit., 371 s. (nonché in ID., *Corte costituzionale e pubblica opinione (note minime su una questione di cruciale rilievo ad oggi insoddisfacentemente risolta)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, I, 2023, 29 ss.), e da R. ROMBOLI, *Corte*, cit., 66 ss.

56 Nel senso indicato da P. GROSSI, *Il diritto*, cit., 112: «il segno del nostro tempo è la transizione, il transito da una sponda solida ma ormai inservibile, la modernità, verso un approdo altrettanto solido ma diverso, che non abbiamo ancora raggiunto e durante il quale si accerti soltanto di distanziarsi sempre più dal luogo dell'imbarco, di diventare sempre più pos-moderni, o, il che è lo stesso, sempre meno moderni (non essendo in grado di più definite precisazioni)».

Rispetto alla fase ascendente, di particolare importanza si rivelano l'atteggiamento e la cultura giuridica specificamente costituzionale di avvocati e giudici *a quibus*: dalle quali dipendono, essenzialmente, le stesse probabilità che una determinata domanda di giustizia costituzionale proveniente dalla società pervenga correttamente all'attenzione della Corte; ma non meno decisivi si manifestano detto atteggiamento e tale cultura nella fase discendente dei giudizi costituzionali, da essi dipendendo (in particolare) l'effettiva produzione di effetti giuridici concreti delle decisioni che quei giudizi concludono e (più in generale) l'esatta *traduzione* presso l'opinione pubblica e la società civile delle attività funzionali ed extrafunzionali della Corte. Compiti tutti, questi, rispetto ai quali l'apporto della scienza giuridica (ivi inclusa, evidentemente, l'accademia) non può, in ogni caso, essere sottovalutato⁵⁷.

Quanto alla Corte costituzionale, si può notare come i giudici che la compongono si trovino al crocevia tra le due fasi a cui si è appena fatto riferimento.

Essi stessi, in quanto magistrati delle giurisdizioni superiori, avvocati con esperienza ultraventennale e/o professori ordinari costituiscono, intanto, espressione di determinate culture giuridiche, che influiscono inevitabilmente sui giudizi costituzionali e che condizionano, evidentemente, i modi (ivi inclusi quelli di svolgimento dell'udienza pubblica) e gli esiti dei giudizi costituzionali (per tali intendendosi non solo i dispositivi delle decisioni della Corte ma anche, e forse soprattutto, gli apparati motivazionali che le sorreggono). La varietà e l'incisività delle attuali relazioni della Corte costituzionale con l'opinione pubblica (specializzata e non) e con la società civile inducono, d'altra parte, a non trascurare l'impatto che essa può avere sulla cultura giuridica complessivamente intesa, suscettibile di riflettersi anche sul grado di consapevolezza e preparazione tecnica degli stessi professionisti giuridici qualificati (avvocati e giudici) chiamati a entrare in rapporto diretto con la Corte⁵⁸.

Solo in presenza di un reciproco scambio di *influenze culturali* potenzialmente benefico, perché ispirato a un dialogo aperto e sempre critico, può essere correttamente concepita quella «funzione 'respiratoria' dell'ordinamento, indispensabile nella dimensione costituzionale della convivenza»⁵⁹.

57 Apporto che dovrebbe andare oltre la tentazione di parlare e ragionare «essenzialmente all'interno della nostra comunità, in luoghi selettivi di dibattito usando un gergo specialistico assai poco comprensibile per l'uomo della strada anche quando siamo invitati a rilasciare interviste sui quotidiani (per quei pochissimi che li leggono) o in televisione»: come ha rilevato A. SAIITA, *La comunicazione*, cit., 54, nel ribadire proprio la necessità di forme di mediazione comunicativa e culturale curate dalla stessa Corte costituzionale; eppure, anche in ciò, la Corte non dovrebbe essere lasciata sola (come si è rilevato in G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e opinione pubblica: nel giudizio*, intorno al *giudizio*, oltre il *giudizio (alcuni brevi rilievi)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, I, 2023, 121 s.

58 Prezioso, anche da questo punto di vista, l'auspicio di P. GROSSI, *Il diritto*, cit., 112: «giudici, scienziati, avvocati, notai possono garantire una risposta giuridica veramente capace di ordinare la transizione».

59 Così CORTE COSTITUZIONALE, *Relazione del Presidente Paolo Grossi*, cit., 2. Sulla fondamentale dimensione pluralistica della Corte costituzionale quale organo respiratorio dell'ordinamento, P. GROSSI, *L'invenzione' del diritto*, Roma-Bari, 2017, 70 s., 98, 111.

ABSTRACT: Il contributo affronta il tema del rapporto tra cultura giuridica e giudizi costituzionali, soffermandosi su tre principali profili: la relazione tra le particolari modalità di accesso ai giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale e la cultura giuridica di avvocati e giudici rimettenti; i vari modi e le diverse forme di dialogo giuridicamente qualificato che possono instaurarsi in sede processuale di fronte alla Corte; il rapporto tra Corte costituzionale, opinione pubblica e cultura giuridica ampiamente considerata, alla luce delle molteplici forme di comunicazione che la Corte costituzionale regolarmente utilizza. Ne risulta evidenziato il ruolo decisivo delle diverse relazioni tra avvocati, giudici *a quibus* e giudici costituzionali, che danno luogo a reciproci scambi culturali di significativa importanza.

PAROLE CHIAVE: Avvocati – Giudici *a quibus* – Giudici costituzionali – Cultura giuridica – Dialogo – Opinione pubblica.

IL RUOLO DELLA CULTURA GIURIDICA NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il ruolo della storia del diritto amministrativo nell'evoluzione dell'eccesso di potere. – 3. La complessità giuridica: il ricorso alla razionalità amministrativa. – 4. L'importanza di una cultura generale. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa.*

I cosiddetti 'operatori del diritto' si trovano, per professione, a interpretare¹, ossia attribuire un qualche significato a testi e a comportamenti². Ciò accade quando il giudice, in testi quali sentenze, decreti, ordinanze, applica il diritto a casi specifici³; quando il giurista in senso stretto, ossia la dottrina, in trattati, manuali, saggi, note a sentenza, propone interpretazioni per far conoscere e 'far progredire' il diritto; quando funzionari amministrativi, in provvedimenti, atti, regolamenti, circolari, applicano una certa legge, cioè, nell'esercizio della discrezionalità amministrativa che l'ordinamento riconosce, scelgono fra i diversi mezzi per attuare i fini dello Stato; ovvero quando il legislatore fornisce un'interpretazione autentica di una propria legge, funzionale alla fissazione autoritativa del significato di una legge precedente⁴.

Nell'esercizio di tali attività l'operatore giuridico si pone con un certo metodo, un certo atteggiamento, con delle opinioni e convinzioni: l'insieme di tale 'bagaglio' va sotto il nome di cultura giuridica. Concetto che va tenuto ben distinto dall'"insieme delle conoscenze giuridiche": non di rado il termine 'cultura giuridica' viene utilizzato non per riferirsi a quell'insieme di valori che il giurista utilizza come 'forme a priori', come

* Dottorando di ricerca in Giurisprudenza nell'Università di Padova.

1 Si usa questo termine in quel suo significato tanto generico (così M. BARBERIS, *Filosofia del diritto – un'introduzione teorica*, Torino, 2008, 209) da riferirsi all'intero ragionamento giuridico: cfr. G. ZACCARIA - F. VIOLA, *Il diritto come interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, 105.

2 Cfr. M. BARBERIS, *Filosofia*, cit., 210, che ricorda che il vocabolo 'interpretazione' ha significati extragiuridici, quali tradurre (interpretazione linguistica), attribuire valore a una variabile (interpretazione logica), suonare una sinfonia (interpretazione artistica). Il significato con cui si intende utilizzare 'interpretazione' nel prosieguo è quello di interpretazione giuridica, ossia attribuzione di significato a testi e comportamenti.

3 A sua volta, questa 'interpretazione' può essere 'in astratto', con ciò volendosi riferire al processo di attribuzione di significato a una disposizione per ricavarne una norma generale o astratta; ovvero 'in concreto', quando tale norma generale e astratta viene applicata a un caso specifico, al fine di deciderlo: cfr. M. BARBERIS, *Filosofia*, cit., 216.

4 Così ancora M. BARBERIS, *Filosofia*, cit., 211 ss.

strumenti per lo studio dei fenomeni, bensì come sinonimo di ciò che si apprende nel corso della carriera da giuristi⁵.

Nel presente contributo ci si propone di fornire qualche cenno di riflessione sul ruolo della cultura giuridica – intesa in senso proprio – in quel settore del diritto in cui gli sforzi interpretativi di chi scrive si dirigono, ossia il diritto amministrativo.

L'indagine partirà dal ruolo della storia del diritto, con particolare attenzione a come a essa attinga la dottrina per far evolvere il mutevole concetto di 'eccesso di potere', messo alla prova dalla digitalizzazione della pubblica amministrazione, dal procedimento algoritmico, dall'uso dell'intelligenza artificiale; si vuole poi fornire uno spunto metodologico per comprendere quale sia lo strumentario di cui l'operatore del diritto può disporre di fronte alla complessità del reale; da ultimo – ma solo per gli evidenti limiti di questa indagine – ci si interrogherà se e in che termini la cultura in senso ampio possa rivestire un qualche ruolo nell'attività dell'interprete pubblicista.

2. *Il ruolo della storia del diritto amministrativo nell'evoluzione dell'eccesso di potere.*

Come noto, i tratti essenziali che caratterizzano il diritto amministrativo sono la preminenza della cura dell'interesse pubblico, l'assoggettamento dell'attività amministrativa al principio di legalità, la sottrazione degli atti amministrativi alle decisioni costitutive del giudice comune⁶. Ed essi sono essenziali perché la presenza dell'uno senza gli altri non consente di affermare che un ordinamento è 'a diritto amministrativo'⁷.

5 Si veda, ad esempio, Cons. Stato, Sez. III, 29 settembre 2014, n. 4862, dove si discorre della «scarsa cultura giuridica dei componenti della cooperativa (quasi tutti infermieri)», che, proprio a causa di ciò, erano rimasti fuorviati e non avevano compreso di dover rispondere a una certa pubblica amministrazione entro il termine perentorio di 30 giorni.

6 Così G. SEVERINI, *Ai primordi del diritto amministrativo: Bartolo e l'exercitium della potestà pubblica*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2022.

7 Cfr. ancora G. SEVERINI, *Ai primordi*, cit., per il quale «non è tale un ordinamento in cui l'amministrazione non è sottoposta alla legge pur presentando gli altri due elementi. Soprattutto, tali non sono gli ordinamenti di *common law*, pur avendo nella *Rule of Law* quanto, grosso modo, corrisponde al principio di legalità: perché nella cura dell'interesse pubblico non vi è ragione di un trattamento differenziato e perché il giudice comune ha competenza anche sui comportamenti amministrativi. Posto che comunque, riguardo all'esercizio del potere pubblico nell'amministrare, si usa distinguere tra gli ordinamenti a seconda che abbiano o meno un sistema di diritto amministrativo, è da considerare anzitutto il primo di questi tratti, cioè la preminenza della cura dell'interesse pubblico. Il rilievo autonomo dell'interesse pubblico rispecchia la differente concezione della legalità e del ruolo del giudice rispetto all'amministrazione. La differenza tra principio di legalità e *Rule of Law*, spesso intesi come equivalenti, passa infatti proprio attraverso questo costrutto. Nella concezione di *common law* domina l'idea del medesimo giudice comune, senza che gli sia sottratto il contenzioso amministrativo per riservarlo a giudici speciali perché, si dice, l'agire per l'interesse comune (*common wealth*) non attribuisce un privilegio davanti ai giudici. Vero è che il giudice speciale non è un tratto essenziale degli ordinamenti a diritto amministrativo perché anche in questi si può avere la giurisdizione unica, seppure con poteri differenziati; ma comunque questa differenziazione non si ha nel *common law* perché, per quanto l'interesse comune possa rilevare, l'amministrazione non perciò solo gode di una posizione particolare».

Ciò premesso, quell'elemento dei tre su cui ci si vuole concentrare è la preminenza della cura dell'interesse pubblico: il suo primato e il suo rilievo sono la conseguenza della differente concezione della legalità e del ruolo del giudice nei vari ordinamenti europei⁸.

Tradizionalmente, si ritiene che il diritto amministrativo sia nato in Francia e che alla sua storia dei secoli XVI-XIX si debba la sua formazione, mediante la sedimentazione dell'idea di interesse generale, la creazione del concetto di legge come espressione della volontà generale, la fine del 'groviglio giuridico' del diritto comune e della lunga eredità feudale⁹.

In realtà, il rilievo specifico e preminente dell'interesse pubblico è da attribuirsi a Tommaso d'Aquino e, soprattutto, a Bartolo da Sassoferrato. Quest'ultimo, sviluppando le riflessioni dell'Aquinate attorno al *bonum commune* e all'*utilitas publica*¹⁰, conferisce all'interesse pubblico uno statuto giuridico: Bartolo, infatti, concepisce l'interesse pubblico come riferimento e come misura dell'*exercitium* del potere pubblico, rapportandolo al *ius*¹¹.

L'elaborazione del concetto si deve alla crisi dei comuni coeva a Bartolo: in quel tempo si pone la questione della reazione all'usurpazione del potere da parte di un tiranno e, ciò che più rileva per il diritto amministrativo, della risposta dell'ordinamento alla condotta di chi finiva per esercitare il potere in modo prevaricatorio, pur avendone un giusto titolo di investitura.

8 In *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* di Alfred Venn Dicey, questi sottolineò che l'amministrazione non è altro che un soggetto di diritto comune come gli altri: dunque vi è un'incompatibilità insanabile tra il governo della legge e un regime composto da *special rights, privileges, or prerogatives* nei confronti del cittadino; in questi termini, ancora prima, anche J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789, per il quale il bene comune non ha autonomia perché non è altro che la risultante della somma dei beni di tutti, essendo la comunità solo una finzione: «The interest of the community is one of the most general expressions that can occur in the phraseology of morals: no wonder that the meaning of it is often lost. When it has a meaning, it is this. The community is a fictitious body, composed of the individual persons who are considered as constituting as it were its members. The interest of the community then is, what?—the sum of the interests of the several members who compose it» (Cap. I, par. IV); e, di seguito, al par. V: «It is in vain to talk of the interest of the community, without understanding what is the interest of the individual» (citazione tratta da G. SEVERINI, *Ai primordi*, cit.). Sul tema vale la pena soffermarsi anche sui seguenti scritti: S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini*, XIX, 1990, 5; ID., *La ricezione di Dicey in Italia e Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1995, 107 ss.; ID., *La costruzione del diritto amministrativo in Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo², Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, 1 ss.

9 Per vero, come ricorda G. SEVERINI, *Ai primordi*, cit., sulla questione delle origini del diritto amministrativo vi sono da tempo in Francia due correnti di pensiero: quella che afferma che il diritto amministrativo nasce con la Rivoluzione e la sua normazione sulla separazione dei poteri; e quella per cui un diritto amministrativo esisteva già sotto la monarchia.

10 *Summa Theologica*, Prima Secundae, q. 5, a. 1, ad 1.

11 Il pregio della ricostruzione è ancora di G. SEVERINI, *Ai primordi*, cit.

Il pregio della riflessione di Bartolo sta nell'aver ricondotto la tirannia alla competenza del *ius*¹²: si scorge qui una forma primordiale di diritto pubblico, in cui si profila il tema della legittimità amministrativa, sia in termini di violazione della legge che di eccesso di potere. Bartolo sottrae il potere all'autogiustificazione e porta nel campo del diritto i suoi eccessi: per fare ciò, utilizza lo strumento concettuale dell'applicazione in analogia di modelli di abuso propri del diritto comune, precisamente quelli sulla tutela dell'*impubere*¹³.

Nel caso del diritto pubblico, tale tutela non è legittimata dal bisogno, bensì dall'essenza stessa della *civitas*: non è la *tuitio* del feudatario verso i deboli, dovere che discende dall'alto, ma un riflesso dell'*universitas* comunale che dà legittimazione dal basso.

Sono certamente primordi, ma già delineano il riferimento all'interesse pubblico: il superiore *bonum publicum*, o *commune*, della *civitas*, dove il potere riceve la sua ragione fuori dalle catene feudali, cessa di essere autoreferenziale per essere rapportato non alla *fides* personale verso il superiore ma verso l'intera *res publica*, la *civitas* con il suo *ius proprium*¹⁴.

Si notano altresì, agli albori, gli elementi fondamentali dell'eccesso di potere, in un momento in cui, ovviamente, il termine non era ancora stato coniato.

Come noto, la dottrina amministrativistica più autorevole ritiene che l'eccesso di potere «caratterizz[i] la nascita del diritto amministrativo e del giudice amministrativo»¹⁵ e che costituisca fondamentale strumento nelle mani del giudice amministrativo per edificare la 'cattedrale' in cui consiste il diritto amministrativo¹⁶.

Insomma, lo studio della storia dell'eccesso di potere è lo studio del diritto amministrativo¹⁷. Pertanto, anche senza riproporre in questa sede la storia dell'eccesso di potere¹⁸, dal *recours pur excès de pouvoir* alla sua conformazione odierna, ben si comprende come la sua evoluzione – e le indagini sulla sua evoluzione – costituiscano un prisma attraverso il quale guardare lo sviluppo del diritto amministrativo e della giustizia amministrativa.

Come è stato recentemente affermato, la figura dell'eccesso di potere «finisce col rispecchiare l'evoluzione di una società, di un modo di pensare, di una sensibilità nei confronti della pubblica amministrazione e del cittadino che con essa si confronta»¹⁹:

12 Si veda ancora G. SEVERINI, *Ai primordi del diritto amministrativo*, cit.

13 Si veda ancora G. SEVERINI, *Ai primordi del diritto amministrativo*, cit.

14 La ricostruzione è di G. SEVERINI, *Ai primordi del diritto amministrativo*, cit.

15 C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, in www.treccani.it.

16 S. CASSESE, *Grandezze e insuccessi del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1988, 777, laddove si afferma che, grazie a questo strumento, il giudice amministrativo «è stato un giudice di legittimità, in Italia, nel senso che ha posto le norme sulla pubblica amministrazione e poi le ha fatte rispettare».

17 Si è debitori all'imponente e approfondito studio di F. SAITTA, *Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica*, in giustizia-amministrativa.it, 2022.

18 Si rinvia, per una trattazione ampia ed efficace, a F. SAITTA, *Il vizio*, cit.

19 F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in *Il Processo*, 2020, 749 ss.

è attraverso l'eccesso di potere che la «giustizia nei confronti dell'amministrazione si è fatta strada»²⁰, contribuendo a definire il dover essere della discrezionalità e ad incrementare la giustiziabilità del potere²¹.

Non stupisce, dunque, che il dibattito attorno all'eccesso di potere sia ben lungi dall'essere sopito: già da tempo si analizzano alcune figure sintomatiche di eccesso di potere derivanti dall'introduzione delle tecnologie informatiche nell'amministrazione pubblica²² e si discorre di sviamento negli atti amministrativi elettronici²³, oltre che di un sindacato di 'eccesso di potere algoritmico'²⁴. L'eccesso di potere ha certamente cambiato vita nel corso dei decenni e continua a cambiarla ogni giorno, dovendosi adattare alle mutate esigenze di tutela giurisdizionale del cittadino.

Se si guardano i più attenti contributi in tema di eccesso di potere e, in particolare, quelli che cercano di delinearne le forme che l'istituto assumerà in futuro, ci si avvede immediatamente che la prospettiva storica è quella più di frequente utilizzata²⁵: talora, come si è fatto in questa sezione, affondando le radici dell'indagine fin nella riflessione di Bartolo da Sassoferrato²⁶, talaltra concentrando la ricerca sulla matrice francese ottocentesca²⁷. La ragione di tale approccio è presto detta: l'eccesso di potere è una figura priva di una qualche disposizione che ne dia una definizione ovvero che ne tracci contenuto, confini e limiti; è una figura di creazione giurisprudenziale, che si adatta alle declinazioni della discrezionalità amministrativa. L'eccesso di potere è un vizio mediante il quale il provvedimento amministrativo non è considerato in sé e per sé, ma nel contesto dei fatti ed atti che hanno concorso a determinare un certo caso nella sua storicità²⁸. Queste sono le ragioni che ne spiegano la sua assoluta attualità e modernità: proprio grazie alla sua duttilità si adatta a problemi nuovi e a casi concreti mai visti: per tali ragioni gli interpreti sono motivati a rintracciarne le radici, prima di elaborarne nuovi frutti.

Come ha affermato il prof. Scoca, si tratta di un «continuo rinnovamento, in forme sempre diverse», un «vero capolavoro della giurisprudenza pretoria del Consiglio di

20 E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980, 398.

21 C. CUDIA, *Eccesso di potere*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto. (Atti del colloquio di Firenze, 13 aprile 2018)*, a cura di S. Torricelli, Torino, 2018, 67-68.

22 Cfr. S. PUDDU, *Contributo ad uno studio dell'atto amministrativo informatico*, Napoli, 2006, 166 ss.; si veda poi F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2003, 615 ss.

23 B. VELLONE, *L'eccesso di potere e lo sviamento negli atti amministrativi ad elaborazione elettronica*, 2021, in www.salvisjuribus.it.

24 E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 297 (richiamato da F. SAITTA, *Il vizio*, cit.).

25 Cfr. G. SEVERINI, *Ai primordi del diritto amministrativo*, cit.; nonché F. SAITTA, *Il vizio*, cit.

26 G. SEVERINI, *Ai primordi*, cit.

27 F. SAITTA, *Il vizio*, cit.

28 F. SAITTA, *Il vizio*, cit.

Stato e della dottrina che l'ha sorretta»²⁹, vivo e vitale grazie al formante storico da cui gli studiosi attingono linfa³⁰. E che costituisce componente imprescindibile della cultura giuridica dell'amministrativista o dell'aspirante tale.

3. *La complessità giuridica: il ricorso alla razionalità amministrativa.*

Un secondo elemento su cui ci si vuole concentrare trova cittadinanza in un universo meta-giuridico, tra la filosofia e la logica.

Come ben noto, la realtà che gli operatori del diritto fronteggiano quotidianamente è caratterizzata da un accentuato livello di complessità³¹ destinato a non arrestarsi, anzi; al contempo e in parallelo l'ordinamento giuridico sta vivendo un processo di orizzontalizzazione dei rapporti, in cui il centro dominante tende a venire meno³².

Da ciò derivano due conseguenze autonome, ma che si assommano: la tendenziale polverizzazione del diritto oggettivo in diritti soggettivi autonomi e non relazionali; la frammentazione del diritto amministrativo in settori, ognuno con proprie sfere di potere³³.

Davanti a questo scenario, l'operatore del diritto non può che farvi fronte con un metodo ispirato al più alto rigore, fondato sulla razionalità e finalizzato alla sicurezza del diritto³⁴.

Vale allora la pena domandarsi cosa si debba intendere per razionalità amministrativa. Se anche la si cercasse, però, non la si troverebbe: non esiste una definizione di razionalità amministrativa. Ciò che più vi si avvicina è l'art. 97 della Costituzione, per il quale «[i] pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione». È tuttavia molto riduttivo pensare che la razionalità amministrativa sia solo 'buon andamento'.

29 F. SCOCA, *Qual è il problema dell'eccesso di potere?*, in *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, a cura di F. Francario e M.A. Sandulli, Napoli, 2017, 241.

30 Sulla connotazione come diritto vivente della giurisprudenza si rinvia a C. CACCIAVILLANI, *Incertezza delle regole e processo amministrativo*, in *L'incertezza delle regole (Annuario AIPDA 2014)*, Napoli, 2015.

31 Nella vasta letteratura sulla complessità del diritto si segnala G. GEMBILO, *La complessità del diritto*, Napoli, 2009.

32 Cfr. G. SEVERINI, *La sicurezza giuridica e la razionalità amministrativa*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2019.

33 Cfr. G. SEVERINI, *La sicurezza giuridica*, cit., che richiama F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 27, il quale discorre di contrattualizzazione delle decisioni e di superamento della tipicità degli atti amministrativi.

34 E ciò anche in quanto l'operatore deve porsi in un'ottica di piena tutela del rapporto giuridico sostanziale sotteso: cfr. C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, 77: «La teoria della natura puramente oggettiva del giudizio amministrativo pare oggi non più sostenibile a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione ... Sulla configurazione del giudizio amministrativo come strumento di tutela del titolare di una situazione sostanziale, sia esso un diritto soggettivo o un interesse legittimo, vi è oggi in dottrina pressoché generale consenso; ed eguale unanimità di consenso è stata raggiunta sulla sua qualificazione come processo di parti in senso sostanziale».

Taluni hanno ipotizzato che la razionalità amministrativa possa essere ricondotta a schemi privatistici di rango economico, un modo per far fronte alle diseconomicità che le pubbliche amministrazioni producono: un approccio manageriale di impresa applicato al settore pubblico³⁵.

Ma un percorso di questo tipo non conduce a risultati soddisfacenti: innanzitutto per il fatto che l'organizzazione amministrativa in Italia è rigida, essendo coperta dalla riserva di legge; in secondo luogo, in ragione della non-economicità dei servizi pubblici, dove il costo (l'elemento che nelle aziende si tende a contenere o comprimere) è tendenzialmente maggiore del beneficio che viene erogato (si pensi al settore sanitario o scolastico, nei quali il servizio va garantito senza discriminazioni, a prescindere da fasce sociali, luoghi geografici...); da ultimo, per l'irriducibilità degli interessi pubblici al rango degli interessi dei privati, se non al prezzo di lasciare gli interessi generali senza differenziazione rispetto a quelli tutelabili con gli strumenti variabili ed episodici dell'autonomia contrattuale³⁶.

Ancora una volta è stato l'eccesso di potere e, in particolare, la modificazione del suo sindacato a consentire di affinare il concetto di razionalità: la giurisprudenza, accanto alla ricerca delle figure sintomatiche, ha abbracciato un vaglio sempre più sostanziale, confrontandosi con la categoria della ragionevolezza³⁷ e, accanto a essa, si è altresì fatto strada il criterio della proporzionalità nella comparazione degli interessi, come misura dell'eccesso di potere.

Insomma, la razionalità amministrativa è stata individuata in quell'agito amministrativo che è proporzionato nei fini e nei mezzi e ragionevole nei suoi risultati, senza tuttavia ispirarsi a criteri aziendalistici che, per le ragioni accennate sopra, mal si adattano alle esigenze di una pubblica amministrazione e che, anzi, porterebbero all'introduzione di elementi di irrazionalità.

La ricerca della razionalità, tuttavia, si presta a dei rischi, soprattutto quando essa non è criterio per l'esercizio della discrezionalità, ma è canone per il suo esame da parte del giudice: infatti, test di ragionevolezza e proporzionalità pongono numerose questioni di sconfinamento tra poteri. È bene dunque che la razionalizzazione ad opera del giudice resti improntata a un'interpretazione prudente, da *judicial restraint*:

35 Di questo concetto è espressione la *lex fiscalis europea* con il vincolo del pareggio del bilancio, espressa nel *Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'unione economica e monetaria* (c.d. *fiscal compact*) del 2012 e recepita in Italia dalla legge costituzionale n. 1 del 2012 che ha modificato gli artt. 81, 97, 117 e 119 Cost.: sulla questione, tra i molti, si veda G. DELLA CANANEA, *Lex fiscalis europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 7.

36 Cfr. G. SEVERINI, *La sicurezza giuridica*, cit.

37 Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Ragionevolezza [dir. amm.]*, in *Diritto on line*. Il paradigma nasce nella giurisprudenza costituzionale a proposito del principio di eguaglianza: F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007 (i richiami sono di G. SEVERINI, *La sicurezza giuridica*, cit.).

moderata, cauta, che permanga forza ordinatrice e ispiratrice, senza diventare creatrice di diritto³⁸.

La razionalità amministrativa si pone dunque come fonte di certezza e di prevedibilità, come canone ermeneutico che aiuta l'operatore del diritto a creare affidamento e stabilità economico-sociale: concretamente, essa si declina in provvedimenti di annullamento, dichiarazioni di nullità, risarcimenti etc., ossia quelle espressioni del potere che la legge consente all'amministrazione di adottare, nel momento in cui essa mette in atto interventi concreti e correzionali di singoli atti e comportamenti; dal lato del giudizio, invece, la razionalità spinge verso un sindacato 'forte' sull'uso illogico, incoerente, sproporzionato della discrezionalità amministrativa e tecnica, fermo il limite di non pronunciarsi sul merito dell'azione o su poteri non ancora esercitati³⁹.

4. *L'importanza di una cultura generale.*

Dopo essersi brevemente soffermati sul ruolo che svolgono lo studio della storia del diritto e il formante razionalista-ordinatore nell'attività interpretativa del giurista, ci si può domandare se qualcosa di meno specifico, come la cultura generale, possa avere un ruolo specifico per lo studioso del diritto amministrativo.

In proposito, vi è stato chi di recente si è proprio domandato se l'esercizio delle professioni giuridiche possa prescindere da letture non giuridiche⁴⁰.

Ha aiutato a trovare una risposta al quesito la lettura delle conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte di Giustizia Michal Bobek nel caso C-561/19, che sollecitavano la Corte a rivedere la propria giurisprudenza – retorica ed enfatica: e perciò, dice Bobek, inapplicabile – sull'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte dei giudici di ultima istanza.

Nella parte conclusiva del suo ragionamento, che qui non approfondiremo perché estraneo allo scopo del contributo, l'Avvocato Generale spende un argomento non strettamente giuridico: «Nelle presenti conclusioni ho dedicato un bel po' di spazio a tentare di spiegare perché ritengo che l'uniformità *ex* sentenza CILFIT quanto alla

38 Cfr. G. SEVERINI, *La sicurezza giuridica*, cit. che, sul tema, richiama F. PATRONI GRIFFI, *Il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*.

39 Cfr. F. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, I, 2021, che richiama C. CACCIAVILLANI, *La giurisdizione amministrativa*, in *Il codice del processo amministrativo*, a cura di B. Sassani e R. Villata, Torino, 2012, 138: l'Autrice osserva che «il codice ha uniformato le tre articolazioni della competenza giurisdizionale del giudice amministrativo, oltre che quanto alla disciplina dell'istruttoria, anche quanto all'attingibilità, in ciascuna, della tutela risarcitoria per le lesioni inferte alle situazioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio». Ancora: «se pure è rimasto, a connotare la sola giurisdizione di merito, un potere decisorio che può spingersi fino alla sostituzione della determinazione giudiziale a quella amministrativa, nondimeno anche nella giurisdizione di legittimità e in quella esclusiva, in definitiva, il giudice può giungere a fissare precisi vincoli conformativi e precisi obblighi di condotta a carico dell'amministrazione che risulti soccombente».

40 Ci si riferisce a G. TULUMELLO, *Brevi riflessioni sulla formazione culturale del giurista e sulle sue conseguenze*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, II, 2021, 181 ss.

corretta applicazione del diritto dell'Unione in ciascun caso di specie sia un'utopia. Tenuto conto del carattere decentralizzato e diffuso del sistema giudiziario dell'Unione, il meglio che si possa mai raggiungere è una ragionevole uniformità nell'interpretazione del diritto dell'Unione, in quanto questo tipo di uniformità è già un compito piuttosto arduo. Quanto all'uniformità nell'applicazione e nei risultati, la risposta è piuttosto semplice: «nessuno può perdere ciò che non ha mai avuto».

La citazione finale è tratta da *The complete angler* di Izaak Walton, testo nel quale la pesca è il pretesto per meditazioni filosofiche sul senso dell'esistenza.

Non si potrà negare che capita con una certa frequenza di leggere testi giuridici in cui l'autore cita passi letterari, ma sovente ciò è dovuto, più che altro, all'esistenza di un collegamento con quanto si trova scritto in quel certo contributo: insomma, la ragione della citazione resta limitata a un piano estetico. Le conclusioni dell'Avvocato Generale sopra citate sono invece uno dei rari casi in cui un giurista utilizza un riferimento letterario come ausilio all'interpretazione giuridica⁴¹: egli esorta a cambiare una cosa, quando non funziona, a evitare di mantenere un istituto, se è funzionale solo all'accademia e all'ossequio ad un principio del tutto astratto⁴².

La potenza di questa conclusione sta nel fatto che, se la ragione di quella certa affermazione poggia su argomenti non solo giuridici ma filosofici ed esistenziali, allora essa vale anche nella vita. Si realizza dunque un rapporto biunivoco tra diritto e non-diritto (tra diritto e vita, per essere un po' prosaici), laddove uno alimenta l'altro (l'altra) e viceversa.

Ciò consente anche di comprendere i frutti di una formazione culturale che non sia limitata all'ambito giuridico: ciò che la letteratura, la storia (non qui intesa come storia del diritto), la filosofia, l'arte offrono al giurista è «l'educazione al relativismo cognitivo e valutativo»⁴³, un senso del limite all'attività interpretativa, un orizzonte più ampio alla riflessione giuridica.

41 In questi termini si veda ancora G. TULUMELLO, *Brevi riflessioni*, cit.

42 «Da diversi anni, l'obbligo di sottoporre una questione pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE, le eccezioni a tale obbligo, e soprattutto la sua attuazione, sono stati il metaforico 'can che dorme' del diritto dell'Unione. Siamo tutti consapevoli del fatto che esistono. Siamo tutti in grado di discutere o addirittura di scrivere trattati accademici su tale argomento. Tuttavia, nella vita reale, è meglio che il cane sia lasciato indisturbato. In termini pragmatici (o cinici), l'intero sistema dei rinvii pregiudiziali funziona in quanto nessuno, di fatto, applica la sentenza CILFIT, certamente non alla lettera. Spesso, è meglio l'idea di un cane che dover trattare con l'animale in carne ed ossa» (Conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte di Giustizia nel caso C-561/19).

43 G. TULUMELLO, *Brevi riflessioni*, cit., cita F. DÜRRENMATT, *I dinosauri e la legge - Una drammaturgia della politica*, Torino, 1995, 5: «Il profeta Maometto è in cima a un colle in un luogo solitario. Ai piedi del colle c'è una fonte. Arriva un cavaliere. Mentre il cavaliere abbevera il suo cavallo, dalla sella gli cade una borsa di monete. Il cavaliere se ne va senz'accorgersi che ha perso la borsa. Arriva un secondo cavaliere, trova la borsa, la prende e s'allontana a cavallo. Arriva un terzo cavaliere e abbevera il suo cavallo alla fonte. Nel frattempo, il primo cavaliere s'accorge di aver perso la borsa di monete e torna indietro. Crede che sia stato il terzo cavaliere a rubargli il denaro: ne nasce una lite. Il primo cavaliere uccide il terzo cavaliere, poi, non trovando la borsa, rimane sorpreso e taglia la corda. Il profeta in cima al colle si dispera. 'Allah

Un'inadeguata base culturale può infatti condurre il giudice, lo studioso, il professionista, il funzionario a farsi 'arbitro in terra del bene e del male', non avendo coltivato né sviluppato quel sano senso di limitazione e di finitezza della giustizia umana⁴⁴.

5. Conclusioni.

Si è cercato in queste poche pagine di offrire alcuni spunti di riflessione su alcuni dei formanti che compongono quel bagaglio di concetti, strumenti e valori che accompagnano l'operatore del diritto amministrativo e che va sotto il nome di cultura giuridica.

Si è visto che la storia del diritto riveste un ruolo fondamentale nello studio e nell'applicazione di istituti giuridici di rilievo, come, ad esempio, dell'eccesso di potere, oggi alla prova della digitalizzazione e dell'intelligenza artificiale: l'interprete, tanto il giurista in senso stretto che il giudice, trova le nuove declinazioni dell'eccesso di potere proprio attingendo a quel nucleo originario di cui la storia del diritto è custode, non avendo appigli in un dato legislativo che, per l'appunto, manca.

Prendendo spunto proprio dalla complessità del divenire, si è cercato di capire se vi siano delle regole logiche, metodologiche, sociologiche, filosofiche, che aiutano l'interprete in questa attività di riordino dell'esistente e di orientamento nella frantumazione del potere: si è rinvenuto un possibile ausilio nella razionalità amministrativa, canone che aiuta il potere esecutivo nell'esercizio della sua discrezionalità, il potere giudiziario nel controllo e lo studioso nella sua attività di sistematizzazione. In modi diversi per ciascuno di questi attori, la razionalità è punto fermo dal quale partono condotte ispirate a criteri quali la proporzionalità e la ragionevolezza, che forniscono utili test per misurare l'agito amministrativo in sistemi dalle coordinate cangianti.

Da ultimo, si è volto lo sguardo alla cultura generale, prendendo ispirazione da un tema che da tempo coinvolge la dottrina amministrativistica (e non solo), come l'obbligo di rinvio pregiudiziale: si è visto come in un giudizio davanti alla C.G.U.E. l'Avvocato Generale abbia trovato fonte per il suo ragionamento in un testo letterario, utilizzato non a fini estetici, ma come sorgente per una regola di vita, applicabile anche al mondo del diritto.

- grida - il mondo è ingiusto. Un ladro si allontana impunito e un innocente viene ucciso? Allah, che in genere non parla, risponde: 'Stolto! Che cosa vuoi mai capire della mia giustizia! Il denaro che il primo cavaliere ha perso lo aveva rubato al padre del secondo cavaliere. Il secondo cavaliere si è ripreso quello che già gli apparteneva. Il terzo cavaliere aveva violentato la moglie del primo cavaliere. Uccidendo il terzo cavaliere, il primo cavaliere ha vendicato sua moglie'. Quindi Allah si chiude nuovamente nel suo silenzio. Da quando ha udito la voce di Allah, il profeta loda la sua giustizia».

44 Così ancora G. TULUMELLO, *Brevi riflessioni*, cit.

La cultura generale diventa dunque fonte di insegnamento tanto per il giudice, quanto per l'interprete, un antidoto a una possibile autoreferenzialità sia del giudizio⁴⁵ che della valutazione giuridica, oltre che una chiave per leggere le vicende umane oltre la loro – talvolta stagnante – dimensione giuridico-formale.

ABSTRACT: La storia del diritto, la filosofia, la logica, la cultura generale sono alcune delle componenti che contribuiscono a formare quell'insieme di opinioni, convinzioni, metodi e atteggiamenti che va sotto il nome di cultura giuridica. Lo scopo del contributo è quello di indagare come concretamente le conoscenze extragiuridiche dell'operatore del diritto abbiano un impatto nell'attività interpretativa: nello specifico, come la storia della nascita del diritto amministrativo e della riflessione sulla cura dell'interesse pubblico influenzi il dibattito sull'eccesso di potere; come la razionalità amministrativa e la ragionevolezza fungano da criteri ordinatori di una realtà complessa e frammentata in settori governati da micro-sfere di potere; come la letteratura possa essere fonte di argomenti per il ragionamento giuridico, ad esempio per il dibattito sull'obbligo del rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza.

PAROLE CHIAVE: Storia del diritto – Eccesso di potere – Logica – Filosofia – Razionalità amministrativa – Cultura generale – Letteratura – Rinvio pregiudiziale.

45 Affinché, come scrive G. TULUMELLO, *Brevi riflessioni*, cit., l'amministrare il diritto in Terra non venga confuso con la giustizia divina: cfr. G. CORSO, *Maria avvocata di grazia*, in *Maria nostra avvocata*, a cura di A. de Liguori, Palermo, 2000, 95 ss.

Maria Carla Canato*

SISTEMI ORDINAMENTALI MULTILIVELLO E TUTELA PENALE DEI DIRITTI
INDIVIDUALI. VERSO L'EMERSIONE DI UNA 'CULTURA GIURIDICA EUROPEA'

SOMMARIO: 1. La rinascita 'giusnaturalista' nel processo di 'destatualizzazione' della scienza penale. – 2. I modelli di tutela sul fronte del diritto penale europeo e sovranazionale: il difficile equilibrio tra gli obblighi di tutela penale e l'autonomia legislativa interna. – 3. L'attuazione del diritto sovranazionale tra disapplicazione della norma interna contrastante e interpretazione conforme: il divieto di effetti in *malam partem*. – 4. I diritti della persona quale oggetto della tutela giuridica. – 5. I canoni di proporzionalità, prevedibilità ed effettività della sanzione penale tra legalità e colpevolezza, esigenze repressive e tutela dei diritti fondamentali. – 6. La necessità di un'integrazione giuridica multilivello. – 7. Considerazioni conclusive: l'avvento di una 'cultura giuridica europea' nella ridefinizione dei principi e delle fonti.

1. La rinascita 'giusnaturalista' nel processo di 'destatualizzazione' della scienza penale.

Il cosiddetto processo di 'destatualizzazione', che ha interessato il diritto tra la fine del Novecento e il primo ventennio del XXI secolo, ha inciso significativamente anche la sfera giuridica penalistica, ove si è verificata una progressiva presa di distanza dalle concezioni formalistico-giuspositivistiche, incentrate esclusivamente su «lo Stato e le norme», e come tali – come già ricordava Mantovani – «dimentiche della storia, della politica e delle correnti internazionali del pensiero»¹.

In questa prospettiva, si sta pertanto assistendo ad un allontanamento graduale «da ogni approccio 'autarchico' al fenomeno giuridico penale, volto all'enfatizzazione delle peculiarità dogmatiche dell'ordinamento interno», specchio del 'particolare' contesto sociopolitico di riferimento, se non addirittura vissute come espressione di una presunta superiorità della cultura giuridica nazionale².

Una prima manifestazione dell'evoluzione del pensiero penalistico in direzione transnazionale si rinviene peraltro già a partire dal secondo dopoguerra, tramite la 'riscoperta' di principi e concetti generali di fonte metagiuridica capaci di arginare il 'relativismo' dei sistemi interni, frutto degli ordinamenti totalitari europei³.

* Dottoranda di ricerca in Giurisprudenza nell'Università di Padova.

1 F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, 29.

2 A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni Fiorentini*, XXXI, II, 2002, 461.

3 Per una disamina della evoluzione del sistema penale in direzione transazionale, cfr., *ex multis*, F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto penale europeo*, Napoli, 2022, 1 ss. Si rimanda inoltre al volume collettaneo a cura di G. Grasso, L. Sicurella, *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, 1 ss. Da ultimo cfr. G. GRASSO, *La «competenza penale» dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona, in L'evoluzione del diritto*

Questa ‘rinascita giusnaturalista’ è tuttavia ancora oggi in fase di sviluppo e non può quindi ancora dirsi conclusa. Non a caso il diritto e il giurista attraversano un momento di grossa incertezza, caratterizzato da mutamenti sempre più rapidi – coerenti con le analoghe repentine trasformazioni dell’assetto sociale ed economico contemporaneo – in cui alcuni presunti dogmi come la statualità del diritto, il principio di stretta legalità, la stessa gerarchia delle fonti, vengono messi in crisi e superati da nuovi modelli, in cui l’oggetto della tutela, tradizionalmente ancorato, in ambito penale, al potere punitivo dello Stato, subisce le contaminazioni derivanti dagli obblighi internazionali, a cui l’ordinamento interno è chiamato ad adeguarsi⁴.

Questo fenomeno e il relativo affievolimento del garantismo penale classico ha innescato parimenti un diverso rapporto tra legge e giurisdizione ed un correlato rafforzamento della funzione ‘creativa’ della magistratura⁵.

L’accreciuto potere interpretativo del giudice si è progressivamente messo in luce specialmente nell’ambito dei rapporti tra fonti interne e fonti sovranazionali. Una crescita di protagonismo che ha trovato un fertile terreno di azione in sede di interpretazione delle fonti di derivazione europea, alla luce dell’obbligo di interpretazione conforme⁶.

Alla ‘globalizzazione dei diritti’ corrisponde quindi una ‘globalizzazione delle tutele’: il giudice, in altri termini, è chiamato ad una sorta di interpretazione ‘adeguatrice’ della norma interna in maniera tale da renderla compatibile con gli ordinamenti con i quali entra in conflitto. Il giudicante, anche quando non perviene ad interpretazioni che travalicano il dettato normativo, ha così gradualmente acquisito una più ampia libertà ermeneutica, a cominciare dall’individuazione della disposizione da ritenersi prevalente

penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Milano, 2011, 683 ss.

4 F. ROSSI, *Presente e futuro del processo di armonizzazione europea della parte generale del diritto penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, IV, 2015, 108 ss. Secondo l’autrice, «il diritto penale contemporaneo non è più materia gelosamente riservata alla competenza esclusiva di ciascuno Stato sovrano. La crescente dimensione transnazionale delle moderne e più evolute forme di criminalità ha favorito la graduale internazionalizzazione ed europeizzazione di tale branca del diritto e ha sensibilizzato gli attori della scena giuridica penale alla necessità di ricercare risposte comuni ed effettive a problematiche che fuoriescono dai confini di ciascuno Stato. In un simile contesto, il diritto penale nazionale non è più autosufficiente e necessita, al contrario, di uscire dal cono d’ombra proiettato dalle barriere statali e di trovare nuove sedi a livello sovranazionale ove concentrare una parte più o meno ampia della sovranità in tale materia».

5 G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, 159 ss. La soggezione del giudice alla legge è da configurarsi quale «obbedienza pensante» che non deve mutare «in arbitrio, in un travisamento, sulla base di poteri discrezionali, del dettato normativo». Una creatività male intesa «consisterebbe nella volontà del giudice di andare al di là del limite linguistico introdotto dal significato delle parole della legge». La creazione ermeneutica costituisce dunque «una circostanza di produzione subordinata alla legge».

6 P. SCEVI, *Prevedibilità e legalità nel diritto penale: alternativa o binomio specialistico?*, in *La legislazione penale*, Archivio, 6.11.2020, 1 ss. Sullo stesso argomento, di notevole interesse, G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss.

nell'ambito di un ordinamento, come quello pluralistico, che tende quindi, per tale ragione, a 'destatualizzarsi'⁷.

Nell'ambito del diritto penale si è pertanto realizzata una progressiva integrazione giuridica multilivello, sul fronte sovranazionale, tale da condurre all'emersione di una 'cultura giuridica europea', che ha portato alla ridefinizione dei principi e delle fonti della 'matière penale'.

È pur vero che, da qualche tempo, soprattutto in questi ultimi anni, si sta assistendo ad un rallentamento di questo processo, per il tramite di una controtendenza restauratrice 'neocentralistica', preoccupata della tutela della sovranità e della difesa dei 'confini giuridici' dello Stato⁸. Ma è altrettanto vero che si tratta di resistenze implicite al sistema penale che, in quanto tale, è tradizionalmente legato ad alcuni caratteri identitari, tipici del concetto di nazione, quale il popolo, la lingua, il territorio, strettamente connessi al sistema delle garanzie e ai principi fondamentali propri dello Stato costituzionale, a cui il penalista – ancorché chiamato ad affrontare, all'inizio del nuovo millennio, nuove ed attualizzate istanze di tutela proposte dalla sfida della globalizzazione – resta storicamente ancorato⁹.

In questo breve studio ci si propone di analizzare sinteticamente lo stato di attuazione di questo tormentato processo di armonizzazione ed 'europeizzazione' del diritto penale, tentando di mettere in luce i possibili strumenti in grado di ri-comporre tra loro 'modelli di tutela' e 'garanzie', e quindi favorire la necessaria convivenza tra la tradizione interna e le inevitabili innovazioni proposte dall'appartenenza ad un sistema valoriale europeo.

2. I modelli di tutela sul fronte del diritto penale europeo e sovranazionale: il difficile equilibrio tra gli obblighi di tutela penale e l'autonomia legislativa interna.

Con l'espressione 'tutela multilivello dei diritti' sul fronte europeo e internazionale s'intende designare, dunque, «il complesso di istituti, tanto di origine normativa che

7 Cfr. P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, 151 ss.; R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà*, Padova, 2013, 16.

8 Sussistono interrelazioni tra 'storia' e 'politica' che non possono essere trascurate, dal momento che quell'intreccio offre indirizzi, non solo di metodo; rivela radici ed esperienze, sociali ed istituzionali; evidenzia mai lineari dinamiche dei ceti interessati alle sorti della giurisdizione e del Paese. G. RICCIO, *Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della giustizia*, Napoli, 2015, 13, con richiami in F. FALATO, *Fonti, interpretazioni e sistema di tutela multilivello delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Archivio Penale*, I, 2021, 1 ss. Cfr. anche F. GIUNTA, *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici*, in *Criminalia*, Pisa, 2020, 285 ss. Questo processo di integrazione, dal Trattato di Lisbona del 2009 ad oggi non è stato privo di contraddizioni e battute di arresto e riflette una evoluzione storica in cui la globalizzazione dei mercati si accompagna alla internazionalizzazione dei rapporti sociali, trainata dalla tecnologia informatica e da ultimo dalla applicazione della intelligenza artificiale. Cfr. M. DONINI, *Integrazione europea e scienza penale*, in *I volti attuali del diritto penale europeo, Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, a cura di C. Grandi, Pisa, 2021, 215 ss.

9 A. BERNARDI, *Europeizzazione*, cit., 537 ss.

giurisprudenziale, attraverso cui si articolano le competenze e le relazioni tra le varie istanze giurisdizionali degli ordinamenti nazionali e sovranazionali davanti a cui è possibile far valere la tutela dei diritti fondamentali»¹⁰. In altri termini, i modelli di tutela a cui fare riferimento, in questo ‘nuovo’ contesto, devono tenere conto delle relazioni tra i diversi ordinamenti, e quindi tra le diverse giurisdizioni di fronte alle quali è possibile far valere i diritti in questione. Ci si riferisce, come noto, innanzitutto al catalogo ‘multilevel’ di diritti contenuto nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo e alla relativa giurisprudenza della Corte EDU, che della Convenzione costituisce il garante attuativo¹¹.

Al tempo stesso, la sovrapposizione di differenti ‘layers’ di tutela dei diritti fondamentali si propone di favorire la massima espansione possibile delle garanzie, in quanto l’adeguamento allo ‘standard’ europeo di protezione deve consentire quantomeno la stessa tutela assicurata sul piano interno, da realizzarsi «anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali», se concernenti diritti speculari o analoghi a quelli riconosciuti a livello sovranazionale¹².

Si possono di conseguenza riconoscere – nel complesso rapporto tra i diversi livelli di legalità – più livelli di garanzie, che si qualificano, al contempo, più ampi (in quanto riconducibili anche al ruolo ermeneutico del giudicante e quindi comprensivi della cosiddetta ‘law in action’), più ristretti (atteso che essi non tengono conto del ruolo della prescrizione, considerata di carattere processuale), più rigorosi (i quali determinano la verifica di sussistenza dei requisiti di precisione, prevedibilità, chiarezza, accessibilità, calcolabilità e determinatezza)¹³.

Ci si trova di fronte, dunque, al tessuto di uno *ius commune* che – piuttosto che caratterizzarsi per la sovrapposizione o il confronto tra discipline positive – appare formato da una trama di principi generali di ordine sovranazionale che si intreccia all’ordito dei

10 A. CARDONE, voce *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. Dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 336 ss.

11 E. GUIDO, *Coercizione reale preventiva e diritti umani*, in *La legislazione penale*, Archivio, 8.2.2018, 1. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione – sostanzialmente riproduttiva dei diritti della Convenzione europea dei diritti dell’uomo – costituisce quindi diritto primario (art. 6 § 3 TrUE) ed è perciò direttamente applicabile dal giudice nazionale (tenuto finanche alla disapplicazione delle norme interne contrastanti), nell’attuazione del diritto dell’Unione (art. 51 § 1 CdfUE). Per effetto del Trattato di Lisbona, le norme della Carta europea hanno difatti lo stesso valore giuridico dei Trattati istitutivi dell’Unione e sono vincolanti per i giudici nazionali; partendo da questa premessa, la Corte di cassazione ha affermato la sua diretta applicazione, nello specifico dell’art. 50 relativo al divieto di *bis in idem* (v. Cass. pen., sez. VI, 15 novembre 2016, n. 54467, con nota di I. GITTARDI, *La miccia è accesa: la Corte di cassazione fa diretta applicazione dei principi della Carta di Nizza in materia di ne bis in idem*, in *Diritto penale contemporaneo*, IV, 2017, 1 ss.

12 Cfr. Corte Cost., 4 dicembre 2009, n. 317, nel giudizio di legittimità dell’art. 175, co. 2 cod. proc. pen. (nella versione precedente alla modifica intervenuta con L. 28.4.2014, n. 67).

13 F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., 22 ss.

diritti nazionali, secondo una «logica di integrazione ed assimilazione, che si riversa in particolare nella tematica dei diritti fondamentali»¹⁴.

Si può arrivare a sostenere che il ‘sovranoismo’ dei diritti fondamentali viene progressivamente abbandonato a favore dell’‘integrazione’ culturale e normativa dei fenomeni giuridici, in ragione dell’ampliamento dei rapporti tra culture e sistemi diversi tra loro.

Questo fenomeno non comporta tuttavia alcuna erosione della potestà statale in materia di diritti e non viene ad alterare i rapporti tra giurisdizioni nazionali e sovranazionali. L’integrazione tra diversi livelli, che restano comunque autonomi, non determina, cioè, un (temuto) declino di sovranità statale, né la perdita del ruolo normativo del diritto interno. Questa logica ‘multilivello’ si premura, ossia, di tutelare il contenuto valoriale dei diritti fondamentali, senza pregiudicare i fondamenti dello stato di diritto e il suo significato costituzionale.

In altri termini, i principi valoriali enunciati dalla Convenzione Europea per i diritti dell’uomo, dopo la nuova formulazione dell’art. 117, comma 1, della Costituzione, assurgono a parametro interposto di legittimità costituzionale delle leggi ordinarie italiane e si traducono in un ‘garantismo rafforzato’ dei diritti fondamentali, allargando, arricchendo e non sacrificando le tutele proprie dell’ordinamento interno¹⁵.

3. *L’attuazione del diritto sovranazionale tra disapplicazione della norma interna contrastante e interpretazione conforme: il divieto di effetti ‘in malam partem’.*

L’adozione di principi culturali condivisi ha prodotto effetti anche nell’ambito dell’attuazione giurisdizionale del diritto.

I rapporti di integrazione e coordinamento tra sistemi ordinamentali diversi si sviluppano attraverso la necessità di assicurare l’interpretazione conforme imposta dagli artt. 11 e 117, co. 1 Cost., ovvero, ove ciò non sia possibile, tramite la disapplicazione della norma interna contrastante, pur con il limite generale del divieto di produzione di effetti *in malam partem*.

Questo effetto disapplicativo non comporta la soppressione delle norme contrastanti, ed è quindi un modo di risoluzione delle antinomie normative che non esclude l’esigenza che gli Stati membri apportino le necessarie modificazioni o abrogazioni

14 F. PATRONI GRIFFI, *Corti nazionali e Corti europee: un problema di confini?* in *federalismi.it*, III, 2021, 30 ss. Cfr. anche M.R. FERRARESE, *I confini e la voglia di attraversarli*, in *Attraversare i confini del diritto*, a cura di L. Torchia, Bologna, 2016, 55 ss., e infine F. FALATO, *Fonti*, cit., 1 ss.

15 F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., 49 ss. L’influenza nel sistema interno si traduce in un ‘garantismo rafforzato’: le tutele di garanzie già note alla Costituzione, nell’integrazione con la Convenzione, si ampliano e si fortificano. Si vengono a determinare, dunque, *standards* comuni di tutela che non sostituiscono quelli nazionali, ma che si aggiungono ad essi in chiave di ulteriore rafforzamento e ‘coesenzialità’ delle garanzie.

del proprio diritto interno, al fine di depurarlo da eventuali incompatibilità con le prevalenti norme dell'Unione¹⁶.

La disapplicazione, tuttavia, non costituisce l'unico strumento di risoluzione dei conflitti normativi tra l'ordinamento interno e quello comunitario, avendo la Corte di giustizia, con giurisprudenza costante, affermato l'obbligo dell'interpretazione 'conforme'¹⁷. Si tratta di un principio basato sul fatto che – alla stregua delle modalità adottate nell'applicazione del diritto interno – il giudice nazionale deve interpretare il diritto nazionale alla luce del testo e dello scopo della direttiva comunitaria, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi all'art. 288, terzo comma, TFUE. Questo principio di interpretazione conforme del diritto nazionale, ancorché riguardi in primo luogo le norme introdotte per recepire una direttiva, esige anche che il giudice nazionale prenda in considerazione tutto il contesto normativo di riferimento, per valutare in quale misura esso possa essere applicato in modo tale da addivenire ad un risultato conforme allo scopo a cui è finalizzato.

Si tratta evidentemente di un'interpretazione costituzionalmente orientata, la quale, come sottolineato da autorevole dottrina¹⁸, è soggetta al 'limite' imposto dalla divisione dei poteri. Peraltro, anche la Corte di giustizia si è espressa in modo sufficientemente chiaro, precisando che l'obbligo per il giudice nazionale – nell'ambito dell'attività interpretativa e applicativa delle norme – di fare riferimento al contenuto di una direttiva non può dare luogo ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale¹⁹,

16 Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 389, in *Corriere giur.*, 1989, 1058, con nota di F. CAPPELLI. Per una disamina della giurisprudenza costituzionale sulla questione, si rimanda a Corte Cost., Servizio studi, *Le limitazioni della sovranità statale in favore dell'Unione europea nella giurisprudenza costituzionale. Il sistema delle fonti*, a cura di R. Nevola, Roma, 2014, 23 ss., 62 ss.

17 La giurisprudenza è costante a partire dalla sentenza Corte giust. 10 aprile 1984, causa 14/83, Sabine von Colson e Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen. «L'obbligo degli stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo loro imposto dall'art. 5 del trattato di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli stati membri ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. ne consegue che nell'applicare il diritto nazionale, e in particolare la legge nazionale espressamente adottata per l'attuazione della direttiva n. 76/207, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato contemplato dall'art. 189, 3° comma».

18 Per una articolata analisi della questione e per la disamina di alcuni casi di 'disapplicazione' della norma interna contrastante con la giurisprudenza della Corte di giustizia si veda il saggio di G. GRASSO, *La disapplicazione della norma interna contrastante con le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, Università di Milano, Atti del Seminario 20 maggio 2016, in *Giust. Civ.*, II, 2017, 525 ss.; C. BERNASCONI, *Il ruolo del giudice nel rapporto di integrazione tra diritto penale nazionale e diritto europeo*, in *Criminalia*, III, 2020, 1 ss. Sullo stesso tema, cfr. anche N. DI LEO, *Le sentenze della Corte di giustizia nel problematico rapporto tra gli ordinamenti. La disapplicazione tramite la Carta di Nizza e la tesi della doppia pregiudizialità*, in *Lavoro, diritti e Europa*, I, 2023, 2 ss.

19 Da ultimo, Thelen Technopark Berlin GmbH, causa C-261/20 del 18 gennaio 2022, punto 28. L'interpretazione 'comunitariamente conforme' *in malam partem* si traduce essenzialmente

specie laddove ciò determini l'ampliamento della sfera del penalmente rilevante²⁰. È stato, cioè, riconosciuto come l'obbligo di 'interpretazione conforme' rispetto agli obblighi comunitari non possa giungere sino al punto che una direttiva, di per sé stessa e indipendentemente da una legge nazionale di trasposizione, crei obblighi per i singoli ovvero determini o aggravi la responsabilità penale (*in malam partem*) di coloro che trasgrediscono le sue disposizioni²¹.

Questa sorta di 'difesa' dei confini nazionali, quantomeno in relazione alle norme penali, ha l'obiettivo di limitare la portata del diritto punitivo, eliminando i suoi eventuali effetti *in malam partem*, correlati all'interpretazione estensiva dell'ambito applicativo di una fattispecie, ovvero limitanti l'operatività di una norma esimente o di una causa estintiva della punibilità, se non addirittura implicanti la compressione 'verso il massimo edittale' in sede di commisurazione della pena.

Il dibattito sulla legittimità (ovvero sui limiti di legittimità) della implementazione con effetti *in malam partem* di un elemento normativo da parte di norme UE è ancora significativamente acceso²², e, pur non essendo questa la sede per un compiuto approfondimento della questione, pare utile quantomeno accennare alla complessità dei fenomeni in atto nonché al grado di attuazione dei processi di integrazione culturale a livello europeo, i quali non sono ancora evidentemente del tutto compiuti.

Basti il richiamo alla genericità delle formule utilizzate dalla Corte di giustizia per circoscrivere gli ambiti di operatività dell'interpretazione conforme *in malam partem*, per significare come non esista un punto di vista generalmente condiviso. Ciò contribuisce indubbiamente a spiegare le divergenze riscontrabili tanto in giurisprudenza quanto in dottrina circa la legittimità, ovvero circa gli ambiti di operatività degli effetti di sfavore correlati a tale criterio interpretativo. Da un lato, infatti, sembra lecito ritenere che, nei limiti dei significati legittimamente attribuibili alla norma penale, il giudice resti sempre libero di utilizzare qualsivoglia canone ermeneutico, ivi compreso quello dell'interpretazione conforme al diritto UE, non solo in chiave restrittiva, ma anche estensiva. Dall'altro lato, si potrebbe però considerare inappropriato che il giudice

nell'interpretazione estensiva di taluni elementi della fattispecie ovvero nella interpretazione restrittiva di una scriminante o di una causa estintiva della punibilità.

20 A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Brevi osservazioni di un penalista*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, III, 2013, 230. Dello stesso autore, cfr. *Sull'interpretazione conforme al diritto UE con effetti penali in malam partem*, in *Sistema penale*, Articoli, 3 febbraio 2023, 1 ss.

21 Cass. pen., Sez. Un., 8 giugno 2012, n. 22225. Si tratta di un limite che deriva dai principi generali del diritto, quello della legalità della pena e quello connesso di applicazione retroattiva della pena più mite, che fanno parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e, quindi, fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario (Corte di giustizia, Grande Sezione, 3 maggio 2005, Berlusconi e altri, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02; 16 giugno 2005, Pupino, causa C-105/03).

22 Cfr. A. BERNARDI, *Interpretazione*, cit., 230, ove si paragonano gli studiosi più favorevoli al processo di europeizzazione del diritto penale ai ghiaccioli che osservano il drastico regresso dei ghiacciai.

effettui un'interpretazione di sfavore della norma penale ricorrendo a una interpretazione sistematica nella quale venga utilizzata come norma-parametro non già una disposizione UE dotata di effetto diretto (equiparabile a una qualsiasi norma di diritto interno), bensì una norma UE indiretta, indirizzata allo Stato e non ai suoi cittadini.

Il filone giurisprudenziale maggiormente incline ad aderire ad una applicazione a trecentosessanta gradi, anche *in malam partem*, delle disposizioni comunitarie sta subendo peraltro delle battute di arresto e oscillazioni interpretative, proprie di questa fase di crisi del processo di 'destatualizzazione' a cui si è fatto riferimento; si conferma, oltretutto, da parte della giurisprudenza di legittimità, una sempre maggiore attenzione ai limiti insiti nel vincolo dell'interpretazione conforme²³.

La stessa dottrina pare assumere posizioni non lineari, spesso incerte²⁴. Come il fenomeno della 'Brexit' ha messo in palese evidenza, l'analisi della legittimità o meno degli effetti *in malam partem* derivanti dall'interpretazione conforme al diritto UE delle norme penali interne è resa difficile dalla compresenza di fattori emotivi, correlati ad una serie di fattori negativi che la cessione di sovranità comporta.

Come rilevato da alcuni autori, il desiderio 'europeista' di sanare per via interpretativa i ritardi e le imprecisioni del legislatore nazionale in sede di trasposizione delle fonti UE si sovrappone, infatti, alla preoccupazione derivante da una potenziale perdita delle proprie tradizioni e financo al timore 'garantista' che l'interpretazione conforme di sfavore si presti a erodere i diritti individuali²⁵. Ma su tale problematica si avrà modo di tornare a conclusione di questo studio.

23 All'inizio degli anni 2000, la Suprema Corte italiana aveva a più riprese negato che, al fine di adeguare la normativa penale alle esigenze del diritto europeo, la confisca per equivalente potesse applicarsi, oltre che al 'prezzo', anche al 'profitto' derivante dei reati di frode richiamati dall'art. 640 *quater* cod. pen., in quanto rispetto a tali reati era espressamente prevista solo la confisca del 'prezzo' del reato. Si trattava, a ben vedere, di una decisione assolutamente doverosa, dato che il netto distinguo esistente tra i due succitati termini impediva di 'estendere' il significato del primo sino a consentirgli di ricomprendere anche il secondo; a meno, appunto, di non effettuare una interpretazione analogica *in malam partem*. Cfr. Cass. pen., sez. I, 28 maggio 2003, n. 226137; Cass. pen., sez. II, 28 aprile 2004, nn. 4852 e 4853; Cass. pen., sez. II, 15 febbraio 2005, nn. 8717 e 8718; Cass. pen., sez. II, 1 marzo 2005, n. 10875. Cfr., *ex multis*, V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, I, 2010, 101. Come noto, nel 2009 le Sezioni Unite hanno rinnegato la legittimità di un siffatto esito interpretativo richiamando sia i principi sanciti dalla Corte di giustizia in tema di interpretazione conforme, sia la costante giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di effetti costitutivi o peggiorativi della responsabilità penale. Cass. pen., Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 38691.

24 Cfr. A. BERNARDI, *Il rinvio pregiudiziale in ambito penale e i problemi posti dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo*, I, 2023, 172; A. BERNARDI, *Europeizzazione*, cit., 537 ss.; G. GRASSO, *La disapplicazione*, cit., 525 ss. Da un lato c'è chi intende sanare per via interpretativa, in forza di un desiderio 'europeista', i ritardi del legislatore nazionale nella trasposizione delle fonti UE, dall'altra si colloca la posizione di coloro per i quali sussiste il timore, pervaso di 'nazionalismo', che si verifichi una eccessiva ibridizzazione dell'ordinamento interno, e infine trova spazio la posizione 'garantista', la quale ritiene che l'interpretazione conforme di sfavore eroda i diritti individuali.

25 G. SALCUNI, *Cultura penale e spirito europeo*, in *Archivio penale*, II, 2011, 445 ss.; F. GIUNTA, *Europa*, cit., 285 ss.

4. I diritti della persona quale oggetto della tutela giuridica.

Come si è accennato, i settori investiti da questa ‘rivoluzione culturale’, sin qui sommariamente descritta, hanno quindi interessato persino l’oggetto della tutela, che si è tendenzialmente ‘spostato’ dai beni giuridici ai diritti individuali.

Come sostiene autorevole dottrina²⁶, il diritto penale, nella tradizione manualistica, tutela i ‘beni giuridici’ e non parla quasi mai di diritti quando definisce l’oggetto della tutela.

Anche quando si parla di ‘limiti’ al potere punitivo che appartiene allo Stato, raramente vengono presi in considerazione i diritti individuali, di cui è titolare la persona offesa. In questo caso, anziché fare richiamo agli ‘human rights’, si è tradizionalmente utilizzato il riferimento alla lesione di ‘principi’, quale quelli di materialità, di legalità, di offensività, di colpevolezza, di personalità, di proporzionalità, di funzione rieducativa. Tuttavia, questi principi trovano il proprio fondamento in disposizioni di legge, costituzionali e internazionali, in gran parte formulate – appunto – quali diritti fondamentali della persona, o diritti ‘umani’, la cui funzione originaria è, per l’appunto, quella di limitare l’esercizio del potere statale in funzione della tutela di interessi dell’individuo, che non possono essere sacrificati (o comunque non possono essere integralmente soppressi) in vista del perseguimento di interessi collettivi.

Paradossalmente, la dottrina penalistica tradizionale tende a parlare di ‘diritto’ in senso soggettivo soltanto con riferimento al potere punitivo dello Stato, indicato per l’appunto come *ius puniendi*; anche se, come si è visto, questa concezione dello Stato sovrano è ormai in crisi e la prerogativa di sovranità sull’individuo deve essere considerata, in uno stato democratico, alla stregua di *munus* al servizio dei cittadini²⁷.

Il riferimento al ‘bene giuridico’ anziché al diritto soggettivo – anche rispetto alla tutela degli interessi individuali primari – era infatti coerente con una ideologia che considera prevalenti nella valutazione del reato anzitutto gli interessi dello Stato, e solo in via eventuale il contesto individuale. Dal lato dei limiti della tutela, parlare di ‘principi’ significa, parimenti, porre in primo piano l’interesse ‘superindividuale’ dell’ordinamento emarginando, per certi aspetti, i diritti personali della vittima e dell’autore²⁸.

26 F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sistema penale*, Articoli, 13.3.2023, 1 ss. Il contributo dell’autorevole giurista è pubblicato anche nel volume collettaneo, *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di G. Mannozi, C. Perini, M.M. Scoletta, C. Sotis, S.B. Taverriti, Milano, 2022, 845 ss. In chiusura del saggio, l’eminente penalista lamenta che «l’attenzione dello studioso italiano è sempre più attratta dai reati a vittima diffusa, che offendono beni collettivi e che coinvolgono grandi organizzazioni complesse; e finisce così per trascurare la realtà quotidiana della prassi penalistica, che continua a essere popolata di vicende criminose scaturenti da conflitti interpersonali» tra singoli.

27 F. VIGANÒ, *Diritto*, cit., 845. L’autore ritiene che sostituire al riferimento ad un bene giuridico individuale quello al diritto soggettivo serva a porre nel debito rilievo la «ferita nella relazione tra autore e vittima, che reclama di essere ricomposta anzitutto sul piano intersoggettivo».

28 Per ulteriori considerazioni critiche sul tema cfr. L. GRECO, *Lesione di un diritto anziché lesione di un bene giuridico?*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di S. Moccia*, Napoli, 2017, 327, con ampi riferimenti bibliografici sul dibattito nella dottrina tedesca.

È pur vero che il riconoscimento della centralità dei diritti della persona, anche nell'ambito del diritto penale, costituisce un'aspirazione condivisa diffusamente dalla dottrina, persino da quella componente meno incline a sostenere la cosiddetta 'pubblicizzazione artificiale' dei beni giuridici, che potrebbe arrivare ad avallare una espansione della tutela disancorata da oggetti concretamente verificabili ed esclusivamente astratti²⁹.

D'altra parte, ferma la sostanziale divisibilità di questa concezione, finalizzata a rimarginare e ricomporre sul piano intersoggettivo la 'ferita' nella relazione tra autore e vittima³⁰, c'è anche chi sostiene che la valorizzazione dei diritti soggettivi potrebbe comportare il rischio di una incontrollata e demagogica espansione della sfera del punibile, sotto l'insegna di un, non meglio definito, 'diritto alla sicurezza individuale', con conseguente adozione di ingiustificate misure punitive anche nei confronti di turbamenti della tranquillità o del decoro, frutto di stati di povertà o di emarginazione sociale³¹.

Va comunque considerato – come precisato da tale filone ermeneutico – che «non ogni reato, ovviamente, lede un diritto soggettivo; certamente ciò non accade rispetto ai reati che offendono interessi collettivi, o che apprestano una tutela anticipata agli stessi diritti individuali», e prosegue sottolineando che «allorché il reato in concreto offenda un interesse giuridicamente tutelato di una persona specifica, nulla vieta [...] di considerare quel reato come lesione del suo diritto soggettivo. Il concetto di 'bene giuridico' potrà, allora, conservarsi come 'concetto di genere', idoneo a ricomprendere tutti i pensabili oggetti di tutela della norma penale; ma il diritto soggettivo della vittima ben potrà costituirne una *species* dotata di caratteristiche autonome, e chiaramente individuabili»³². L'attenzione del penalista, secondo questo punto di vista, è stata tradizionalmente rivolta a modelli di tutela dei reati a vittima diffusa, che offendono beni collettivi e che coinvolgono grandi organizzazioni complesse, trascurando di valorizzare le vicende criminose che ledono diritti individuali e che scaturiscono da conflitti tra singoli.

Portare in primo piano i rapporti intersoggettivi, riaffermando la centralità, anche in diritto penale, della tutela diritti umani³³, non significa quindi negare l'esistenza di

29 Basti pensare al caso, affrontato concretamente dalla giustizia penale (Cass. pen., sez. V, 2 novembre 2017, n. 12823), del furto di una melanzana, che potrebbe avallare un intervento sproporzionato, in grado di anticipare in modo artificioso ed eccessivo la tutela penale. Cfr. G.L. GATTA, *La Cassazione e il furto (tentato) di una melanzana tra tenuità del fatto e patologie della giustizia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, IV, 2018, 183 ss.

30 F. VIGANÒ, *Diritto*, cit., 845 ss.

31 A. CAVALIERE, *'Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale*, in *Sistema penale*, X, 2023, 1 ss. Cavaliere mette in guardia di fronte a rischi non lievi di espansione incontrollata della punibilità che la tesi di Viganò, al di là delle intenzioni, potrebbe comportare.

32 F. VIGANÒ, *Diritto*, cit., 845 ss.

33 Per una riflessione sull'argomento di portata generale si rimanda a F. PALAZZO, *La tutela della persona umana: dignità, salute, scelte di libertà*, Atti convegno, 2018, Pisa, in *Diritto penale contemporaneo, Archivio*,

diritti superindividuali, bensì incoraggiare quel processo in integrazione transnazionale dei principi valoriali che hanno al centro la persona³⁴, portando in primo piano le ragioni del punire e i limiti alla potestà punitiva, senza che ciò comporti ‘obblighi’ per lo stato nazionale di introdurre norme incriminatrici ingiustificate e nemmeno rischi di espansione della punibilità che prefigurerebbero un illusorio ritorno ad una inattuale e risalente funzione repressiva da attribuire al diritto penale³⁵.

5. *I canoni di proporzionalità, prevedibilità ed effettività della sanzione penale tra legalità e colpevolezza, esigenze repressive e tutela dei diritti fondamentali.*

Vale la pena soffermarsi brevemente, a questo punto, a considerare come, anche dal lato della pena, i paradigmi culturali affermati dal diritto sovranazionale hanno investito gli elementi costitutivi della scienza penale, sul fronte del rispetto del principio di legalità e dell’indagine di effettività e proporzionalità sanzionatoria.

La pena, da intendersi secondo parametri di natura sostanziale – così come enucleati da alcune recenti note pronunce giurisprudenziali³⁶ – viene così calibrata in un più ampio contesto, in grado di attuare, nel caso concreto, non solo il divieto di *ne bis in idem* sanzionatorio, ma anche il corretto bilanciamento tra esigenze repressive e tutela dei diritti fondamentali dell’individuo.

Nell’ambito di tale percorso, che sta comportando, come si è detto, una vera e propria ridefinizione concettuale, i canoni sostanziali rilevanti hanno assunto i connotati di prevedibilità, effettività e proporzionalità della sanzione, in un’ottica di piena personalizzazione non solo della responsabilità ma anche del trattamento sanzionatorio.

In questo scenario, il canone della proporzionalità appare uno dei principi essenziali per garantire un corretto bilanciamento tra le due opposte esigenze, di prevenzione

23.9.2019, 1. Su questo tema «il filosofo ed il sociologo si fanno necessariamente giuristi, dovendo praticare quell’arte propriamente giuridica che è la ricerca di bilanciamento tra interessi e valori, ... alla ricerca di un equilibrio che consenta di non perdere la persona umana in totalitarismi o assolutizzazioni ideologiche...».

34 Vittima e autore sono entrambi portatori di interessi, di aspettative e di veri e propri ‘diritti’ nei confronti del sistema penale, dei quali il nostro ordinamento - alla luce della Costituzione e degli obblighi derivanti dagli obblighi internazionali di tutela dei diritti umani - è chiamato a farsi carico. F. VIGANÒ, *Diritto*, cit., 845 ss.

35 Peraltro, la scelta terminologica proposta da Viganò è modellata sulla distinzione - pacifica presso la dottrina tedesca - tra diritti ‘fondamentali’ (‘Grundrechte’) - caratterizzati dal loro essere fondati sulla ‘Legge fondamentale’ (‘Grundgesetz’) e dunque dal loro rango superprimario - e ‘diritti umani’ (‘Menschenrechte’) - caratterizzati dal loro essere fondati sulle carte internazionali che riconoscono i diritti dell’uomo (o ‘human rights’). Entrambi hanno sostanzialmente i medesimi oggetti, ma diversa ne è la forza giuridica all’interno dei diversi ordinamenti.

36 Corte Cost., 10 maggio 2022, n. 149 (relatore F. Viganò); Corte di Giustizia UE (Grande Sezione, 8 marzo 2022, C-205/20, NE). Cfr. I. GIACONA, *I due ‘ne bis in idem’, sostanziale e processuale: omonimi ma non parenti*, in *Sistema penale*, IX, Articolo, 5.10.2023; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della carta?*, in *Diritto penale contemporaneo*, III-IV, 2014, 219 ss.

e repressione dei reati, da un lato, e di tutela dei fondamentali diritti della persona, dall'altro.

Si tratta di un principio di cui l'ordinamento europeo è permeato da tempo: recepito dal diritto giurisprudenziale è diventato un sovra-principio, ossia un punto fondante da porsi alla base dell'intera costruzione giuridica dell'Unione, atteso che esso funge da chiave di lettura e di applicazione degli altri diritti fondamentali riconosciuti dal sistema europeo³⁷.

Il Trattato di Lisbona ha, da ultimo, consacrato nel diritto positivo il medesimo principio, recependo l'elaborazione operata dalla Corte di giustizia: la proporzionalità è principio riconosciuto anche nel sistema della CEDU, grazie alla elaborazione operata in tal senso dalla Corte di Strasburgo, che ne ha valorizzato, nel tempo, la funzione di limite alla discrezionalità riconosciuta agli Stati membri nel recepire i diritti e le libertà della Carta, fino a divenire parametro di riferimento per la verifica dell'effettività della tutela di tutti i diritti fondamentali previsti dalla Convenzione³⁸.

Il principio di legalità, quale baluardo fondamentale della teoria del reato e della pena, ha quindi progressivamente spostato il suo baricentro dall'esigenza di valorizzare il ruolo esclusivo della fonte legislativa e di delimitare il potere del giudice, all'esigenza di conoscibilità e prevedibilità della legge e delle relative conseguenze sanzionatorie, in ragione del diritto umano fondamentale nell'ordinamento europeo, quale quello della libertà individuale e della autodeterminazione.

In altri termini, l'ordinamento deve poter garantire non solo la conoscenza del testo normativo, ma anche la prevedibilità delle conseguenze giuridiche inerenti al reato configurabile e al suo relativo trattamento punitivo³⁹. È proprio nel diritto penale 'in azione', che si realizza anche nella prevedibilità degli orientamenti della giurisprudenza, che devono acquisire concretezza le garanzie derivanti dal principio di riserva di legge. Si tratta, conseguentemente, di contemperare il pluralismo ermeneutico e la prevedibilità delle opzioni interpretative con la consapevolezza della tendenza alla prevedibilità del diritto, inteso sia quale formante legislativo che giurisprudenziale.

37 Il riferimento risale alla sentenza *Fédération Charbonnière* (CGCE, 29 novembre 1956, C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta Autorità*), nella cui motivazione si osserva che ogni reazione dovrebbe «risultare commisurata all'importanza dell'atto illecito». Da allora, la proporzionalità è stata progressivamente legata a doppio filo con i diritti fondamentali, quali «categorie propriamente costituzionali del diritto comunitario e quali strumenti di legittimazione della sua autonomia e preminenza sui diritti nazionali». A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità nella disciplina del mandato d'arresto europeo*, Bologna, 2013, 61, come richiamato da M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, III-IV, 2014, 143-163.

38 Oggi il principio di proporzionalità è previsto ai par. 3 e 4 dell'art. 5 TUE, nonché agli art. 49 par. 325 e 52 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali, elevata, in forza dell'art. 6 TUE, a fonte primaria dell'Unione, al pari dei Trattati.

39 Emblematica, sul punto, tra le altre, la nota vicenda Contrada relativa al reato di concorso esterno in associazione mafiosa a seguito della ritenuta violazione, da parte dello Stato italiano, del principio di legalità e dei suoi corollari di irretroattività e tassatività ex art. 7 CEDU (Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia).

Da tale impostazione potrebbe derivare il rafforzamento di una ‘cultura giudiziaria della legalità’ penale, sia in quanto la determinatezza e precisione del precetto legale, l’intelligibilità, l’efficacia descrittiva dello stesso – strettamente connessi ai presupposti dell’osservanza della legge e del rimprovero di colpevolezza in caso di violazione – potrebbero limitare il rischio di creazionismo giudiziario, sia in quanto un diritto penale caratterizzato da spiccati connotati di razionalità politico-criminale e di qualità tecnica favorirebbe l’assimilazione da parte della magistratura di una vera e propria cultura del limite nell’ambito della «legalità dell’interpretazione»⁴⁰.

Dunque, legge e giurisprudenza, *lex* e *ius*, considerate non come monadi a sé stanti ma strumenti di un equilibrato ed armonico connubio – secondo un ‘nuovo’ approccio, adeguato alle complessità dell’ora attuale, ma al tempo stesso ancorato alle tradizioni culturali comuni, dal mondo classico a quello medievale – costituiscono una delle vie d’elezione per ripristinare la funzione del sistema penale a beneficio di ciascun individuo e della collettività⁴¹.

6. *La necessità di un’integrazione giuridica multilivello.*

Gli scenari sin qui delineati, sia sul fronte dell’oggetto della tutela penale, ossia sulle ragioni del punire, sia sul fronte della pena applicabile, ossia sui limiti alla potestà punitiva, evidenziano in ogni caso le complessità che derivano dalla doverosa, necessaria, integrazione tra il diritto interno e le disposizioni internazionali, e suggeriscono di portare i riflettori del giurista, anche del penalista, sui diritti delle persone, e sui reali protagonisti della scena del delitto – la vittima e l’autore, prima che sugli interesse della comunità e dello Stato – con l’obiettivo di accendere l’attenzione sui loro confliggenti diritti.

I possibili effetti delle interazioni tra il diritto europeo e la legalità penale nazionale possono per certi aspetti essere schematizzati, sia pur in maniera estremamente riduttiva, attraverso due modelli descrittivi. Secondo la prima ricostruzione, si sarebbe verificato un vero e proprio mutamento di paradigma che avrebbe fatto crollare sin dalle fondamenta il sacrario dell’illuminismo liberale costruito attorno all’altare della legge, della certezza del diritto, del formalismo interpretativo e del divieto di analogia.

Da un altro punto di vista, invece, la dimensione europea avrebbe solo messo in luce criticità pregresse, che affliggevano da tempo un sistema penale alla stregua di un edificio già pericolante⁴².

40 G. CANZIO, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, in *Sistema Penale*, XII, 2022, 16.

41 P. SCEVI, *Prevedibilità*, cit., 79 ss.

42 R. SICURELLA, *Il diritto penale europeo dopo Lisbona. Dall’ossimoro polisenso’ al diritto penale di un sistema di ordinamenti integrati. Ancora a metà del guado*, in *Archivio Penale*, I, 2021, 1. Cfr. anche A. CADOBBI, *Il valore del precedente penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2007. Sui rapporti tra ‘civil law’ e ‘common law’, cfr. G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un’evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007, 1 ss.

I due modelli sono per certi aspetti sovrapponibili, e comunque – senza voler entrare nel merito della maggiore o minore credibilità della teorica sottesa, e delle ragioni del ‘crollo’ fondazionale comunque intervenuto, indipendentemente dal punto di vista da cui viene analizzato – entrambi mettono in luce la necessità, inevitabile, di un’integrazione tra i diversi livelli, nazionale ed europeo, da operarsi sia sul fronte legislativo sia ermeneutico-giurisprudenziale⁴³.

L’aspirazione, dei sostenitori di entrambe le posizioni, dovrebbe essere quella di rafforzare l’armatura costituita dai principi costituzionali e dal diritto positivo italiano, per ricomporre la dicotomia tra legalità nazionale e legalità europea, in un quadro complessivo capace di enfatizzare più le analogie che le differenze reciproche, tramite una necessaria integrazione a più livelli, doverosamente ‘corretta’ dalle pronunzie delle corti sovranazionali.

Il cosiddetto caso Taricco⁴⁴ rappresenta, in questa logica, il punto di arrivo, o forse di partenza, del delicato equilibrio da perseguire: il principio di legalità, comprensivo della testualità del diritto positivo e quindi della riserva di legge, costituisce un ‘controlimite’ non superabile, un ‘palancolato’ che, alla stregua delle protezioni mobili a difesa delle acque alte, la Corte costituzionale è pronta ad azionare in caso di necessità. La pronuncia in questione⁴⁵ non va tuttavia letta alla stregua di un ritorno all’*ancien régime*, ma piuttosto una proposta di ‘slancio’ verso il futuro dell’Europa, in grado di tutelare – tramite un costante ‘dialogo tra le Corti’⁴⁶ – la cultura penalistica europea senza dimenticare i valori propri dell’identità costituzionale.

Conseguentemente, fermo restando che la *lex scripta*, in cui le scelte politico-criminali vengono incardinate, permane il punto di riferimento di qualsivoglia processo interpretativo, il modello a cui tendere (o se si vuole, restando nella metafora, della nuova

43 A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, Torino, 2023, 1 ss.

44 Il ‘Caso Taricco’ e il dialogo tra le Corti, Atti del convegno, Ferrara, 24 febbraio 2017, Napoli, 2017, 1 ss. con interventi di F. Viganò, A. Bernardi e C. Cuppelli. Di quest’ultimo autore cfr. *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre ad un diritto penale ‘certo’*, in *Diritto penale contemporaneo*, VI, 2018, 227 ss. Si veda anche, *ex multis*, G. RICCARDI, *Le Corti di giustizia tra dialogo e monologo nella ‘saga Taricco’. Silenzi, fraintendimenti e surrettizie appropriazioni di competenze penali dirette*, in *Primato del diritto dell’Unione europea e i controlimiti alla prova della ‘saga Taricco’*, a cura di C. Amalfitano, Milano, 2018, 319 ss. e infine, dello stesso autore, *Il caso Taricco: un laboratorio dei futuri assetti del rapporto tra ordinamenti nazionali e sovranazionali tra ‘dialoghi’ e ‘monologhi’*, in *Europa e diritto penale*, IV, 2020, pubblicato in *National judges and the case law of justice of the European Court*, a cura di A.M. Mancaloni, E. Poillot, Roma, 2021, 65 ss.

45 Corte Cost., 10 aprile 2018, n. 115. Il contributo chiarificatore offerto dalla consulta nella vicenda è prezioso, per quanto detto e per quanto non detto, per garantire una sorta di *actio finium regundorum*, ossia per riabilitare una concezione rigorosa della nozione di ‘competenza penale indiretta’, ossia nel senso di non ammettere interpretazioni ‘euroeccedenti’: la legislazione nazionale permane in questa prospettiva il primo meccanismo di trasformazione della politica comunitaria in diritto interno. Cfr., *ex multis*, F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto costituzionale: una sentenza davvero ‘rivoluzionaria’*, in *Giur. Cost.*, 2018, 1304; F. GIUNTA, *Europa*, cit., 285 ss.

46 G. LATTANZI, *Dialogo tra le Corti e il caso Taricco*, in *Intersecting Views on National and International Human Rights Protection: Liber Amicorum Guido Raimondi*, a cura di R. Chenal, A. Motoc, L. A. Sicilianos, R. Spano, Londra, 2019, 417 ss.

‘casa comune’ da ricostruire, ferma la consapevolezza dell’intervenuta trasformazione del sistema ‘edilizio’ tradizionale) dovrebbe portare a riconsiderare e valorizzare adeguatamente, anche a fini penalistici, il ruolo e la cultura della ‘comunità giuridica’, entro il cui ambito utilizzare metodi, tecniche e materiali, analizzare criticamente la pluralità delle fonti, ricostruendo, e non solo demolendo, un nuovo modo di concepire la tutela dei diritti, adeguato e coerente con la globalizzazione del sistema⁴⁷.

7. Considerazioni conclusive: l'avvento di una 'cultura giuridica europea' nella ridefinizione dei principi e delle fonti.

È stato detto che la necessità di costruire una cultura giuridica comune tra tutti gli operatori del diritto potrebbe costituire un efficace strumento per superare l'attuale fase di crisi del sistema ‘giustizia’, la quale si correla, infatti, non soltanto alla scarsa chiarezza dello *ius positum*, ma anche alle complessità implicite al processo di reciproca contaminazione tra diversi ordinamenti, accomunati da denominatori comuni.

A partire dalla necessità di valorizzare l'azione delle istituzioni universitarie e delle Scuole di Alta formazione potrebbe svilupparsi un'azione di rinnovamento o di ricomposizione su cui costruire un comune patrimonio di idee e di cultura, che consenta un più efficace confronto e dialogo, nel rispetto delle diversità.

La scarsa chiarezza e il ‘deterioramento’ dei testi normativi, a cui si è fatto riferimento, potrebbero essere controbilanciati dalla capacità di effettuarne letture tramite criteri e metodi uniformi e omogenei, i quali consentano di collocare ‘la fonte’ in un contesto condiviso che tenga in appropriata considerazione – senza pregiudizi connessi alla presunta perdita di sovranità – anche le variabili esterne da cui non si può prescindere, stante l'appartenenza dell'Italia ad un ambito culturale più ampio e dalle comuni radici.

L'arricchimento culturale dei giuristi e del magistrato, in particolare, potrebbe favorire il superamento del monopolio della giurisprudenza, da un lato, e del precedente dall'altro, e garantire, nel tempo, che la regolazione di ogni settore sia improntata, nel rispetto dei principi e dei valori universalmente riconosciuti, alla garanzia della dignità della persona⁴⁸.

47 Lo ‘stato dell’arte’ fin qui ricostruito evidenzia che i rapporti tra ordinamenti/sistema reggono su un delicato punto di equilibrio di volta in volta cercato in nome della leale cooperazione; se si accetta che l'«Unione ha incamerato e fatto suo il pluralismo costituzionale, presupposto su cui poggia la diversità degli assetti costituzionali, pur nella concordanza delle tradizioni comuni» (combinato disposto degli artt. 11, 117, 1° co., Cost., 6 T.U.E.) allora si deve anche accogliere la conclusione che «il sistema nel suo complesso non si basa [solo] sul diritto ma [pure] sulla fiducia». S. SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità, in federalismi.it*, III, 2021, 37. Cfr. nuovamente F. FALATO, *Fonti*, cit., 1 ss.

48 G. FLICK, *Elogio della dignità*, Roma, 2015, 1 ss.

Un ruolo decisivo viene affidato in questo contesto alla Consulta che – nell’assolvere la propria funzione di ‘legislatore negativo’⁴⁹ – può eliminare o correggerne i profili di irrazionalità di una legge, per adeguare le regole positive o le valutazioni delle condotte all’evoluzione del modo d’intendere, specie con riferimento a quelle regole formulate con l’impiego di concetti aperti quali la dignità umana o la libertà.

In definitiva, se il diritto penale riflette il patrimonio di valori lentamente acquisito all’interno di una società omogenea, sembra potersi affermare che i fondamenti strutturali dell’ordinamento nazionale dovranno costituire il punto di partenza – indubbiamente imprescindibile – sulla base del quale procedere, attraverso difficili e sofferti processi di adattamento reciproco, allo sviluppo di una comune cultura giuridica continentale.

Una ‘nuova’ cultura, fondata su ‘antiche’ radici comuni consentirà, così, di promuovere una tendenziale calcolabilità della decisione, magari anche attraverso una nuova centralità della dottrina penalistica, che, indipendentemente dalla sua pretesa aspirazione a definirsi ‘scienza’, possa fortificare la propria vocazione pragmatica attraverso l’elaborazione di modelli e schemi capaci di orientare l’attività legislativa e la prassi applicativa, nonché di valutarne i risultati⁵⁰.

Quanto sin qui argomentato avvalendosi delle diverse posizioni assunte dalla dottrina, rende meno complesso sostenere che oggetto della tutela, in ambito penale, non potrà essere un ‘bene giuridico’ né parimenti è un diritto soggettivo, come tradizionalmente intesi, ma un ‘valore’, o meglio un sistema di valori, per la cui individuazione non serve un mero sforzo definitorio finalizzato alla elaborazione di una qualificazione tecnico-giuridica nell’ambito delle tradizionali categorie, ma piuttosto l’impegno comune a non perdere di vista la ricerca del punto di equilibrio tra *ius commune* e ‘common law’, tra diritto pretorio e *ius positum*, che stanno alla base delle radici culturali del diritto europeo e di cui il sistema giuridico del ‘vecchio’ continente è pervaso.

Si tratta di una ricerca difficile, ma irrinunciabile, funzionale a ritrovare la ragione storica della unicità della tutela penale, la quale, pur ponendosi quale *extrema ratio*, permane quale insostituibile baluardo della convivenza civile e dei ‘valori’ sostanziali su cui si fonda la nostra cultura e la nostra tradizione democratica.

Solo la tutela effettiva e coerente dei diritti individuali fondamentali potrà così assicurare la tenuta democratica dei sistemi politici europei, oggi in verità messa a dura prova, ma a cui la fede in una ‘scienza giuridica’ costantemente in divenire, «capace di sintonizzarsi con le trasformazioni in atto e di porre le basi per i problemi che l’immediato futuro porterà con sé»⁵¹, ci invita ancora a credere.

49 R. ZACCARIA, *Il linguaggio*, cit., 141, che richiamando Kelsen, evidenzia come «tendenzialmente, il legislatore è chiamato a scrivere ‘su una pagina bianca’ mentre la Corte opera ‘intervenedo su testi scritti’».

50 A. MASSARO, *Legalità penale e diritto europeo: c’è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi di antico*, in *Sistema penale*, XII, 2022, 83.

51 A. BERNARDI, *Cinque tappe nel processo di costituzionalizzazione dell’Unione europea. Note di un penalista*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, III-IV, 2013, 602; R. SICURELLA, *Il diritto*, cit., 23.

ABSTRACT: Nonostante le specificità proprie del diritto penale, anche nell'ambito di questa materia si assiste, sul fronte sovranazionale, ad una progressiva, complessa, integrazione giuridica multilivello, tale da condurre alla ridefinizione di fonti e principi della 'matière penale'.

I settori investiti da questa vera e propria 'rivoluzione culturale' hanno interessato da un lato l'oggetto della tutela, che si è spostato dai beni giuridici ai diritti individuali, dall'altro l'attuazione giurisdizionale del diritto penale, la quale tende a valorizzare l'intervento nomofilattico e l'interpretazione conforme alle disposizioni comunitarie. Non da ultimo, anche dal lato della pena, i nuovi paradigmi hanno investito gli elementi costitutivi della scienza penale, sul fronte del rispetto del principio di legalità e dell'indagine di effettività e proporzionalità sanzionatoria.

Lo studio si propone di analizzare i principali fenomeni che stanno caratterizzando, dall'inizio del nuovo millennio, questo faticoso processo evolutivo, pervenendo in definitiva a constatare come il diritto penale non possa che riflettere il patrimonio di valori acquisito all'interno di una società dalle radici e tradizioni comuni. Cosicché, i fondamenti strutturali dell'ordinamento penale interno potranno costituire il nucleo insostituibile di valori dal quale procedere, attraverso i necessari processi di adattamento, allo sviluppo di una comune 'cultura giuridica europea', idonea ad assicurare – nell'ambito del sistema multilivello di tutela dei diritti che la connota – l'effettività delle garanzie formali e sostanziali cui il processo penale è proteso.

Ci si interroga inoltre sullo stato di attuazione di questo tormentato processo di armonizzazione ed 'europeizzazione' del diritto penale, tentando di mettere in luce i possibili strumenti in grado di ri-comporre tra loro 'modelli di tutela' e 'garanzie', e quindi favorire la necessaria convivenza tra la tradizione interna e le inevitabili innovazioni proposte dall'appartenenza ad un sistema valoriale europeo.

PAROLE CHIAVE: Diritto penale e cultura giuridica europea – Integrazione e armonizzazione dei sistemi valoriali – Tutela multilivello dei diritti fondamentali – 'Law in the books' e 'law in action' – Effettività sostanziale delle garanzie penalistiche.

Gian Bruno Cherchi*

CULTURA GIURIDICA E PROCESSO MEDIATICO.

TRA MONITI NON ACCOLTI DALLA GIURISPRUDENZA ED ESIGENZE DI RIFORMA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La legittima funzione degli organi di informazione: come dovrebbe essere. – 2.1. Il gioco del bilanciamento: il diritto alla riservatezza... – 2.2. ... e la presunzione di innocenza. – 3. L'ingerenza mediatica: com'è realmente. – 4. Le ricadute sul processo penale. *Virgin minds* ed imparzialità. – 5. *Segue*: la remissione del processo e il nodo della professionalità dei giudici. – 6. Riflessioni conclusive e prospettive di riforma.

1. *Introduzione.*

Nella sua opera, *Racconto di due città*, Charles Dickens descrive le brutalità del Terrore affidandosi all'evocativa immagine di un nutrito gruppo di donne che, schierate sulle sedie di fronte al palco della ghigliottina, come in un giardino pubblico ove c'è da divertirsi, assistevano alle decapitazioni mentre, impassibili, continuavano a lavorare a maglia. Erano le *tricoteuses*, incarnazione del sentimento di violenta e aspra vendetta covata nei confronti del 'nemico'.

Analizzando i costumi della società moderna ci accorgiamo che la narrazione di quel periodo storico non è stata realmente *magistra vitae*. Oggi, infatti, pur provando sdegno e ribrezzo per quel macabro spettacolo, la costante ricerca di un nemico, che sovente diventa capro espiatorio di ogni male, è incanalata nei *social* che, consentendo di dare massimo sfogo alla richiesta di giustizia di un ampissimo numero di persone, divengono le nuove fonti di legittimazione di quei *talk show* che fungono da catalizzatore del sentimento giustizialista del *quisque de populo*.

Consapevoli che per meglio comprendere come si sia sviluppata questa cultura socio-giuridica deviata è necessario anzitutto comprendere il fenomeno massmediatico e quale sia la sua 'reale' base giuridica, la prima parte della presente analisi sarà proprio dedicata a questa delicata ricostruzione, focalizzandosi in particolare sui diritti della persona che sono incisi e quale dovrebbe essere il più corretto bilanciamento, anticipando fin da ora che la Corte Edu ha avuto un ruolo centrale in questa operazione.

* Dottorando di ricerca in Giurisprudenza nell'Università di Padova.

2. La legittima funzione degli organi di informazione: come dovrebbe essere.

L'attività giornalistica costituisce una delle forme in cui si estrinseca la libertà di espressione, vera e propria 'pietra angolare dell'ordine democratico'¹.

La stampa, quindi, svolge un ruolo fondamentale sia per la circolazione di idee ed opinione, sia per la funzione di *public watchdogs*²; i giornalisti, infatti, sono deputati a vigilare su quei comportamenti che maggiormente allarmano la collettività, e sono legittimati a riportare anche informazioni che possono «offendere (offend), scioccare (shock) o disturbare (disturb) lo Stato o una parte dei consociati»³. Non solo, i lettori hanno il diritto di riceverle⁴, rendendo così possibile 'una virtuosa circolarità democratica'⁵: il Parlamento emana le leggi; i giudici le applicano; i mezzi di informazione rendono note alla collettività come è amministrata la giustizia; i consociati, se non confermano la fiducia nelle scelte di legislative di politica penale, attraverso i loro rappresentanti, sollecitano il cambiamento.

Peraltro, l'esercizio di tale libertà, come recita lo stesso art. 10 CEDU, comporta «doveri e responsabilità»⁶. Vengono qui in risalto i tre canoni che guidano l'attività giornalistica, *i.e.* verità, continenza e pertinenza, fissati dalla Suprema Corte nella nota 'sentenza decalogo'⁷ e che sembrano trovare riconoscimento anche nella giurisprudenza della Corte Edu⁸. Il primo impone ai media di verificare l'attendibilità e la credibilità delle proprie fonti⁹ e la veridicità dei fatti¹⁰; in assenza di un'analisi accurata

1 Corte cost., 2 aprile 1969 (dep. 17 aprile 1969), n. 84, paragrafo 5 del considerato in diritto, in *Il Foro italiano*, 92, 1969, VI, 92, 1376 ss. Analogamente si è espressa la Corte Edu, secondo la quale rappresenta il fondamento delle società democratiche, oltre che la condizione basilare per il suo sviluppo e quello di ogni uomo (Corte EDU, 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, cit., § 49, in HUDOC). In dottrina per tutti L. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La libertà di informazione*, Torino, 1979, 10 s.

2 Corte EDU, 26 novembre 1991, *Observer e Guardian c. Regno Unito*, § 59 b), in HUDOC.

3 Così Corte EDU, 26 novembre 1991, *Sunday Times c. Regno Unito (n. 2)*, § 65, in HUDOC. V. anche 25 giugno 1992, *Thorgeir Thorgeirson c. Islanda*, § 63, *ivi*.

4 *Ex multis* Corte EDU, 23 maggio 1991, *Oberschlick c. Austria (n. 1)*, § 58, in HUDOC nonché di recente 18 luglio 2023, *Osman e Altay c. Turchia*. Sulla duplice valenza del diritto v. *amplius* P. BARILE, voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 434; A. LOIODICE, *Il diritto all'informazione: segni ed evoluzione, informazione, potere, libertà*, a cura di M. Ainis, Torino, 2005, 23 ss. Nella giurisprudenza costituzionale v. 3 marzo 1966 (dep. 10 marzo 1966), n. 18, in *De Jure*, e 9 giugno 1972 (dep. 15 giugno 1972), n. 105, *ivi*.

5 Così G. GIOSTRA, *La giustizia penale nello specchio deformante della cronaca giudiziaria*, in *MediaLaws*, III, 2018, 24.

6 In argomento cfr. N. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 241 ss.

7 Cass. civ., sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259, in *NGCC*, I, 1985, con note di G. ALPA, *Diritto di cronaca - Illecito civile*, 214 ss., e di E. ROPPO, *La Corte di cassazione e il decalogo del giornalista*, 218 ss. Più di recente cfr. Cass. civ., sez. III, 13 giugno 2014 (dep. 10 ottobre 2014), n. 21404, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2015, con nota di S. PERON, *Cronaca giudiziaria: istruzioni per l'uso*, 129 ss.

8 Cfr. Corte EDU, GC, 12 novembre 2007, *Dupuis c. Francia*, § 33 ss.

9 Cfr. Corte EDU, 7 maggio 2002, *McVicar c. Regno Unito*, § 84 e

10 Cfr. Corte EDU, 27 febbraio 2001, *Jerusalem c. Austria*, § 43; 22 ottobre 2007, *Lindon, Otchakovskiy-Laurens e July c. Francia*, § 67.

dei fatti, una qualunque inchiesta giornalistica, specie se esprime un giudizio valoriale, stigmatizzando determinate condotte, rischia di essere illegittima¹¹. Il secondo attiene allo stile utilizzato che può essere polemico e provocatorio, specie se la notizia rientra nell'area del dibattito politico¹², ma non deve risolversi in un attacco gratuito ed immotivatamente afflittivo dell'onore altrui¹³. Il terzo riguarda l'argomento oggetto di diffusione: maggiore è la rilevanza della notizia e l'interesse dei consociati e maggiore potrà essere la pervasività dell'ingerenza mediatica¹⁴.

Sulla base di una ormai granitica giurisprudenza, tra le questioni di interesse generale rientra anche la *fair administration of justice*¹⁵ e pertanto i *mass media* hanno il diritto di informare la collettività circa l'andamento di un procedimento penale, eventualmente anche pubblicando estratti di provvedimenti. I giudici di Strasburgo hanno a più riprese evidenziato che *courts cannot operate in a vacuum*¹⁶: nonostante le aule giudiziarie siano la sede deputata alla risoluzione delle controversie, ciò non significa che i procedimenti penali ed il loro andamento non possano essere oggetto di dibattito altrove, tra cui riviste specializzate e non¹⁷. Così facendo, si garantisce, da un lato, 'la trasparenza dell'attività decisionale e l'effettività del controllo esterno sull'esercizio di un potere non rappresentativo'¹⁸, dall'altro, la demistificazione del ruolo della magistratura non più vista «as a Delphic institution that from time to time delivers judgements that must be accepted as the pronouncement of an institution whose anonymity encourages respect»¹⁹.

2.1. Il gioco del bilanciamento: il diritto alla riservatezza...

L'acclarata importanza di tale professione non significa però una totale adesione al modello americano, incentrato su una illimitata libertà dei media di informare il

11 Corte EDU, 17 luglio 2008, *Riolo c. Italia*, §60.

12 Cfr. Corte EDU, 12 luglio 2001, *Feldek c. Slovacchia*, § 76 e 84 s.

13 Cfr. Corte EDU, *Oberschlick c. Austria (n. 1)*, cit., § 57; 1° luglio 1997, *Oberschlick c. Austria (n. 2)*, § 34, in HUDOC; 6 Febbraio 2001, *Tammer c. Estonia*, § 67 ss.; GC, 6 maggio 2003, *Perna c. Italia*, § 39; *Lindon, Otchakovsky-Laurens e July c. Francia*, cit., § 62 ss.

14 Cfr. Corte EDU, GC, 7 febbraio 2012, *Von Hannover c. Germania (n. 2)*, § 57 ss.; v. anche *Thorgeir Thorgeirson c. Islanda*, cit., § 61 a) e 64.

15 Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito (n. 1)*, § 65, in HUDOC; 24 febbraio 1997, *De Haes et Gijssels c. Belgio*, § 37, *ivi*; 29 agosto 1997, *Worm c. Austria*, § 50, *ivi*.

16 L'espressione francese è *dans le vide*.

17 Cfr. Corte EDU, *Sunday Times c. Regno Unito (n. 1)*, cit., § 65.

18 G. RESTA, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla libertà d'informazione e la sua rilevanza per il diritto interno: il caso dei processi mediatici*, in *Dir. informatica*, II, 2012, 167. Cfr. Corte EDU, 7 febbraio 2012, *Axel Springer AG c. Germania*, § 80, dove la Corte, riferendosi al dovere di informare dei media, osserva che '(t)his duty extends to the reporting and commenting on court proceedings which, provided that they do not overstep the bounds set out above, contribute to their publicity and are thus consonant with the requirement under Article 6 § 1 of the Convention that hearings be public'.

19 R. DWORKIN, *The Secular Papacy*, in *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, a cura di R. Badinter, S. Breyer, New York, 2004, 264. In questo senso anche G. GIOSTRA, voce *Processo mediatico*, in *Enc. Dir.*, Annali X, Milano, 2017, 646 s.

pubblico circa l'amministrazione della giustizia, destinata a prevalere sempre sugli altri diritti ed interessi in gioco²⁰. Tra questi anzitutto vi sono quelli della persona ed in particolare il diritto alla *privacy*.

La riservatezza è nozione ampia che si estende a molteplici aspetti che afferiscono alla personalità dell'individuo²¹. Se in origine si riferiva essenzialmente al *right to be let alone*²², oggi vi rientra anche il diritto all'immagine²³ che si lega intimamente con l'onore e la reputazione²⁴, sociale e professionale²⁵. La Corte Edu ha contribuito a plasmare questo concetto e, nel caso *Pfeifer c. Austria*, ha rilevato che «a person's reputation, even if that person is criticised in the context of a public debate, forms part of his or her personal identity and psychological integrity and therefore also falls within the scope of his or her 'private life'»²⁶; analogamente con riferimento all'onore²⁷.

La lesione di tali fondamentali diritti della persona appare «enormemente amplificata(a) proprio dai moderni mezzi di comunicazione, che rendono agevolmente reperibili per chiunque, anche a distanza di molti anni, tutti gli addebiti diffamatori associati al nome della vittima»²⁸, tanto che, con una formula icastica, si può affermare che ad oggi sia più facile riacquistare la libertà piuttosto che la propria reputazione²⁹.

20 Per una disamina del modello americano cfr. G. RESTA, *Trial by Media as a Legal Problem. A Comparative Analysis*, Napoli, 2009, 62 ss. Questo modello si contrappone al tipico modello inglese, contraddistinto da una logica repressivo-sanzionatoria, emblematicamente iscritta nell'istituto del *contempt of court*, in forza del quale si esclude che i *mass media* possano interferire con un procedimento in corso, diffondendo notizie o esprimendo commenti che possano in alcun modo alterarlo (cfr. I. CRAM, *Reconciling fair trial interests and the informed scrutiny of public power? An analysis of the United Kingdom's contempt of court laws, in Il rapporto tra giustizia e mass media. Quali regole per quali personaggi*, a cura di G. Resta, Napoli, 2010, 63 ss.

21 Per tutti Corte EDU, GC, 8 aprile 2021, *Vavříčka e altri c. Repubblica ceca*, § 261. In dottrina di recente G. ALPA, *Il rispetto della vita privata e familiare, in Il diritto europeo e il giudice nazionale*, II - I, a cura di G. Lattanzi, M. Maugeri, G. Grasso, L. Calcagno e A. Ciriello, Milano, 2023, 541 ss.

22 S. D. WARREN - L. D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 4, 1890, V, 193 ss.

23 Cfr. Corte EDU, GC, 17 ottobre 2019, *López Ribalda e altri c. Spagna (n. 2)*, in particolare § 89, dove la Corte osserva che «a person's image constitutes one of the chief attributes of his or her personality, as it reveals the person's unique characteristics and distinguishes the person from his or her peers. The right of each person to the protection of his or her image is thus one of the essential components of personal development and presupposes the right to control the use of that image. Whilst in most cases the right to control such use involves the possibility for an individual to refuse publication of his or her image, it also covers the individual's right to object to the recording, conservation and reproduction of the image by another person».

24 Cfr. Corte EDU, 9 gennaio 2013, *Oleksandr Volkov c. Ucraina*, § 165.

25 Cfr. Corte EDU, GC, 25 settembre 2018, *Denisov c. Ucraina*, § 112.

26 Corte EDU, 15 novembre 2007, *Pfeifer c. Austria*, § 35. Principio poi riaffermato anche dalla Grand Chamber nella sentenza 7 febbraio 2012, *Axel Springer AG c. Germania*, § 83.

27 Corte EDU, 4 ottobre 2007, *Sanchez Cardenas c. Norvegia*, § 38.

28 Così Corte cost., 22 giugno 2021 (dep. 12 luglio 2021), n. 150, par. 6.2; v. anche le osservazioni di G. Bondi, *Effetto dissuasivo della pena detentiva e diffamazione a mezzo stampa: un nuovo equilibrio euroconvenzionalmente orientato*, in *Arch. pen.*, I, 2021.

29 In questi termini si è espresso il Vicepresidente del C.S.M. Fabio Pinelli durante il suo intervento all'inaugurazione dell'anno giudiziario dell'U.C.P., tenutosi a Ferrara il 10 febbraio 2023.

Per tali ragioni, nel difficile ma doveroso bilanciamento tra i diritti in gioco³⁰, bisogna anzitutto avere riguardo alla rilevanza e all'attinenza della notizia rispetto all'attività processuale o di indagine. Su queste basi, la Corte Edu ha osservato che la divulgazione di informazioni nonché di fotografie, video e frammenti audio costituisce un'ingerenza del tutto sproporzionata, specie quando non è funzionale né alla cattura di un ricercato né alla prosecuzione delle indagini³¹. In altri termini, come osservato nel *leading case Craxi c. Italia (n. 2)*, qualora le informazioni divulgate siano «of a strictly private nature» tali da avere «little or no connection at all with the criminal charges brought against the applicant», la loro pubblicazione «did not correspond to a pressing social need»³². In tali circostanze, l'attività giornalistica fuoriesce dall'area della cronaca giudiziaria ricadendo nella cd. «stampa scandalistica», che, non contribuendo ad un «meaningful public debate», non è meritevole di protezione³³; d'altro canto pare difficile sostenere che il «gossip» possa in qualche modo essere assunto come contributo utile ai fini del pubblico dibattito³⁴.

In secondo luogo, è stato osservato che la rilevanza della notizia è intimamente legata alla funzione rivestita dal personaggio, specificando che questa non discende dalla mera sottoposizione dell'individuo ad un procedimento penale. Pertanto, da un lato, lo stigma di indagato/imputato non può costituire argomento idoneo a giustificare ogni genere di intrusione nella vita privata di una persona³⁵, dall'altro, come sostenuto anche dalla giurisprudenza e dalla dottrina nordamericana³⁶, una maggiore tolleranza deve essere riconosciuta alle intromissioni nella *privacy* di politici e funzionari pubblici, che, lanciandosi nel dibattito politico e spesso rivestendo prestigiose cariche, devono attendersi un controllo attento dei media, che, proprio in questo modo, assolvono alla loro funzione di controllo³⁷. A contrario, una più stretta protezione deve essere accordata ai privati «noti al pubblico», specie, come accennato, qualora la divulgazione

30 Sul bilanciamento tra diritto di cronaca e riservatezza cfr. G. DE MARZO, *Libertà di espressione*, in *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, cit., 2023, 748 ss. Con particolare riguardo e più in generale sulla *three steps rule* nel diritto alla privacy cfr. F. PERRONE, *La protezione dei dati personali*, ivi, 624 ss.

31 Corte EDU, *Sciacca c. Italia*, cit., § 22 ss.; 13 gennaio 2009, *Giorgi Nikolaisvili c. Georgia*, § 129 ss.; 24 febbraio 2009, *Toma c. Romania*, 87 ss.

32 Corte EDU, 17 luglio 2003, *Craxi c. Italia (n. 2)*, § 66 s, in *Cass. Pen.*, II, 2004, 679 ss., con nota di A. TAMIETTI, *Intercettazioni telefoniche*, cit.

33 Per tutti P. NUVOLONE, voce *Cronaca (Libertà di)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 423 s.; più di recente anche A. BALSAMO - A. TAMIETTI, *Le intercettazioni, tra garanzie formali e sostanziali*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo, R. E. Kostoris, Torino, 2008, 440, nt. 54.

34 Cfr. G. RESTA, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., 181.

35 Corte EDU, 11 gennaio 2005, *Sciacca c. Italia*, § 29; più di recente 26 aprile 2016, *Amarandei e altri c. Romania*, § 236.

36 Cfr. A. BALSAMO - A. TAMIETTI, *Le intercettazioni*, cit., 438. In termini analoghi anche A. TAMIETTI, *Intercettazioni telefoniche e garanzie a tutela del diritto al rispetto della vita privata e della corrispondenza dell'imputato: la Corte europea interpreta estensivamente gli obblighi positivi dello Stato*, in *Cass. Pen.*, II, 2004, 691.

37 *Ex multis* v. il *leading case* Corte EDU, 8 luglio 1986, *Lingers c. Austria*, § 42 e 46, in HUDOC; più di recente GC, 28 settembre 1999, *Dalban c. Romania*, §49 s., *ivi*. Con riferimento, ai funzionari pubblici cfr. Corte EDU, 7 novembre 2006, *Manère c. Francia*, §27 s., ai giudici cfr. per tutti Corte EDU, 22 febbraio 1989, *Barfod c. Danimarca*, § 29 ss., in HUDOC.

abbia come unico obiettivo quello di «satisfy the curiosity of a particular readership regarding the details of the applicant's private life»³⁸.

2.2. ... e la presunzione di innocenza.

La presunzione di innocenza costituisce un fondamentale 'strumento di difesa sociale contro il delitto'³⁹ perché ancora il processo penale ai principi di legalità e al necessario rispetto dell'individuo, assolvendo una fondamentale funzione ideologica⁴⁰. Il principio è anzitutto regola di giudizio, che impone alla pubblica accusa di dimostrare la responsabilità dell'imputato 'oltre ogni ragionevole dubbio', risolvendo l'incertezza processuale in favore di quest'ultimo secondo il canone dell'*in dubio pro reo*. Secondariamente è regola di trattamento, secondo il quale l'imputato 'non può chiamarsi reo'⁴¹, finché una pronuncia di condanna non ne abbia accertato definitivamente la colpevolezza⁴²; tale divieto non riguarda unicamente la libertà personale ma coinvolge anche gli altri diritti individuali costituzionalmente tutelati suscettibili di lesione nel corso ed a causa del processo⁴³.

Su queste basi concettuali, la Corte Edu ne ha plasmato, *rectius* 'forgiato'⁴⁴, un nuovo *aspect*⁴⁵, quello extraprocessuale, producendo significati effetti espansivi del principio: mentre nella sua dimensione processuale, la presunzione di innocenza attiene al rapporto tra autorità procedente e soggetto sottoposto a procedimento, in quella extraprocessuale, si riferisce all'indagato/imputato inteso come all'individuo⁴⁶, venendo in risalto le interazioni al di fuori del processo ed in particolare con la collettività⁴⁷.

38 Cfr. Corte EDU, 24 giugno 2004, *Von Hannover c. Germania*, § 63 ss.

39 L. MORTARA, *Discorso al Senato (5 marzo 1912)*, in *Commento al Codice di procedura penale*, III, Torino, 1915, 183.

40 G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 80; P.P. PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 670.

41 Così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Fabietti, Milano, 1973, cap. XVI.

42 G. ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma 1991, 1 ss.; O. DOMINIONI, *Il 2° comma dell'art. 27 Cost.*, in *Commentario della costituzione art. 27-28*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Bologna, 1991, 162 ss.; P.P. PAULESU, voce *Presunzione*, cit., 677 ss.; ID., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 10 ss.; A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, Milano, 2019, 138 ss.; V. MANES - M. CALIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020, 250 s.

43 P.P. PAULESU, voce *Presunzione*, cit., 677.

44 V. MANES, *La 'confisca senza condanna' al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, VI, 2015, 2219

45 Corte EDU, 12 luglio 2013, *Allen c. Regno Unito*, in particolare, per quanto qui interessa, §§ 94, 102 e 118 ss. Nella giurisprudenza costituzionale cfr. Corte cost., 7 luglio 2021 (dep. 30 luglio 2021), in *Cass. Pen.*, XI, 2021, 3432 ss., con nota di P. FERRUA, *La Corte costituzionale detta le regole per l'azione civile in caso di sopravvenuta estinzione del reato: la probabile illegittimità costituzionale dell'art. 578 comma 1 bis c.p.p. introdotto dalla riforma 'Cartabia'*.

46 Su queste basi concettuali alcune voci in dottrina rilevano come la presunzione di innocenza sia un diritto della personalità (cfr. P. SAMMARCO, *La presunzione di innocenza*, Milano, 2022, 93 ss.).

47 P.P. PAULESU, voce *Presunzione*, cit., 677; ID., *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 159 ss.

L'ambito applicativo della dimensione reputazionale della presunzione di innocenza⁴⁸ pacificamente si estende a tutto il procedimento penale, ossia fino a quando l'attività processuale non sia conclusa⁴⁹, ma abbraccia anche il momento temporale immediatamente successivo, specie se la pronuncia definitiva è di assoluzione. Nell'ottica di impedire i 'rumors' di colpevolezza⁵⁰ e quindi per far sì che la presunzione di innocenza sia realmente un diritto '*concret et effectif*', la Corte Edu, riprendendo il *leading case*, *Allen c. Regno Unito*, ha recentemente osservato come sia indispensabile che gli imputati assolti, indipendentemente dalla ragione del proscioglimento, non siano trattati come colpevoli; in assenza di questa garanzia il diritto rischia di essere '*théoriques et illusoirs*'⁵¹.

L'obbligo di mantenere riserbo e contegno circa la colpevolezza dell'imputato non riguarda solo la magistratura giudicante o requirente, ma anche le altre autorità pubbliche, le quali, certamente possono informare il pubblico circa l'andamento dei processi, ma '*with all the discretion and circumspection*', proprio per preservare il candore di innocenza degli indagati o imputati⁵². A questi fini, come più volte ricordato, bisogna avere riguardo a tutte le circostanze del caso concreto, ed in particolare al contesto in cui sono rese le dichiarazioni e il linguaggio utilizzato⁵³.

48 Così M. DI BENEDETTO, *La presunzione di non colpevolezza*, in *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, cit., 1089 ss., in particolare 1091 ss.

49 Cfr. Corte cost., 4 luglio 1979, n. 59, in *Cass. Pen.*, 1980, 312 ss. e Corte EDU, 25 marzo 1983, *Minelli c. Svizzera*, § 37, in HUDOC, dove la Corte osserva che '*the presumption of innocence will be violated if, without the accused's having previously been proved guilty according to law and, notably, without his having had the opportunity of exercising his rights of defence, a judicial decision concerning him reflects an opinion that he is guilty. This may be so even in the absence of any formal finding; it suffices that there is some reasoning suggesting that the court regards the accused as guilty*'. Cfr. anche 6 dicembre 1988, *Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna*, § 77. In dottrina per tutti, P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, II, Torino, 1992, 120.

50 Cfr. Corte EDU, 16 ottobre 2008, *Kyriakides c. Cyprus*, § 38, dove osserva che il principio '*may also be applicable where the criminal proceedings proper have terminated in an acquittal and other courts issue decisions voicing the continued existence of suspicion regarding the accused's innocence or otherwise casting doubt on the correctness of the acquittal*'.

51 Corte EDU, 9 marzo 2023, *Rigolio c. Italia*, § 92; cfr. anche 20 ottobre 2020, *Pasquini c. San Marino*.

52 Cfr. Corte EDU, 10 febbraio 1995, *Allenet de Ribemont c. Francia*, § 33 ss., in HUDOC.

53 Esemplificativi, sono due casi che hanno visto coinvolto lo stato lituano. Nel primo la Corte ha ritenuto che le dichiarazioni rese dal pubblico ministero secondo cui la colpevolezza dell'imputato era '*proved by the evidence in the case file*', non violi l'art. 6 §2; benché infatti '*the use of the term "proved" is unfortunate*', le affermazioni erano successive al rifiuto di accogliere la richiesta di archiviare il procedimento e pertanto il magistrato inquirente intendeva rispondere alla domanda 'se erano state raccolte prove di colpevolezza sufficienti per giustificare il processo' (cfr. Corte EDU, 10 October 2000, *Daktaras c. Lituania*, 40 ss., dove la Corte ha preso in considerazione le dichiarazioni del pubblico ministero, ritenendo che '*having regard to the context in which the word was used*', non vi sia stata violazione dell'art. 6 §2).

Nel secondo, invece, le dichiarazioni dell'organo inquirente e del Presidente della Commissione Anticorruzione, non solo erano state rese durante una conferenza stampa nazionale, ma esprimevano un grave giudizio di colpevolezza ('*he had taken money "while promising criminal services"; "he was a "bribe-taker"*'), nonostante non vi fosse ancora un procedimento penale pendente; risolvendosi in un gratuito attacco diritto a '*encourage the public to believe him guilty and prejudged the assessment of the facts by the competent judicial*

La cd. ‘dottrina *Allen*⁵⁴, che trova oggi espressa cristallizzazione nell’art. 4 dir. 2016/343/UE⁵⁵, deve ritenersi applicabile anche ai *media*, i quali sono in definitiva i veri artefici delle divulgazioni. Come infatti osservato a più riprese dai Giudici di Strasburgo, le ‘virulenti campagne mediatiche’ interferiscono grandemente con i principi e i diritti del giusto processo perché costruiscono un profilo di colpevolezza prima ancora che sia iniziata l’attività processuale⁵⁶. Possiamo quindi affermare, che l’attività di cronaca giudiziaria dovrebbe essere il più possibile neutrale ed oggettiva; a questi fini, dovrebbero essere riportate tutte le informazioni disponibili e non manipolarle o ‘montarle’ in modo tale da tratteggiare un profilo di colpevolezza⁵⁷. I *media* sono strumento di conoscenza per i consociati e non sono chiamati a sostituirsi alla magistratura⁵⁸.

authority’, la Corte non ha potuto non rilevare la violazione dell’art. 6 §2 (cfr. Corte EDU, 26 marzo 2002, *Butkevicius c. Lituania*, §48 ss.).

54 Così. R. ORLANDI, *La duplice radice della presunzione di innocenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2022, in particolare 637 ss.

55 Ai sensi del quale gli Stati devono ‘adottare le misure necessarie per garantire che, fino a quando la colpevolezza di un indagato o imputato non sia legalmente provata, le dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche e le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza non presentino la persona come colpevole’, specificando poi al comma 3 che possono ‘divulgare informazioni sui procedimenti penali qualora ciò sia strettamente necessario per motivi connessi all’indagine penale o per l’interesse pubblico’.

56 Cfr. Corte EDU, ord. 8 luglio 1978, *Ensslin, Baader e Raspe c. Germania*, § 64 e 112 s., in HUDOC, e ord. 18 maggio 1999, *Ninn-Hansen c. Danimarca*, *ivi*; più di recente 24 gennaio 2017, *Paulikas c. Lituania*, § 57. Sulla scia di queste pronunce, è interessante osservare come anche lo *Human Rights Committee* delle Nazioni Unite abbia preso una posizione netta in questo senso; nel *General Comment* sull’art. 14 del Patto internazionale per i diritti civili e politici, dopo aver ribadito che ‘*it is a duty for all public authorities to refrain from prejudging the outcome of a trial*’, afferma in maniera perentoria che ‘*the media should avoid news coverage undermining the presumption of innocence*’ (cfr. *General Comment* sull’art. 14 del Patto internazionale per i diritti civili e politici approvato dal Human Rights Committee delle Nazioni Unite approvato a Ginevra il 27 luglio 2007 e pubblicato il successivo 23 agosto).

57 A riguardo sono significative le osservazioni contenute in Corte EDU, 9 aprile 2009, *A. c. Norvegia*, § 68 s., dove la Corte Edu osserva che per come era stato presentato il caso, «for an ordinary reader» non ci potevano essere dubbi circa la colpevolezza del ricorrente; «while the news report consisted of imparting factual information about the investigation that was largely true, the way it was presented wrongly conveyed the impression that there was a factual basis justifying the view that the applicant could be considered a possible suspect».

58 Sul punto magistralmente Cass., sez. V, 27 ottobre 2010 (dep. 1° febbraio 2011), n. 3674, in DPC, 14 maggio 2011, la quale afferma che il diritto di cronaca tutela unicamente il riferire atti di indagini e atti censori provenienti dalla pubblica autorità, non essendo consentito «effettuare ricostruzioni, analisi, valutazioni tendenti ad affiancare e precedere attività di polizia e magistratura, indipendentemente dai risultati di tali attività». Così facendo il giornalista «in maniera autonoma, prospetta e anticipa l’evoluzione e l’esito di indagini in chiave colpevolista, a fronte di indagini ufficiali né iniziare né concludere, senza essere in grado di dimostrare la affidabilità di queste indagini private e la corrispondenza a verità storica del loro esito», assecondando un modello di processo ‘agarantista’. «A ciascuno il suo: agli inquirenti il compito di effettuare gli accertamenti, ai giudici il compito di verificarne la fondatezza, al giornalista il compito

In definitiva gli artt. 6 § 2 e 8 CEDU individuano due diritti complementari che costituiscono un sistema integrato di tutela della persona contro indebite ingerenze massmediatiche⁵⁹: com'è stato osservato la dimensione extraprocessuale prende in considerazione una diversa sfaccettatura della presunzione di innocenza che inerisce proprio al rapporto con la collettività, che alla luce dell'art. 10 CEDU, è mediato dall'attività giornalistica; è vero che i profili extraprocessuali e quelli legati all'onore e alla reputazione spesso si intersecano, ma su un piano sostanziale si tratta di diritti diversi, che eventualmente possono essere lesi simultaneamente da una medesima condotta⁶⁰.

3. L'ingerenza mediatica: com'è realmente.

Leggendo queste poche righe si potrebbe avere la sensazione che quella offerta sia una descrizione del tutto distonica; la realtà, infatti, è molto distante da questa 'cornice assiologica': nomi, foto e conversazioni di indagati sono quotidianamente divulgati senza troppe remore e aspetti intimi e privati sono 'squadrinati' in *reportage* e *talk show*⁶¹, sulla spinta della torsione demagogica che la politica giustizialista ha inteso imprimere al diritto penale⁶².

Non solo, il vorticoso ed incessante lavoro dei *media*, sovente getta ombre di colpevolezza sull'indagato/imputato prima della sentenza di condanna o, peggio, prima che il processo sia iniziato⁶³. La mera notizia, infatti, specie se artatamente costruita, è idonea ad abbindolare l'opinione pubblica, assolvendo la funzione di *shame sanction*⁶⁴. Nelle

di darne notizia, nell'esercizio del diritto di informare, ma non di suggestionare, la collettività». In senso conforme Cass., sez. V, 28 settembre 2018 (dep. 5 dicembre 2018), n. 54496 in *CED Cass. pen.* 2019.

59 Cfr. Corte EDU, 16 ottobre 2008, *Taliadorou et Stylianou c. Cipro*, §§ 21 ss. e 56 ss. Il legame è stato rilevato anche da P.P. PAULESU, voce *Presunzione*, cit., 677.

60 Sul punto cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 159 ss., nonché ID., *La presunzione di innocenza, tra realtà processuale e dinamiche extraprocessuale*, in *Giurisprudenza europea*, cit., 130, dove l'A. afferma che «l'attentato al diritto alla *privacy* andrebbe di ordinario collegato alla pubblicazione di atti segreti, mentre la presunzione di innocenza si dovrebbe ritenere violata ogni volta in cui si divulgasse un atto (segreto o no) Con modalità tali da ingenerare nella collettività anticipati giudizi colpevolisti».

61 In questi termini V. MANES, *Giustizia mediatica*, Bologna, 2022, 84 ss.; v. anche G. FORTI - M. BERTOLINO, *La televisione del crimine*, in *Vita&Pensiero*, 2005.

62 Cfr. E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019; E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie Liberali*, Torino, 2020; N. MAZZACUVA, *Dal 'Populismo giudiziario' al 'populismo penale di governo'*, in *Diritto di difesa*, I, 2020, 17 ss.; con particolare riguardo all'uso distorto della confisca V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: 'nullum crimen sine confiscatione'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2015, 1259 ss.

63 Cfr. V. MANES, *Giustizia mediatica*, cit., 79 ss. In argomento per un approccio comparato cfr. N. RECCHIA, *Giustizia penale e informazione giudiziaria: spunti comparatistici per un dibattito italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, III, 2017, 129 ss. e ID., *Spunti per una riflessione comprata su un fenomeno autenticamente globale*, in *Diritto di difesa*, III, 2022, 539 ss.

64 Cfr. V. MANES, *Giustizia mediatica*, cit., 74 ss. Analogamente F. M. GRIFANTINI, *Cronaca giudiziaria e principi costituzionali*, in *Processo penale e informazione*, a cura di G. Giostra, Macerata, 2001, 85, che parla di 'sanzione tipica'.

ipotesi più aberranti si assiste ad una totale incomprendione del sistema processuale tale per cui l'ordinanza del GIP con cui è disposta l'applicazione di misura cautelare costituisce agli occhi del pubblico una sentenza definitiva di condanna e i gravi indizi di colpevolezza diventano la prova inconfutabile che il destinatario è colpevole, seppur ancora in attesa di giudizio⁶⁵.

La questione che si pone quindi è da cosa sia scaturita questa deprecabile prassi giornalistica. Ad un'attenta analisi è possibile fornire due chiavi di lettura: la prima fa leva sull'insaziabile curiosità del grande pubblico e sulla sua bulimica fame di notizie sensazionali e *scoop*, la seconda, invece, e come in parte accennato, sul suo atteggiamento tendenzialmente colpevolista. Se infatti l'obiettivo perseguito è 'la lotta all'impunità' (*fight against impunity*)⁶⁶, il diritto penale non può e non deve assicurare limiti e garanzie all'indagato perché disfunzionali alla ricostruzione della verità⁶⁷; in particolare la presunzione di innocenza risulta *communis opinio* un principio contro-intuitivo, perché mira proprio ad impedire ciò che la collettività vuole, *i.e.* la anticipata colpevolizzazione del presunto reo⁶⁸, che invece viene assicurata dai *media*, veri e propri 'collettori' del bisogno sociale di pena⁶⁹ che elargiscono *panem et circenses, crimina et iudicia*⁷⁰.

Il seme, nonché *a contrario* il suo migliore 'antidoto', è quindi di carattere culturale: sono le morbide ossessioni del pubblico che portano alla creazione di una cultura socio-giuridica viziata, fondamento del processo mediatico e del conseguente sovvertimento dei principi costituzionali⁷¹. In altri termini, il processo mediatico affonda le proprie radici nel diffuso approccio giustizialista e nella errata percezione, *rectius* nella inciviltà giuridica, che il *quisque de populo* matura rispetto al concetto di giustizia e al come questa dovrebbe essere amministrata, non più strumento di accertamento della verità, ma patibolo dove immolare l'imputato.

Ragionando in termini economici, 'la domanda di giustizia', come in parte anticipato, rappresenta la nuova giustificazione per un'attività giornalistica aggressiva e che, pur operando in una materia delicatissima in ragione dei diritti in gioco, quando si tratta di divulgare informazioni relative ai processi sembra essere 'senza limiti' o *legibus soluta*.

65 Cfr. V. MANES, *Giustizia mediatica*, cit., 29.

66 V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2019, 88

67 G. SPANGHER, *Verità, verità processuale, verità mediatica, verità politica*, in *Dir. pen. proc.*, VI, 2016, 807 s.

68 V. MANES, *Il 'costo delle garanzie' nel 'modello penale liberale': tra regressioni culturali e lacerazioni congiunturali*, in *Ind. pen.*, I, 2021, 52 s. e 55; E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit., 133 ss.; v. anche N. M. MAIELLO, *La 'ricomversione mediatica'*, cit., 4477.

69 C. E. PALIERO, *La maschera e il volto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 2016, 523.

70 Così G. GIOSTRA, voce *Processo mediatico*, cit., 659 s. In questi termini anche U. ECO, *L'era della comunicazione*, Milano, 2022, 115 ss.

71 Cfr. G. GIOSTRA, voce *Processo mediatico*, cit., 658 s.

4. *Le ricadute sul processo penale. Virgin minds ed imparzialità.*

‘Gli effetti perversi’ del processo mediatico, che peraltro non riguardano unicamente il diritto penale⁷², sono sia sostanziali che processuali⁷³ e si riverberano sia sull’indagato, come visto, sia sul procedimento penale. Proprio la rilevata natura anfibia della presunzione di innocenza consente di creare un ponte tra la dimensione soggettiva e privata, ossia quella attinente alla persona, a quella oggettiva e pubblica, relativa all’attività inquirente e giudicante.

Le campagne mediatiche virulenti possono infatti dispiegare effetti negativi anche sul processo sotto un duplice punto di vista. Anzitutto, alterando il bagaglio mnestico del testimone, che potrebbe non essere più in grado di discernere, senza che se ne renda conto⁷⁴, la reale esperienza sensoriale dalla contaminazione mediatica⁷⁵, che spesso accentua la cd. ‘desiderabilità sociale’⁷⁶ che voracemente aggredisce il depositario del sapere testimoniale⁷⁷. Secondariamente, e soprattutto, le distorsioni mediatiche sono in grado di influenzare i giurati chiamati a pronunciarsi sulla colpevolezza di un

72 Sugli effetti perversi della ‘giustizia costituzionale mediatica’ v. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, II, 2019, 268 ss.

73 V. MANES, *Giustizia mediatica*, cit., con riferimento ai primi 51 ss., rispetto ai secondi 78 ss. Con specifico riferimento ai rapporti tra principio di legalità e processo mediatico cfr. N. M. MAIELLO, *La ‘riconversione mediatica’ del fatto tipico*, in *Cass. pen.*, XII, 2022, 4471.

74 Sul punto bisogna infatti distinguere tra menzogna e ricordo non accurato: mentre la prima è il frutto della volontaria scelta del testimone di narrare un fatto non veritiero, il secondo costituisce una narrazione sincera di un fatto alterato a causa delle vulnerabilità del processo mnestico (cfr. G. SARTORI, *La memoria del testimone: dati scientifici utili a magistrati, avvocati e consulenti*, Milano, 2021, 71 ss.).

75 V. MANES, *Giustizia mediatica*, cit., 88 ss.; v. anche C. E. PALIERO, *La maschera*, cit., in particolare 481 ss. e 493 ss., dove l’A. si concentra sulla ‘distorsione sistematica’ prodotta dai media e di come questa possa essere apprezzata sotto un triplice punto di vista, quantitativo, ossia per iper-rappresentazione, qualitativo, ossia per rappresentazione massificante dell’impatto reale, e contenutistico, per rappresentazione distorsiva dei rapporti di ruolo. Cfr. anche G. GIOSTRA, voce *Processo mediatico*, cit., 651, dove viene evidenziato che «le situazioni possono variare ma esercitano tutte una preoccupante efficace poetica del ricorso: a volte la martellante ricostruzione giornalistica dei fatti, quando univocamente orientata, propone, una memoria condivisa da cui il teste tende a non discostarsi, inconsapevolmente indotto ad omologare il proprio ricordo a quella verità; altre volte i *talk show* giudiziari polarizzano la platea televisiva in tifoserie innocentiste e colpevoliste, ed anche i soggetti che sono chiamati a dare il proprio contributo conoscitivo tendono a schierarsi, rimodulando di conseguenza, inavvertitamente, il ricordo». Nonché A. PUGLIESE, *La costruzione del ricorso. Osservazioni sui rischi di ‘inquinamento’ giornalistico del testimone*, in *Ind. pen.*, III, 2019, 580 ss.

76 Cfr. G. SARTORI, *La memoria*, cit., 98 ss.

77 Invero, la giurisprudenza non si è dimostrata del tutto insensibile al problema; in un noto caso giudiziario circondato per anni da un’ossessiva attenzione mediatica, la Suprema Corte ha avallato la decisione del giudice di secondo grado di non rinnovare l’istruttoria dibattimentale mediante la nuova escussione di due testimoni. Alla base di questa decisione è stata rilevata una ‘perdita di genuinità’ delle loro dichiarazioni, in quanto il tema del contributo testimoniale era «stato oggetto di una esagerata attenzione mediatica, tale da influenzare il ricordo delle testi, rendendo difficile, se non impossibile, distinguere tra ciò che le stesse avevano effettivamente visto quella mattina e quello che in seguito ricordavano di aver visto» (Cass., sez. V, 12 dicembre 2015 (dep. 21 giugno 2016), par. 1.3 del considerato in diritto, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 29 giugno 2016).

accusato⁷⁸. Da un lato, infatti, è a rischio anche la cd. ‘verginità cognitiva’ del giudice, posto che egli potrebbe conoscere completamente in via extraprocessuale gli atti del processo, anche quelli che dovrebbero rimanergli ignoti⁷⁹, dall’altro, e più drammaticamente, l’organo giudicante potrebbe trovarsi preda di un’autentica ‘morsa mediatica’, fonte di manipolazione collettiva e di pregiudizi rispetto all’accertamento giurisdizionale di un fatto di reato⁸⁰.

Giunti a questo punto dell’analisi siamo in grado di individuare alcuni punti fermi funzionali a tracciare le successive linee di indagine. Pur essendo non solo legittima ma per certi aspetti necessaria, l’attività giornalistica nel contatto con le multiformi sfaccettature del contesto sociale subisce indebite trasformazioni che ne alterano natura e funzione; il processo mediatico, atipico, acronico, atipico, anomico, sfugge alle logiche dell’informazione per rispondere a quelle dello *share* e dell’*infotainment*, a scapito dei diritti della persona oltre che della corretta amministrazione della giustizia⁸¹. Rilevata la negativa incidenza sui principi del giusto processo, la dottrina si è interrogata sui possibili rimedi, rinvenendoli – anche⁸² – in quegli istituti che storicamente sono posti a presidio dell’imparzialità del giudice, ossia l’incompatibilità, l’astensione, la ricsuzione e la rimessione.

5. *Segue: la remissione del processo e il nodo della professionalità dei giudici.*

La rimessione del processo è l’istituto giuridico che consente lo spostamento della sede di celebrazione del processo al fine di evitare che situazioni locali esterne possano influenzarlo negativamente, pregiudicando la complessiva imparzialità dell’ufficio giudiziario competente⁸³.

78 Corte EDU, dec. 19 febbraio 2002, *Akay c. Turchia*.

79 Corte cost., 20 febbraio 1995 (dep. 24 febbraio 1995), n. 59, in *Cass. Pen.*, 1995, 1744 ss.

80 Cfr. V. MANES, *Giustizia mediatica*, cit., 39 ss. e 97 ss. nonché G. GIOSTRA, voce *Processo mediatico*, cit., 650 s. che in generale rileva come sia difficile negare che il processo mediatico ‘offre in apparenza un percorso rapido e trasparente di accertamento dei fatti, che non può non esercitare una suggestione sui protagonisti del processo giudiziario, con il concreto rischio di adulterarne la condotta’. Cfr. anche G. ILLUMINATI, *Divieto di pubblicazione e formazione del convincimento giudiziale*, in *Processo penale e informazione*, cit., 57. Nella giurisprudenza della Corte costituzionale cfr. 29 gennaio 1981 (dep. 10 febbraio 1981), n. 16, in *Cass. Pen.*, 1981, 982 ss.

81 V. MANES, *Giustizia mediatica*, cit., 21 ss. e *passim*. Per un’indagine di casi alterati dalla pressione mediatica si rinvia ai saggi contenuti in *Processo mediatico e processo penale. Per un’analisi critica dei casi più discussi da Cogne a Garlasco*, a cura di C. Conti, Milano, 2016; con specifico riferimento alla cd. ‘Trattativa Stato-Mafia’ cfr. G. AMARELLI, *La sentenza d’appello sulla c.d. trattativa Stato-mafia: dalla condanna mediatico-giudiziarica al proscioglimento dei co-imputati ‘istituzionali’*. *Pregi e limiti di un revirement prevedibile*, in *Sistema Penale*, 11 novembre 2022.

82 Per una più ampia e profonda analisi della ‘profilassi’ cfr. V. MANES, *Giustizia mediatica*, cit., 123 ss.

83 *Ex multis* M. L. DI BITONTO, *I soggetti*, in *Fondamenti di procedura penale*, a cura di A. Camon, M. Daniele, D. Negri, C. Cesari, M. L. Di Bitonto, P.P. Paulesu, Padova, 2021, 183 ss.; V. BELLAVISTA, voce *Rimessione del procedimento (dir. proc. pen.)*, in *Nov. Dig.*, XV, Torino, 1968, 1123.

L'attuale formulazione della norma è particolarmente chiara nel definire il triplice livello lungo il quale si deve articolare la verifica del giudice⁸⁴: sussistenza delle 'gravi situazioni locali' non eliminabili; la loro attitudine a 'turbare lo svolgimento del processo'; il conseguente effetto di pregiudicare la libera determinazione delle persone' che partecipano al processo, ovvero 'la sicurezza o l'incolumità pubblica', ovvero ancora, a seguito della legge 7 novembre 2002, n. 248 cd. 'Cirami', determinare 'motivi di legittimo sospetto'⁸⁵.

La Corte costituzionale, in una risalente ma ancora attuale pronuncia, aveva rigettato la questione concernente il rilevato *vulnus* con il principio del giudice naturale precostituito, evidenziando che anche la rimessione del processo è posta a tutela di interessi e principi costituzionalmente rilevanti e, nella prospettiva di un accorto bilanciamento, assume una dimensione residuale e di *extrema ratio*, attivabile solo in ipotesi eccezionali e di assoluta necessità che devono essere oggetto di stretta interpretazione⁸⁶. D'altro canto, alcune voci in dottrina sottolineano come l'esigenza di salvaguardare il principio

84 Cfr. G. DI CHIARA, *Diritto processuale penale*, in *Una introduzione al sistema penale*, a cura di G. Di Chiara, G. Fiandaca, Napoli, 2003, 228 s. e L. GIULIANI, *La nuova disciplina in tema di rimessione del processo*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2003, 400 s.

85 Molteplici voci in dottrina sono critiche perché si tratterebbe di una formula eccessivamente ampia che pecca di determinatezza (cfr. G. SPANGHER, *La rimessione dei procedimenti*, Milano, 1984, 303, che invece auspicava una precisa individuazione dei casi di rimessione, e ancora, ID., *La remissione per ragioni troppo vaghe non assicura la precostituzione del giudice*, in *Guida dir.*, 32, 2002, in particolare 17, nonché T. RAFARACI, *Il 'legittimo sospetto': vecchio e nuovo corso di una formula passe-partout*, in *La nuova disciplina della rimessione del processo*, a cura di F. Caprioli, Torino, 2003, 81, che parla di formula dal 'bacino semantico pressoché illimitato'; cfr. anche F. CAPRIOLI, *Precostruzione, naturalità e imparzialità del giudice nella disciplina della rimessione dei processi. Brevi note su una proposta inaccettabile di modifica dell'art. 45 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, IX, 2002, 2600; P. FERRUA, *Il 'legittimo sospetto' resta una formula troppo vaga*, in *Diritto e Giustizia*, XXXIX, 2002, 10; E. MARZADURI - D. MANZIONE, *Sospensione obbligatoria del processo prima dello svolgimento delle conclusioni*, in *Guida dir.*, XXIX, 2002, 28. In senso contrario cfr. G. FRIGO, *Legittimo sospetto: una questione reale ad affrontare in una logica di sistema*, in *Guida dir.*, XXXII, 2002, 14). Per un'analisi (molto) critica della riforma cfr. G. CARUSO, *Sulla legge Cirami Contra*, in *L'ircoervo*, I, 2003.

86 Corte Cost., 3 maggio 1963, n. 50, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 624 ss., con nota di G. CONSO, *La costituzionalità dell'art. 55 c.p.p. alla luce di una sentenza provvidenziale*, in particolare par. 3 del considerando in diritto, dove la Corte rileva che la rimessione del processo è posto 'a tutela sia dell'interesse generale, sia del diritto di difesa'; i principi di cui agli artt. 24 comma2 e 25 comma1 Cost. pur essendo tendenzialmente inviolabili, possono essere derogati qualora insorgano particolari situazioni, o altri fattori esterni, che possono, in qualsiasi modo, «interferire nel processo penale, incidendo sulla obiettività del giudizio e sulla retta applicazione della legge, che si ricollegano ad una suprema garanzia di giustizia». Qualora ad esempio (in relazione all'ordine pubblico) si manifestino o siano sicuramente prevedibili «gravi turbamenti della pubblica tranquillità e della pacifica convivenza dei cittadini, con pericolo anche per la sicurezza delle persone; ovvero quando (riguardo al legittimo sospetto), con mezzi diretti o indiretti, non esclusa la violenza nei riguardi delle persone che partecipano al processo, si tenta di influire sullo svolgimento o sulla definizione di esso, appare chiara non soltanto l'opportunità, ma la necessità che del processo conosca un giudice diverso da quello originariamente stabilito dalla legge». Sul carattere eccezionale dell'istituto in dottrina cfr. F. CAPRIOLI, *La rimessione del processo nel nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 910 e 921; L. GIULIANI, *Rimessione del processo e valori costituzionali*, Torino, 2002, 309. Sulla necessità di una stretta interpretazione dei presupposti cfr. V. GREVI, *Gravità delle 'situazioni locali' perturbatrici del processo*

dell'indipendenza e dell'obiettività del giudizio a certe condizioni debba prevalere sul principio del giudice naturale⁸⁷.

Più specificamente deve trattarsi di eventi o situazioni relative 'al territorio nel quale si celebra il processo' che 'dall'esterno' incidono 'sull'idoneità concreta dell'intero organo'⁸⁸. La giurisprudenza in maniera costante evidenzia che i fatti interni alla dialettica processuale o i comportamenti che si esauriscono 'nell'ambito di rapporti intersogettivi tra i protagonisti del processo' non rilevano quale autonoma giustificazione, potendo tutt'al più essere un elemento che funge 'da avallo' circa l'effettiva sussistenza di una situazione realmente grave⁸⁹; le 'situazioni locali' a cui si riferisce la norma sono quindi vicende extragiudiziarie che riverberano i propri effetti all'interno della peculiare vicenda giudiziaria, «sicché non è la vicenda giudiziaria a contagiare, proiettandosi all'esterno, il contesto ambientale generale, ma esattamente l'opposto»⁹⁰. Non solo, per impedire che l'istituto possa diventare una valvola di sfogo di meri timori e risentimenti personali, le situazioni devono essere 'gravi', ossia serie, fondate ed oggettive, tali da rendere inevitabile la loro negativa incidenza sul processo, in termini di pregiudizio e quindi di turbamento tanto per l'organo giudicante quanto per il testimone⁹¹.

e 'legittimo sospetto': le sezioni unite si orientano per una 'stretta interpretazione' dei nuovi presupposti della rimessione, in *Cass. pen.*, VII-VIII, 2003, 2237 ss.

87 A.A. DALLA - M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2012, 116; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2019, 106.

88 A. DIDDI, *La rimessione del processo penale*, Milano, 2002, 176.

89 Cfr. L. GIULIANI, *Rimessione del processo*, cit., 176 s. e G. BELLANTONI, *Ordine pubblico, legittimo sospetto e rimessione del procedimento*, Padova, 1984, 142. In giurisprudenza cfr. *Cass.*, sez. I, ord. 20 settembre 1995 (dep. 11 ottobre 1995), Craxi, in *Cass. pen.*, 1996, 1248 ss.; *Cass.*, sez. V, ord. 12 ottobre 1995 (dep. 20 novembre 1995), Massimano, *ivi*, 1996, 1249, con nota di V. GREVI, *La Suprema Corte fa retromarcia: i precedenti rapporti di collaborazione tra inquirenti ed inquisiti non giustificano la rimessione del processo*, nonché *Cass. sez. I*, ord. 23 febbraio 1998 (dep. 4 marzo 1998), n. 1125, Berlusconi, *ivi*, 1998, 3370 che rileva come per applicare la *translatio iudicii* nel caso di specie, «occorrerebbe dimostrare che sia fondato un rischio di 'prevenzione mentale' di tutti i giudici del tribunale di Milano», e che tale rischio, investendo l'intero organo giudicante non sia altrimenti eliminabile con gli strumenti ordinari tra cui, anzitutto, la sostituzione del Collegio. Critici sul punto V. GREVI, *Gravità delle 'situazioni locali' perturbatrici del processo e 'legittimo sospetto': le sezioni unite si orientano per una stretta interpretazione dei nuovi presupposti della rimessione*, in *Cass. pen.*, VII-VIII, 2003, 2241 s., dove afferma che la rilevata circolarità del rapporto tra provvedimenti endoprocessuali e gravi situazioni locali con il concreto pericolo di un'imparzialità del giudice di cui questi sarebbero sintomatici rischia di risolversi in una petizione di principio; nonché P. FERRUA, *La rimessione del processo per legittimo sospetto è legge*, in *Diritto e Giustizia*, XL, 2002, 9, dove rileva che 'il rischio della circolarità' incombente sull'accertamento di tali elementi in ragione della concreta difficoltà di garantire autonomia ai due concetti: «la prova di un fattore perturbante del processo è, al tempo stesso, prova di legittimo sospetto, e viceversa».

90 *Cass.*, Sez. Un., ord. 29 maggio 2002 (dep. 26 marzo 2003), n. 13687, Berlusconi ed altri, in *Cass. pen.*, 7-8, 2003, 2163 ss., con nota di R. GARGIULO, 2219 ss. In dottrina G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2006, 73.

91 L. GIULIANI, *Rimessione del processo*, cit., 172 e 310; A. DIDDI, *La rimessione del processo*, cit., 181 s.; P. PAULESU, *Conflitti etnici e rimessione del processo*, in *Giur. it.*, II, 1995, 296. In giurisprudenza *ex multis* cfr. *Cass. sez. I*, ord. 1125/1998, cit. Con riferimento alla libertà di determinazione di un testimone, D. NEGRI, *Commento all'art. 1 commi 1, 2 e 3 della legge 7 novembre 2002, n. 248*, in *Leg. Pen.*, 2003, 177. Per un'analisi

In questo quadro, sembrerebbe sostenibile che tra i fattori perturbanti l'ordinato svolgersi del processo possano rientrare anche le campagne mediatiche virulente benché i loro effetti non siano sempre manifesti, palesi e afferrabili empiricamente.

Il monito dottrinale non sembra però aver fatto breccia nella giurisprudenza. La Cassazione, si è mostrata restia ad ammettere il rimedio facendo leva essenzialmente sulla professionalità dei giudici, dalla quale discenderebbe la loro impenetrabilità e non condizionabilità. In un noto e risalente caso la Suprema Corte, richiamando alcuni suoi precedenti, rileva che «le campagne di stampa, quantunque accese, astiose e martellanti o le pressioni dell'opinione pubblica non sono di per sé idonee a condizionare la libertà di determinazione del giudice, abituato ad essere oggetto di attenzione e critica senza che per ciò solo ne resti menomata la sua indipendenza di giudizio o minata la sua imparzialità»⁹². Su questa linea, e più di recente, nell'ambito del caso della Banca popolare di Vicenza, la corte ha osservato che in tema di *translatio iudicii* ripetuti articoli giornalistici, e persino una vera e propria campagna di stampa, pur continua ed animosa, non assumono alcuna rilevanza «in mancanza di elementi concreti che rivelino una coeva potenziale menomazione della imparzialità dei giudici locali, posto che i soggetti coinvolti nella vicenda processuale, proprio in ragione della loro specifica competenza tecnico-professionale, sono nella condizione di discernere ciò che attiene al piano della notizia da quello che riguarda la prova dei fatti e, come tali, devono ritenersi immuni, nella formazione del loro libero convincimento, da interferenze determinate da generiche aspettative sociali di giustizia»⁹³.

Questa posizione giurisprudenziale sembra armonizzarsi con quella della Corte Edu, la quale si è a più riprese occupata della questione elaborando una serie di criteri per stabilire se e quale sia stato l'impatto della campagna mediatica sul processo, indicando tra questi anche la composizione dell'organo giudicante⁹⁴. Su queste basi, in un noto caso che ha coinvolto lo Stato italiano, la Corte ha ritenuto che non fosse stato violato il principio del giusto processo perché gli organi giudiziari «erano interamente composti da giudici professionali (i quali), (c)ontrariamente ai membri di un giurì, ... godono di un'esperienza e di una formazione che permette loro di fugare qualsiasi suggestione esterna al processo». Non solo, dato che è stato pienamente rispettato il principio del contraddittorio e il diritto di difesa, «(n)ulla nel fascicolo lascia pensare

dei casi di rimessione v. *amplius* A. MARANDOLA, *Art. 45*, in *Codice procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, 2023, Milano, 952 ss.

⁹² Cass., Sez. Un., ord. 13687/2003, cit., 2210.

⁹³ Cass., sez. V, ord. 2 ottobre 2018 (dep. 12 dicembre 2018), n. 55886 in *Cass. pen.* 7, 2019, 2683 ss. In questo senso anche Cass., sez. II, ord. 23 dicembre 2016 (dep. 30 dicembre 2016), n. 55328, nonché sez. II, 14 dicembre 2022 (dep. 13 marzo 2023).

⁹⁴ Questi fattori sono «the time which has elapsed between the press campaign and the commencement of the trial, and notably the determination of the trial court's composition; whether the impugned publications were attributable to, or informed by, the authorities; and whether the publications influenced the judges or the jury and thus prejudiced the outcome of the proceedings» (cfr. Corte EDU, dec. 16 ottobre 2012, *Beggs c. Regno Unito*, §124).

che, nell'interpretazione del diritto nazionale o nella valutazione degli argomenti delle parti e degli elementi a carico, i giudici che si sono pronunciati sul merito siano stati influenzati dalle affermazioni contenute nella stampa»⁹⁵.

A nostro sommo avviso tali argomentazioni non sembrano essere del tutto persuasive. Se da un lato non c'è riscontro che la professionalità dei giudici togati costituisca un filtro sufficiente ed idoneo⁹⁶, dall'altro non appare del tutto corretto considerare lo *strepitus fori* un elemento del tutto neutro⁹⁷, posto che la stessa magistratura ha rilevato gli effetti ubriacanti dei *media*: le suggestioni suscitano 'effetti emozionali inconsci' che si riverberano sulle decisioni che l'organo giudicante è chiamato a prendere, ponendo così «a repentaglio la terzietà del giudice, oltre che l'immagine della giurisdizione»⁹⁸.

Il giudice, infatti, è anzitutto persona ed in quanto tale 'fatalmente' condizionata, nel percepire, valutare e decidere, dalle sue esperienze di vita e dal patrimonio culturale oltre che, soprattutto, dal suo 'assetto emotivo'⁹⁹. Il libero convincimento del giudice, lungi dall'essere una infallibile 'formula magica'¹⁰⁰, si fonda tanto su una 'componente conoscitiva' quanto su una inscindibile 'componente emozionale' di talché, nello spazio deliberativo, le regole di giudizio «si pongono quale contrappeso normativo alla eccessiva dilatazione della sfera emozionale della decisione e costituiscono uno strumento ulteriore di controllo sulla giustificazione razionale della stessa»¹⁰¹.

Da ultimo è quanto mai opportuno sottolineare che la professionalità, anche se fosse un efficace antidoto con riferimento ai giudici togati, altrettanto non sembra possa essere sostenuto rispetto a quelli non togati e popolari¹⁰².

Questa impostazione, com'è facilmente rilevabile, spalancherebbe le porte ad un utilizzo pervasivo e diffuso della rimessione del processo, producendo però, forse, effetti distorsivi ancora peggiori, ossia delegittimare l'intera attività giurisdizionale e

95 Corte EDU, 5 dicembre 2002, *Craxi v. Italia* (no. 1), § 104, in *Cass. Pen.*, 2003, 1080 ss., con nota di A. TAMIETTI, *Il diritto dell'imputato ad esaminare o far esaminare i testimoni a carico tra Convenzione europea e diritto interno*.

96 Cfr. V. MANES, *Giustizia mediatica*, cit., 97 ss., nt. 100.

97 Come peraltro fa la giurisprudenza (Cass., sez. II, 55328/2016, cit.). Si segnala, con occhio critico, anche Cass., sez. V, ord. 2 ottobre 2018 (dep. 12 dicembre 2018), n. 55886.

98 La citazione è tratta dal documento di presentazione del convegno 'Processo mediatico e presunzione di innocenza' organizzato dalla rivista 'Giustizia Insieme', che può essere consultato nella pagina web della rivista stessa.

99 In questi termini G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari, 2020, 5. Cfr. anche P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 25, nonché R. ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, III, 2017, 56.

100 D. CIRUZZI, *Il condizionamento dei 'media' nel processo penale*, in *Quest. giust.*, I, 1994, 198.

101 Così F. R. DINACCI, *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, in *Arch. pen.*, III, 2013, 2, ora in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2014.

102 Sul punto è interessante lo studio, corredato di preziosi dati empirici, condotto da A. PHILIPPE - A. OUSSE, *No Hatred or Malice, Fear or Affection: Media and Sentencing*, in *University of Chicago Press*, CXXVI, 2018, V, 2134 ss.

accentuare il senso di sfiducia della collettività¹⁰³. Pertanto, in una prospettiva di sistema, appare più opportuno affermare la professionalità dei giudici, rimarcando la loro capacità di scindere convinzioni ed opinioni personali con il piano giuridico dello *ius dicere*, ammettendo però la possibilità di provare il contrario, valorizzando le peculiarità del caso concreto, in linea con quanto imposto dall'art. 45 cod. proc. pen. e con la funzione di *extrema ratio* della *translatio iudicii*.

Non solo, sembrerebbe cogliere maggiormente nel segno un altro argomento, peraltro già speso dalla Suprema Corte, la quale ha osservato che, se la stampa e l'opinione pubblica si sono sempre interessate di un certo processo, è molto probabile che continuino ad interessarsene anche qualora il processo sia trasferito altrove¹⁰⁴. Queste osservazioni risultano corroborate ed in buona parte potenziate dall'attuale assetto informativo 'ormai globalizzato'¹⁰⁵, nonché dall'effetto 'despazializzante'¹⁰⁶ realizzato dai *social*, che riflettono una società 'sempre connessa' dove la notizia acquista portata e spessore internazionale alla velocità di un *click*. In tale quadro la rimessione del processo risulta l'avvievolito, *rectius* totalmente impotente.

6. Riflessioni conclusive e prospettive di riforma.

Non c'è dubbio che il quadro tratteggiato risulti alquanto desolante, senonché, conclusa la *pars destruens* del nostro ragionamento, in una prospettiva efficacemente (ri)costruttiva, e forse maggiormente rispettosa della realtà sociale e tecnologica, è necessario prendere atto che nessun istituto attualmente presente nell'ordinamento è realmente idoneo ad arginare il processo mediatico.

Dando per assodato che plasmare una cultura della giurisdizione 'esterna', ossia del *quisque de populo*¹⁰⁷, rispettosa dei ruoli processuali e, ovviamente, dei relativi diritti, oltre che curare l'ecosistema dell'informazione¹⁰⁸, sarebbe la soluzione migliore ma anche

103 In questo senso L. FILIPPI, *Intercettazioni: 'habemus legem'*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 160.

104 In questi termini Cass., Sez. Un., ord. 13687/2003, cit., 2210.

105 C. FIORIO, *La rimessione del processo*, in *Trattato di procedura penale*, I.1, *I soggetti*, a cura di G. Spangher, G. Dean, Torino, 2009, 354.

106 Per tutti A. GARANPON, *La despazializzazione della giustizia*, Milano, 2021.

107 In questi termini si è espresso il Prof. P. P. Paulesu durante il convegno 'I paradigmi del processo penale in un mondo in trasformazione' tenutosi a Padova il 1° dicembre 2023.

108 Cfr. V. MANES, *Giustizia mediatica*, cit., 153 ss.; cfr. anche L. FILIPPI, *La sentenza Dupuis c. Francia: la stampa 'watchdog' della democrazia tra esigenze di giustizia, presunzione d'innocenza e privacy*, in *Cass. pen.*, II, 2008, 823; G. GIOSTRA, *Prima lezione*, cit., 175; ID., *Processo penale e mass media*, in *Criminalia*, 2007, 68; F. PALAZZO, *Tutela penale del segreto processuale*, in *Dir. pen. proc.*, V, 2009, 543; N. TRIGGIANI, *Segreto processuale e divieto di pubblicazione tra norme vigenti, prassi devianti e prospettive de iure condendo*, in *Arch. nuova proc. pen.*, III, 2010, 280, che, in maniera diversa, evidenziano la necessità di garantire una maggiore professionalità e competenza dei giornalisti che si occupano di cronaca giudiziaria, che spesso improvvisano e traducono il tecnicismo giuridico con arbitrarie e scorrette semplificazioni, facendosi portavoce di informazioni farcite di errori macroscopici persino nelle denominazioni degli istituti o degli organi giudiziari di riferimento.

quella più difficile e complessa da attuare, ci si deve interrogare su quali possano essere le direttrici di riforma.

L'irrobustimento della tutela penalistica del diritto all'onore e alla riservatezza non pare soluzione appagante. L'utilizzo dello strumento penalistico, infatti, produce un inevitabile *chilling effect*¹⁰⁹, non tanto nei confronti del giornalista condannato, quanto piuttosto degli altri giornalisti, frustrando così proprio quella funzione di controllo dell'operato politico ed amministrativo e di incentivo al dibattito su argomenti di interesse pubblico generale¹¹⁰. Pertanto, l'utilizzo della sanzione detentiva può essere giustificato solo in casi di eccezionale gravità, «notably where other fundamental rights have been seriously impaired, as, for example, in the case of hate speech or incitement to violence»¹¹¹, non potendosi peraltro escludere la possibilità di irrogare una sanzione pecuniaria¹¹², purché, chiaramente, non sia di 'inusitata severità'¹¹³. Anche la Corte costituzionale sembra aver aderito a questa impostazione, evidenziando che l'inflizione di una pena detentiva può giustificarsi solo nei casi di eccezionale gravità, tra i quali, oltre a quelli già indicati dalla Corte di Strasburgo, ricorda anche le «campagne di

109 Per *chilling effect* s'intende «the negative effect any state action has on ... persons, and which results in pre-emptively dissuading them from exercising their rights or fulfilling their professional obligations, for fear of being subject to formal state proceedings which could lead to sanctions or informal consequences such as threats, attacks or smear campaigns» (L. PERCH, *The Concept of Chilling Effect: Its Untapped Potential to Better Protect Democracy, the Rule of Law, and Fundamental Rights in the EU*, Open Society, 2021, 4. Cfr. anche V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 169 ss. e N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, 2020, 251 ss. e, con specifico riguardo all'attività giornalistica, 314 ss. Di recente M. GALLI, *Effetti collaterali*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, III, a cura di G. Mannozi, C. Perini, M. M. Scoletta, C. Sotis, S. B. Taveriti, Milano, 2022, in particolare 1424 ss.

Per una prospettiva diametralmente opposta cfr. S. BADI, *The myth of chilling effect*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 34, 2021, I, 268 ss.

110 Cfr. Corte EDU, GC, 17 dicembre 2004, *Cumpană e Mazăre c. Romania*, § 112 ss.; cfr. anche 29 marzo 2001, *Thoma c. Lussemburgo*, § 58. V. *amplius* R. O'FATHAIGH, *Article 10 and the Chilling Effect Principle*, in *European Human Rights Law Review*, III, 2013, 304 ss. Recentemente anche la Commissione europea ha ribadito questo orientamento: dopo aver rimarcato che «media pluralism and media freedom are key enablers for the rule of law, democratic accountability and the fight against corruption», ha affermato che già la sola minaccia della sanzione produce un concreto effetto di congelamento dal quale può discendere il rischio «of a shrinking public debate on controversial societal issues» (The European Commission, 2020 *Rule of Law Report - The rule of law situation in the European Union*, COM(2020) 580 final, 17 ss.).

111 Corte EDU, *Cumpană e Mazăre*, cit., § 115. Cfr. anche sentenze 5 novembre 2020, *Balaskas c. Grecia*, § 61; 11 febbraio 2020, *Atamanchuk c. Russia*, § 67; 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*, § 59; 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*, § 53. Cfr. anche 14 gennaio 2020, *Beizaras e Levickas c. Lituania*, dove la Corte ha stigmatizzato la mancata apertura di un procedimento penale a carico di soggetti rei di aver pubblicato su Facebook messaggi d'odio e omofobi.

112 Cfr. Corte EDU, 6 maggio 2003, *Perna c. Italia*, § 40 ss.

113 In questi termini N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 316. Sull'importanza del principio di proporzionalità per impedire il *chilling effect* cfr. V. MANES, *Dalla 'fattispecie' al 'precedente': appunti di 'deontologia ermeneutica'*, in *Cass. pen.*, 6, 2018, 2238 ss.; nella giurisprudenza della Corte Edu cfr. GC, 23 aprile 2015, *Morice c. Francia*, § 176, la quale evidenzia che la sanzione irrogata dovrebbe essere sempre '*the lightest possible*'.

disinformazione condotte attraverso la stampa, internet o i social media, caratterizzate dalla diffusione di addebiti gravemente lesivi della reputazione della vittima, e compiute nella consapevolezza da parte dei loro autori della – oggettiva e dimostrabile – falsità degli addebiti stessi»; in tutte queste ipotesi, il diritto di cronaca perde la sua funzione di ‘cane da guardia’, «che si attua paradigmaticamente tramite la ricerca e la pubblicazione di verità ‘scomode’; ma, all’opposto, crea un pericolo per la democrazia, combattendo l’avversario mediante la menzogna, utilizzata come strumento per screditare la sua persona agli occhi della pubblica opinione»¹¹⁴.

In questo quadro, una ulteriore opzione che potrebbe contenere gli effetti malevoli del processo mediatico è imporre l’obbligo di anonimizzazione dei dati personali contenuti negli atti processuali¹¹⁵.

Questa soluzione si lascia apprezzare sotto molteplici punti di vista: anzitutto non esclude né altrimenti limita il diritto di cronaca, perché i *mass media* solo liberi di divulgare la notizia epurata delle generalità attraverso le quali risalire all’identità della persona oggetto della notizia; secondariamente, e soprattutto, è fatta salva la *privacy* dell’indagato/imputato, oltre al fatto che sono escluse sul nascere le speculazioni relative alla sua colpevolezza. In definitiva si tratta di un rimedio idoneo a tutelare la riservatezza e che ragionevolmente contempera gli interessi in gioco, realizzando quello che appare essere il minor sacrificio per la libertà di informazione¹¹⁶.

D’altro canto, appare quantomeno singolare che si mostri una grandissima attenzione per l’anonimizzazione dei dati personali contenuti nelle sentenze¹¹⁷ e altrettanto non sia previsto per gli atti intermedi, posto che questi si collocano in una fase del procedimento penale che, proprio in quanto dinamica e cangiante, incide grandemente sui diritti della persona e del giusto processo.

Invero, il legislatore recentemente si è orientato in tutt’altra direzione, interrogandosi sull’opportunità di estendere l’ambito applicativo del divieto di pubblicazione ex art. 114 cod. proc. pen.

L’istituto discende dal segreto istruttorio¹¹⁸ cd. ‘esterno’, ossia quello posto a tutela del procedimento penale rispetto alle intrusioni da parte dei terzi estranei¹¹⁹, e prevede

114 Così Corte cost., 150/2021, cit., par. 6.2.

115 La questione è stata affrontata da A. PUGLIESE, *Informazione giornalistica e tutela della riservatezza. Dibattito per un nuovo equilibrio*, in *Ind. Pen.*, III, 2022, 612 ss. in particolare 621 ss.

116 In questi termini A. PUGLIESE, *Informazione giornalistica*, cit., 629.

117 Sulla quale cfr. N. MARVULLI, *Tutela della privacy ed oscuramento dei dati identificativi delle sentenze. Una nota del primo presidente della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, IV, 2006, 1643 ss.

118 Efficacemente definito come l’istituto giuridico che, nell’ottica di assicurare l’indipendenza e la serenità della funzione giudiziaria, oltre che garantire una più efficace acquisizione della prova, limita fino ad escludere la cognizione degli atti e dei fatti che compongono il procedimento penale (cfr. A. TOSCHI, voce *Segreto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1989, 1099).

119 Si distingue dal segreto cd. ‘interno’, che invece opera tra le parti, quale limite alla conoscenza di determinati atti (la distinzione è di G. D. PISAPIA, *Il segreto istruttorio nel processo penale*, Milano, 1960, in particolare 43 ss. e 129 ss. V. *amplius* F. M. MOLINARI, *Il segreto investigativo*, Milano, 2003, 5 ss. e 26 ss.).

il divieto di divulgare informazioni, secretate e no, anche per il tramite della stampa¹²⁰. Proprio in ragione della sua portata extraprocessuale, sembrerebbe esserci piena condivisione circa il fatto che la disciplina del segreto, quantomeno indirettamente, tuteli anche i diritti dell'indagato, tra cui in particolare la riservatezza e la presunzione di innocenza, perché assicura una corretta e fisiologica *disclosure*¹²¹.

Il citato art. 114 cod. proc. pen. costruisce un duplice livello di tutela: rispetto agli atti coperti da segreto sussiste un divieto assoluto di pubblicazione (comma1); qualora gli atti non siano più secretati, possono essere pubblicati ma solo al termine, a seconda dei casi, delle indagini o dell'udienza preliminare, salvo che non si tratti dell'ordinanza di cui all'art. 292 cod. proc. pen. (com. 2)¹²². Ebbene, proprio l'eccezione di cui al comma 2 sembra essere alla base di una deprecabile prassi.

Come accennato¹²³, il processo mediatico segue la velocità della rete, dei *tweets* e dei *likes*, cavalca il sensazionalismo trasformando la narrazione giudiziaria in *infotainment*, dove l'obiettivo ultimo è la ricostruzione di una realtà verosimile, funzionale a garantire elevati indici di ascolto. La spettacolarizzazione della giustizia, funzionale a soddisfare il 'vorace voyeurismo' del pubblico¹²⁴, porta con sé una pericolosa anticipazione della sanzione tale per cui le misure cautelari costituiscono, agli occhi della collettività, una pena da spiare.

In questo quadro, con il cd. 'emendamento Costa', è stato proposto di eliminare l'eccezione di cui al comma 2 e introdurre «il divieto di pubblicazione integrale, o per estratto, dell'ordinanza di custodia cautelare finché non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare».

La proposta di riforma è stata accolta con grande scetticismo tanto dai giornalisti¹²⁵ quanto da autorevole dottrina¹²⁶ essenzialmente per due ordini di ragioni: anzitutto,

120 Cfr. S. KOSTORIS, *Il 'segreto' come oggetto della tutela penale*, Padova, 1964, 24.

121 In dottrina Cfr. A. TOSCHI, *Il segreto nell'istruzione penale*, Milano, 1988, 3 ss. e 157 ss.; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, II, Napoli, 1961, 85; F. M. MOLINARI, *Il segreto investigativo*, Milano, 2003, 243.

Nella giurisprudenza costituzionale è ancora attuale Corte cost., ord. 3 dicembre 1987, n. 457, in *Giur. Cost.*, XII, 1987, mentre nella giurisprudenza della Corte Edu cfr. GC, 29 marzo 2016, *Bédat c. Svizzera*, § 68, dove la Corte afferma che «the secrecy of investigations is geared to protecting, on the one hand, the interests of the criminal proceedings by anticipating risks of collusion and the danger of evidence being tampered with or destroyed and, on the other, the interests of the accused, notably from the angle of presumption of innocence and, more generally, his or her personal relations and interests. Such secrecy is also justified by the need to protect the opinion-forming and decision-making processes within the judiciary». Cfr. anche Corte EDU, 22 maggio 1990, *Weber c. Svizzera*, § 45; v. anche 7 giugno 2007, *Dupuis e altri c. Francia*, § 44.

122 Si rinvia a G. P. VOENA, *Art. 114*, in *Codice di procedura penale commentato*, cit., 1509 s.

123 V. *supra* par. 3.

124 In questi termini C. CONTI, *La verità processuale nell'era 'post-franzese': rappresentazioni mediatiche e scienza del dubbio*, in *Processo penale e processo mediatico*, cit., 6.

125 A. BARBANO, *Raccontare un'accusa per 'sintesi' non ci salverà dalla gogna*, in *Il Dubbio*, 27 dicembre 2023.

126 G. GIOSTRA, *La legge anti stampa è un pasticcio giuridico inutile e inapplicabile*, in *Domani*, 22 dicembre 2023.

‘imbavagliare’ la stampa non pare operazione metodologicamente corretta e soprattutto conforme ai principi costituzionali ed euro-convenzionali¹²⁷ e, secondariamente, appare un intervento inutile perché, essendo comunque possibile divulgare la notizia in forma riassuntiva, non si limitano in alcun modo gli effetti negativi della ‘gogna mediatica’.

Non solo, nell’ottica di contrastare le ‘fughe di notizie’, la tutela del segreto, e il correlato divieto di pubblicazione, è affidata ad un reticolato di norme che prevedono altrettante fattispecie incriminatrici¹²⁸. Per quanto qui interessa l’art. 684 cod. pen. sanziona la pubblicazione sia degli atti coperti da divieto assoluto di pubblicazione (art. 114, comma 1, cod. proc. pen. in combinato con l’art. 329 cod. proc. pen.) sia degli atti di indagine noti o comunque conoscibili, ossia non più coperti da divieto di rivelazione, ma rispetto ai quali permane un divieto di pubblicazione ‘relativo’ (art. 114, commi 2, 3, 7 cod. proc. pen.). Ebbene, la norma appare inidonea ad assicurare una tutela reale ed effettiva perché in forza dell’articolo 162 *bis* cod. pen. il contravventore potrebbe valutare l’opportunità di ricorrere all’istituto dell’oblazione, specie quando sia certo che il possibile ricavato dello *scoop* sarà elevato, realizzando così un’insostenibile mercificazione dei diritti del giusto processo¹²⁹, e, d’altro canto, l’eventuale introduzione di

127 Sul punto v. *amplius* G. GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989, 17, dove evidenzia che «quando la sovranità appartiene al popolo (art. 1 comma 2 Cost.), e l’esercizio da parte dello Stato delle potestà in cui questa si sostanzia deve recare l’impronta di una *contemplatio domini*, come è ribadito, proprio per la funzione giurisdizionale, dall’art. 101 comma 1 Cost., pretendere che la collettività ignori il modo nel quale viene amministrata la giustizia è un assurdo giuridico e politico». E ancora ID., *Cronaca giudiziaria: il proibizionismo non serve*, in *Dir. pen. proc.*, VII, 1998, 800, dove osserva che estendere la disciplina del segreto ‘comprimerebbe in modo costituzionalmente sospetto il diritto di cronaca, senza neppure ridurre gli inconvenienti derivanti dal suo esercizio. Anzi, amplificandoli. Il proibizionismo ha sempre generato il mercato nero. E il mercato nero della notizia processuale finirebbe per favorire i meglio introdotti negli ambienti delle questure e delle procure, che per non perdere questo redditizio privilegio si asterrebbero dall’esercitare discernimento critico sulle veline graziosamente ricevute, avendo solo cura di far precedere la pubblicazione della notizia «clandestina» da qualche condizionale di circostanza o fraseologia fumosa, che li ponga al riparo dall’accusa di aver divulgato un atto, anziché una semplice e non riscontrabile indiscrezione’. Più di recente M. COLAMUSSI, *Il libero convincimento del giudice tra divieto di pubblicazione degli atti e diritto all’informazione*, in *Proc. pen. giust.*, I, 2021, 279 ss.

128 Rispetto alle quali si rinvia a R. BARTOLI, *Tutela penale del segreto processuale e informazione: per un controllo democratico sul potere giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, III, 2017, 60 e S. TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, Roma, 2014, in particolare 117 ss.

Con uno sguardo d’insieme, è possibile rilevare che le condotte sanzionate sono riconducibili a tre categorie: l’apprendimento, ossia la condotta di procacciamento delle notizie per sé o per altri fini non contemplati dalla legge; la rivelazione, che è la diffusione con qualunque mezzo presso il pubblico di una notizia coperta da segreto; l’utilizzazione, ossia l’impiego della notizia per trarne profitto (cfr. S. KOSTORIS, *Il ‘segreto’*, cit., 26 s.).

129 In argomento cfr. F. M. MOLINARI, *Il segreto*, cit., 225 s. Più in generale sulla patologica inefficacia delle norme incriminatrici poste a tutela del segreto e del divieto di pubblicazione cfr. G. GIOSTRA, *Processo penale*, cit., 62; F. PALAZZO, *Tutela penale*, cit., 542.

sanzioni più afflittive¹³⁰ ripropone le delicate questioni relative ‘all’effetto di congelamento’ sopra analizzate.

Peraltro, altri hanno manifestato la propria adesione alla proposta di riforma, rilevando, condivisibilmente, come sia la scelta migliore in una prospettiva maggiormente garantista ed attenta dei diritti e principi in gioco¹³¹. Posto infatti che nel nostro ordinamento non esistono ‘diritti tiranni’¹³², la soluzione prospettata realizza un nuovo bilanciamento tra diritto di cronaca, giusto processo e diritti della persona, senza escludere la prima in favore dei secondi; infatti la pubblicazione integrale dell’atto non è negata ma posticipata ad un momento di stasi del procedimento penale, certamente meno concitato della fase di indagine¹³³, ed è comunque consentita la divulgazione della notizia in forma riassuntiva che dovrà essere, come in precedenza evidenziato, il più possibile oggettiva e puntuale proprio per scongiurare la lesione del diritto alla riservatezza e soprattutto della presunzione di innocenza dell’indagato.

Non solo, la soluzione prospettata si lascia ulteriormente apprezzare perché rafforzando l’impermeabilità del procedimento penale si assicurerebbe anche una maggiore tutela della ‘verginità cognitiva’ del giudice che attualmente appare più un mito che una certezza¹³⁴.

Un’ultima riflessione sulla rilevata inefficacia della sanzione ex art. 684 cod. pen. Non c’è dubbio che quello del *chilling effect* sia un effetto collaterale difficilmente eliminabile, d’altro canto però la rilevata poliedricità dell’istituto del segreto e la conseguente molteplicità di interessi tutelati, potrebbero giustificare un inasprimento della sanzione, purché proporzionata, come rilevato anche dalla Corte Edu, secondo la quale «est légitime de vouloir accorder une protection particulière au secret de l’instruction compte tenu de l’enjeu d’une procédure pénale»¹³⁵.

ABSTRACT: Gli effetti perversi del processo mediatico rappresentano una questione che non può più essere ignorata o procrastinata. I più recenti studi rilevano come le spinte

130 V. PICCOLILLO, *Legge bavaglio, nuove proteste. E Costa rilancia sulle sanzioni*, in *Corriere della Sera*, 21 dicembre 2023.

131 Cfr. E. ANTONUCCI, *Macché ‘bavaglio’. Ecco cosa c’è davvero nell’emendamento Costa*, in *Il Foglio*, 20 dicembre 2023); A. STELLA, *Legge ‘bavaglio’, intervista al leader dei penalisti Petrelli: ‘È un freno alla macelleria mediatica’*, in *l’Unità*, 21 dicembre 2023; G. D. CAIAZZA, *Ma quale bavaglio, il prof. Manes: ‘L’ordinanza da mezzo di ricerca della prova era diventata una prova piena di colpevolezza*, in *Il Riformista - PQM*, 6 gennaio 2024.

132 Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85.

133 Non solo, posticipando la pubblicazione degli atti processuali e più in generale delle notizie afferenti a un procedimento penale, la riforma consentirebbe di reagire al ‘riposizionamento del baricentro del processo nella fase delle indagini preliminari’ operato dai media (in questi termini G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo ‘criminale’ italiano*, Torino, 2015, 71; cfr. anche A. SCALFATI, *Un ciclo giudiziario ‘travolgente*, in *Proc. pen. giust.*, IV, 2016, in particolare 113).

134 In questi termini M. COLAMUSSI, *Il libero convincimento*, cit., 292.

135 Di recente Corte EDU, 17 dicembre 2020, *Sellami c. Francia*, § 60.

massmediatiche rischiano di minare le fondamenta del processo penale, arrogandosi la pretesa di sostituirsi ad esso, garantendo una giustizia veloce ed efficace in quanto priva di formalismi ed 'inutili' garanzie il cui unico obiettivo è quello di rallentare se non addirittura impedire il raggiungimento della verità.

Il processo mediatico affonda le proprie radici nel diffuso approccio colpevolista e della conseguente errata percezione che il *quisque de populo* matura rispetto al concetto di giustizia; logica conseguenza è che la collettività vede il processo penale come un patibolo dove immolare l'imputato, già considerato colpevole. Questa esigenza o, meglio, questa brama di giustizia, che, come detto, discende da una cultura giuridica e sociale ubriacata, è sovente cavalcata dai media nonché dalla politica, che, nella ricerca di consensi, sponsorizza una politica criminale aggressiva e fatta di *slogan*. La dottrina, di recente, rimarca con vigore la pericolosità della strada intrapresa e, preso atto che la vera soluzione, ossia un cambiamento culturale non solo della collettività ma anche di chi veicola le notizie, appare un'operazione seppure necessaria altrettanto complessa, propone, quantomeno per arginare gli effetti perversi della gogna mediatica, l'utilizzo degli istituti rinvenibili nell'ordinamento.

PAROLE CHIAVE: Libertà di cronaca – Libertà di stampa – Processo mediatico – Gogna mediatica – Riservatezza – Presunzione di innocenza – Segreto – Art. 21 Cost. – Art. 27 comma 2 Cost. – Art. 6 § 2 CEDU – Art. 10 CEDU – Bilanciamento.

IL RUOLO DEL GIURISTA

Luigi Garofalo*

PER UN RISCATTO DELLA DOTTRINA ACCADEMICA

SOMMARIO: 1. Giudici e giuristi al tempo di Giustiniano. – 2. Il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione del nuovo art. 363-*bis* cod. proc. civ. – 3. Giudici e giuristi oggi. – 4. In favore del diritto come scienza giuridica guidata dai giuristi.

1. *Giudici e giuristi al tempo di Giustiniano.*

In uno dei suoi più recenti lavori, uscito nel 2021 sotto il titolo *'Innovare cum iusta causa'*. *Continuità e innovazione nelle riforme amministrative e giurisdizionali di Giustiniano*, Salvatore Puliatti si occupa a fondo degli interventi normativi di Giustiniano nel campo dell'amministrazione della giustizia, riservandovi il lungo e denso capitolo quarto. Riprendendo e sviluppando quanto aveva scritto al riguardo in *'Officium iudicis' e certezza del diritto in età giustiniana*, una monografia pubblicata nel 1999, egli pone più volte l'accento sul proposito dell'imperatore, alla base di un programma riorganizzativo in ambito giurisdizionale messo a punto con il *quaestor sacri palatii* Triboniano, di ridurre i tempi dei processi e di dare stabilità alle decisioni dei giudici: due obiettivi, a ben vedere, già variamente perseguiti per l'innanzi e sempre in primo piano negli ordinamenti di ascendenza romanistica, tuttora cruciali per il legislatore italiano, il quale continua a sfornare norme, per lo più di modifica al codice di procedura civile, nel nome dell'uno e dell'altro.

Tralasciando le statuizioni di Giustiniano dirette ad abbreviare la durata delle cause, minuziosamente analizzate da Puliatti, mi limito a ricordare le principali tra quelle volte ad assicurare l'uniforme applicazione del diritto da parte dei giudici, rinviando allo stesso Puliatti per le loro fonti. Come lo studioso osserva, fondamentale è il precetto «che impone al magistrato l'obbligo di giudicare secondo la legge, senza tener conto, ai fini della formulazione della sentenza, dei precedenti giudiziari», tolti di regola quelli di matrice imperiale. Collegate a questo canone, in cui legge sta per legge generale, sono le disposizioni in materia di interpretazione, le quali vietano all'organo giudicante di rivolgersi all'imperatore nel caso di perplessità concernenti i fatti oggetto di controversia, mentre gli prescrivono di coinvolgerlo quando in questione risultasse «l'interpretazione *de iure*»: e ciò poiché essa, annota ancora Puliatti, «sia innovativa che esplicativa (rescissione delle *dubitationes de lege* e delle *ambiguitates legum*, soluzione di dubbi nascenti o dal *ius incertum* o dal *ius novum*), è prerogativa dell'imperatore, cui è riservato il compito di *explanare* il contenuto delle norme, di comporne gli eventuali

* Professore ordinario di Diritto romano nell'Università di Padova.

contrasti e di colmare le lacune dell'ordinamento, in quanto non solo unico creatore, ma anche unico interprete della legge (*tam conditor quam interpret legum solus imperator*). Se non lui, almeno i suoi giudici, dunque, erano sottratti alle insidie dei giuristi e delle loro elaborazioni. E alla forza dei precedenti giudiziari provenienti da un qualsiasi tribunale diverso da quello imperiale, i cui giudicati, commenta di nuovo Puliatti, in linea di principio avevano «la medesima rilevanza processuale delle *leges generales*».

Spicca, tra i mezzi di cui disponevano le corti per ottenere da Giustiniano, nella forma del rescritto, una preventiva pronuncia chiarificatrice in materia di interpretazione *de iure*, alla quale esse avrebbero dovuto attenersi in sede decisoria, la *consultatio* o *relatio ante sententiam*. Ereditata dal passato, l'imperatore l'aveva mantenuta in vita, accontentandosi di ritoccarne la fisionomia in qualche punto, attraverso le Novelle 82 del 539, 113 del 541 e 125 del 543. Come ha ben visto Federico Pergami in una ricerca del 2007, intitolata *Amministrazione della giustizia e interventi imperiali nel sistema processuale della tarda antichità*, anticipata dai suoi *Studi sulla 'consultatio ante sententiam'* di due anni prima, l'istituto, lungi dall'uscire di scena con Giustiniano, secondo l'opinione di alcuni autori, grazie a lui veniva a connotarsi meglio: chi emetteva il rescritto in esito alla *consultatio*, imperatore in persona o collegio di giudici *ad hoc* che operava in sua vece, agiva nell'esercizio della funzione giurisdizionale; e il tribunale *a quo* poteva scegliere quale delle direttive espresse dal collegio seguire laddove si fossero registrate posizioni divergenti in seno al medesimo.

2. Il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione del nuovo art. 363-bis cod. proc. civ.

Ho indugiato sulla *consultatio ante sententiam* perché la disciplina versata nel nuovo art. 363-bis del nostro codice di procedura civile dal decreto legislativo n. 149 del 10 ottobre 2022, emanato in attuazione della legge n. 206 del 26 novembre 2021, riesuma quell'antica pratica, forse nell'inconsapevolezza degli artefici della riforma, ridefinendone i limiti di utilizzo e ovviamente adattandola al mutato contesto costituzionale, in cui l'interpretazione della legge non è più nel monopolio di un organo che pure la crea, ma risiede nelle mani sia dei giuristi, che la curano in modo contemplativo e con influenza recessiva – come vedremo – rispetto ai pratici, sia dei giudici, e in sommo grado della Corte di cassazione, chiamati ad applicare la legge prodotta da un autonomo potere.

Questo il regime del redivivo istituto, che consente al giudice di merito di «disporre con ordinanza, sentite le parti costituite, il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto». Il rinvio è ammesso purché ricorrano quattro condizioni: se «la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione»; se «la questione presenta gravi difficoltà interpretative»; se «la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi». L'ordinanza che dispone il rinvio deve essere «motivata»

e recare la «specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili». Essa, dal momento del deposito, determina la sospensione del processo, restando tuttavia salvo il compimento «degli atti urgenti e delle attività istruttorie non dipendenti dalla soluzione della questione oggetto del rinvio pregiudiziale». Il primo presidente, ricevuta l'ordinanza, entro novanta giorni assegna la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice per «l'enunciazione del principio di diritto» oppure dichiara con decreto «l'innammissibilità della questione» per mancanza di una o più delle condizioni indicate. La Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia in pubblica udienza, con la requisitoria scritta del pubblico ministero e con facoltà per le parti costituite di depositare brevi memorie, nei termini di almeno venti e rispettivamente dieci giorni prima. Con il provvedimento che definisce la questione è disposta la restituzione degli atti al giudice. Il principio di diritto enunciato dalla Corte è «vincolante» nel procedimento pendente e, se questo si estingue, anche in quello ulteriore nel quale sia proposta la medesima domanda tra le stesse parti.

Al giudice di merito è dunque inibito avvalersi del rinvio in parola allorché con questo intenda conseguire dalla Corte di cassazione un avallo in relazione alla propria opzione ermeneutica, così da preservare la sua futura sentenza da attacchi in sede di impugnazione giustificati da una diversa ricostruzione della portata di una previsione normativa sulla quale essa si regga. Non a caso, il legislatore non chiede al rimettente di precisare quale lettura esegetica più lo convinca, mentre gli impone di dar conto delle due o più interpretazioni che si contendono il campo.

Individuata tra queste o altre quella da preferire, il *dictum* della suprema Corte, veicolato tramite sentenza, sarà stringente non solo per il giudice del rinvio, ma anche per quello successivamente adito dal soccombente con appello o con ricorso per cassazione: di talché lo stesso culmine dell'apparato giurisdizionale non potrebbe discostarvisi, sebbene *medio tempore* avesse cambiato opinione.

3. *Giudici e giuristi oggi.*

Se il ripescaggio, volontario o meno, della *consultatio ante sententiam* ci lega a Giustiniano, per non dire all'epoca più lontana che ha visto profilarsi l'istituto, inducendoci ad apprezzare viepiù il Goethe che, in una conversazione con Johann Peter Eckermann, paragonava il diritto romano a un'anatra che si immerge e scompare nell'acqua, ma sempre torna a riaffiorare, ancor più ci unisce al disegno istituzionale varato da quell'imperatore una tendenza in atto che non esito a definire perniciosa, di cui è neppure ultima espressione il rinvio pregiudiziale al quale ho appena fatto riferimento: la compressione del ruolo dei giuristi di estrazione accademica, al centro di quanto vengo dicendo, ovvero, e meglio, della letteratura scientifica che tradizionalmente a loro mette capo.

Al pari di Giustiniano, proteso a erodere lo spazio occupato dai giuristi, ergendosi a unico interprete delle leggi che solo lui emanava, anche il nostro legislatore è invero impegnato da tempo nel tentativo, che persegue con caparbietà ed efficienza perfino superiore a quella mostrata dal celebre bizantino, di ridurre l'incidenza dei giuristi nel mondo del diritto frequentato dai pratici. Quasi che l'area di pertinenza loro debba progressivamente e inesorabilmente restringersi alla docenza universitaria, senza nemmeno estendersi alla preparazione e all'aggiornamento di avvocati, notai e magistrati, cui provvedono i rispettivi ordini.

Circostanzio di più il mio pensiero. La missione dei giuristi dovrebbe ancora essere questa: studiare e insegnare il diritto, ossia metterlo a fuoco, tenendo ovviamente conto dei suoi vari formanti, e trasmetterne la conoscenza a tutti gli interessati, non solo studenti dei corsi attinenti alle materie giuridiche impartiti negli atenei, ma pure esercenti le professioni legali, attraverso gli scritti e le lezioni, così come contribuire alla creazione del diritto stesso, partecipando alla stesura degli articolati normativi delle future fonti dell'ordinamento.

Malauguratamente, non sembra del medesimo avviso il legislatore italiano, per nulla incline a giovare dell'ausilio tecnico dei giuristi, cui preferisce l'apporto di burocrati e semmai di magistrati, e pronto invece a dettare regole tendenti a confinare nell'ambito della formazione universitaria il raggio di azione di questi esperti: come se temesse una dottrina in grado di guidare la giurisprudenza e prediligesse un corpo decidente unico fattore del diritto vivente, sordo ai richiami della ricerca scientifica e attento esclusivamente alle ricostruzioni sistematiche e alle soluzioni interpretative affacciate al proprio interno.

Danno in effetti prova di questo improvvido indirizzo, che ovviamente finisce per allontanare dalle pagine dei giuristi anche gli avvocati, consci della scarsa utilità della loro disamina e viceversa dell'imprescindibilità del vaglio dei precedenti dei giudici, varie riforme degli ultimi anni: per esempio, tacendone altre non meno significative, quella del 2009 che ha portato all'introduzione dell'art. 360-*bis* del codice di procedura civile, il cui dettato conferisce alla giurisprudenza dell'organo giudiziario di vertice un peso davvero notevole e prima d'allora sconosciuto, qualificando come inammissibile il ricorso per cassazione «quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa»; e poi quella, ancora del 2009, che, attraverso la riscrittura del primo comma dell'art. 118 delle disposizioni di attuazione del predetto codice, considera soddisfatto il dovere di motivazione della sentenza se in questa compaia la «succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi», da intendersi senza dubbio come precedenti rinvenibili esclusivamente nella giurisprudenza, stante la permanenza dell'anacronistico obbligo di omettere «ogni citazione di autori giuridici» sancito dal successivo comma terzo. Obbligo addirittura esteso al giudice amministrativo dall'art. 88 del codice del processo amministrativo del 2010,

perentorio nell'affermare che alla sentenza promanante da tale giudice, la quale deve comunque contenere «la concisa esposizione dei motivi in fatto e in diritto della decisione, anche con rinvio a precedenti cui intende conformarsi», si applica l'articolo 118, comma terzo, delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile.

Né si può pensare che la *consultatio ante sententiam* accolta di recente in questo codice, sotto l'etichetta del «rinvio pregiudiziale» regolamentato nell'art. 363-*bis*, non segni un avanzamento nella strada da qualche tempo imboccata. Il giudice di merito alle prese con «una questione esclusivamente di diritto», al quale è fatta interdizione di avvalersi del rinvio se questa è già stata risolta dalla Corte di cassazione, sentirà tale preclusione come uno schiacciante invito ad adeguarsi al precedente della Corte, ancorché in sede dottrinale magari esso appaia brillantemente confutato. Più che probabile, inoltre, è che quel giudice, se la questione in parola non risulti ancora toccata da una pronuncia della Corte, l'avverta come controversa se circolino pronunce di altri giudici di merito diversamente orientate sul punto, ben più che se si riscontrino divergenti voci di giuristi sulla sua soluzione, non foss'altro perché sempre meno aduso a consultare la dottrina, come lo sono gli avvocati, inclini, per via delle fattezze che il sistema processuale ha ormai assunto, a riversare negli atti difensivi – già l'ho rilevato – sentenze che giovano alla loro tesi e non teoriche, pur utili in causa, prospettate dai giuristi. Di fronte alla contraddittorietà delle scelte interpretative – tendenzialmente, ho appena detto, di provenienza giudiziale – valorizzate dal giudice del rinvio, d'altro canto, la suprema Corte interverrà con una pronuncia che, oltre a essere vincolante nel processo pendente e negli eventuali successivi giudizi di impugnazione, si porrà, al di fuori dell'uno e degli altri, quale precedente rilevante ai sensi dell'art. 360-*bis* del codice di procedura civile, che, come sappiamo, sancisce l'inammissibilità del ricorso per cassazione quando il provvedimento aggredito «ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa».

Ma il quadro prospettato non è ancora completo. Manca infatti il richiamo dell'art. 2, comma terzo, del nuovo codice dei contratti pubblici adottato con il decreto legislativo n. 36 del 31 marzo 2023, secondo il quale, ai fini della valutazione della responsabilità amministrativa del funzionario, «costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze in relazione al caso concreto», fermo restando che essa, la colpa grave cioè, è esclusa per «la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti». Il meno che si possa rilevare rispetto a questa clausola finale di esonero, consegnata al governo – al pari dell'intero testo normativo in cui è collocata – da una commissione composta in maggioranza da magistrati soprattutto amministrativi, è che essa non dà alcun rilievo agli orientamenti dottrinali preponderanti, di per

sé equiparabili agli «indirizzi giurisprudenziali prevalenti» che vi figurano. Con quali conseguenze, è superfluo illustrare. Che, poi, l'inedita previsione in questione rifletta il diritto vivente formatosi nell'ambito delle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, come risulta evidenziato nella relazione della commissione poc'anzi citata, non vale certo a giustificare la penalizzazione della dottrina accademica che essa consacra al diverso e superiore livello legislativo.

Non sono peraltro il solo a ritenere che oggi i giuristi vivano una stagione difficile, messi sempre più all'angolo da norme volte a emarginarli dall'agone giudiziale. Francesco Cavalla, per esempio, in un pregnante saggio pubblicato nel volume relativo al 2022 della *Rivista internazionale di filosofia del diritto* sotto il titolo *Il processo e la positività del diritto*, snoda una riflessione nella quale mi riconosco. «Il primo luogo di elezione ove il giurista mostra le sue competenze», egli scrive, «è – sembra ovvio – la dottrina: vale a dire quel complesso di pronunce (in genere scritte ma non solo: interpretazioni, valutazioni, costruzioni) che si scambiano tra loro, e mostrano all'esterno, i membri della comunità scientifica, cioè coloro che si riconoscono reciprocamente le conoscenze necessarie per esporre il significato di norme ritenute giuridiche». Ma adesso, prosegue lo studioso, «è l'idea e la realtà stessa della dottrina ad aver perso l'autorevolezza necessaria per risultare efficace nella soluzione di problemi sorti nell'ambito dell'esperienza giuridica». Chi frequenta le aule giudiziarie può constatare che «qui le argomentazioni basate sulla dottrina ben poche volte risultano rilevanti per l'esito della causa; laddove le tematiche un tempo nel dominio della dottrina vengono ora spesso svolte dai giudici stessi, con dovizia di spazio e ragionamenti, all'interno delle motivazioni della sentenza. (E diciamolo una volta per tutte: non sempre queste esposizioni giurisprudenziali hanno il rigore, la documentazione e la struttura critica che in altri tempi si ritenevano necessarie per considerare 'scientifica' un'opera giuridica)». Il che è tanto più grave, incalza Cavalla, se si pensa che oggi, «demitizzata», nei fatti e nel pensiero, la funzione della legge», appare sempre più chiaramente «come la positività del diritto si realizza proprio e solo nella procedura che porta alla pronuncia del giudice». Perché è in quest'ultima che una norma giuridica si determina, esibisce il suo vero volto, prima essendo solo un progetto di norma, come sostiene l'autore in scia a Claudio Consolo.

4. *In favore del diritto come scienza giuridica guidata dai giuristi.*

Memore che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» per l'art. 101 della nostra Costituzione, il legislatore italiano non dovrebbe certo battersi per l'assoluta autoreferenzialità della giurisprudenza, potendo facilmente prevedere che i giudici finiranno per diventare soggetti soltanto a se stessi se, affossata la dottrina dei giuristi a vantaggio di una vincente, e tuttavia insufficiente, dottrina delle corti, saranno soltanto loro a 'dire' la legge: vale a dire a enucleare, nel bando della speculazione scientifica

dei giuristi, le regole effettive della convivenza sociale, pur dotate di una base testuale proveniente dagli organi legittimati a confezionarla.

Ma restiamo ai molteplici ruoli che la giurisprudenza è venuta assumendo nel corso degli anni a noi vicini, segnati dall'arretramento della dottrina dei giuristi, perché su di essi v'è da meditare. Guido Alpa, in un articolo intitolato *La dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita: riflessioni in prospettiva storica nella recente letteratura*, leggibile in *Contratto e impresa* del 2015, ne ha tracciato la mappa. Questi, nella sua ricognizione, sono i più importanti: «il ruolo che consiste nell'anticipare l'intervento del legislatore, effettuando [la giurisprudenza] la valutazione di interessi che ritiene meritevoli di tutela, e creando quindi regole *ad hoc*, circoscritte al caso esaminato, ma potenzialmente ripetibili nel tempo; il ruolo che si risolve nell'interpretazione e nell'applicazione della legge, che consiste nel dare vita al testo normativo – creando per l'appunto il 'diritto vivente' –, dando contenuto alle clausole generali, definendo gli standard, elaborando principi generali per via induttiva, estendendo in via deduttiva un dettato spesso troppo circoscritto o poco flessibile; e ancora il ruolo che si affianca alle sollecitazioni provenienti dalle categorie interessate, dalle fasce della società civile, o semplicemente dalle esigenze più pressanti emergenti dal mercato o dai modelli di comparazione, con cui si invita il legislatore ad intervenire per introdurre nel sistema regole nuove, destinate a governare istituti, a migliorare gli assetti di interessi, a far emergere situazioni soggettive individuali e collettive precedentemente ignorate, a dirimere contrasti». Certo, si tratta di ruoli che non hanno alcunché di patologico, ma solo se esercitati dalla giurisprudenza sotto la spinta della dottrina o almeno in sinergia con questa. E il pericolo che ora incombe minaccioso è proprio quello della rottura definitiva del legame tra l'una e l'altra, ben poco apprezzato – come si è visto – dal nostro legislatore, propenso ad attribuire rilevanza al prodotto dei giudici e a mortificare la fatica, a impatto non soltanto didattico, dei giuristi.

Un mutamento di rotta, che restituisca a questi ultimi la pienezza delle loro prerogative, non è però utopistico: a darvi impulso dovrà comunque essere la dottrina, attraverso un'azione corale diversificata, tesa all'attivazione di un dialogo costante con gli organi deputati alla produzione normativa e alla sua applicazione, almeno giudiziale. Le strade additabili al riguardo sono molteplici. E così, escluso che chi è preposto a scrivere le nuove regole ne contenga la quantità e ne curi la qualità, avvalendosi dei giuristi, è da auspicare che proprio la dottrina elabori autonomamente testi legislativi di alta caratura tecnica, per esempio di attuazione delle direttive europee (come già è avvenuto all'indomani dell'emanazione del primo provvedimento comunitario sulla vendita dei beni di consumo), e ne proponga l'adozione agli organi competenti. Parimenti, è da sperare che la stessa dottrina reclaims con forza l'abolizione delle disposizioni che riconoscono una particolare autorità alla giurisprudenza della Corte di cassazione e proibiscono ai giudici di rifarsi, nella motivazione della sentenza, a un precedente scientifico, consentendo loro di giovare soltanto di quello processuale: come il rapido rinvio a questo soddisfa l'esigenza della semplificazione generalmente

avvertita, così il mero richiamo di una teorica messa a punto da un giurista solleva dal compito gravoso di una dispendiosa disquisizione dogmatica. E anche rispetto alla rinata *consultatio ante sententiam* è auspicabile una presa di posizione critica, accompagnata dall'invito al legislatore a toglierla di mezzo, se dovesse rivelarsi come un mezzo che allontana ancor più i giudici di merito dagli scritti dei giuristi. Confidando nella ripresa del suo ruolo naturale di 'bussola' della giurisprudenza e dunque di strumento indispensabile degli avvocati, la dottrina dovrebbe nel contempo dar vita a trattazioni di spessore, non appiattite sugli schemi del passato e non ripiegate sul mero commento e inquadramento delle sentenze, ma capaci di offrire, mediante l'impiego di categorie ordinanti ammodernate o addirittura inedite, una compiuta rappresentazione del diritto del presente. Convinta inoltre dell'importanza della sua missione anche sul piano della didattica universitaria, la dottrina dovrebbe infine ripensare il modo d'insegnare, privilegiando il momento scientifico del diritto ed evitando perciò di risolvere questo complesso fenomeno nelle previsioni del legislatore o nelle massime della giurisprudenza che vanno a sovrapporsi, quali tasselli di una copiosa precettistica fatalmente e – sottolineo ancora una volta – rischiosamente incanalata verso l'autosufficienza.

Noto a tutti, peraltro, è che il momento scientifico del diritto è stato rivelato alla posterità dai giuristi romani, riuscendo a mantenersi vivo all'interno della tradizione che ne ha raccolto il lascito, dalla quale continua a ricevere luce l'ordinamento in cui viviamo: non foss'altro in ragione di questa risaputa constatazione, dunque, non è immaginabile un giurista d'oggi impegnato nella riconquista della posizione perduta ignaro dell'ampia cornice storica destinata a ospitare il suo operato.

E invero è forgiandosi all'insegna di questa che si acquisisce la piena padronanza del linguaggio tecnico in uso nella scienza giuridica e si affina la capacità di elevare a sistema e collocare armoniosamente nella complessa architettura del medesimo i dati ricavabili dagli enunciati legislativi; che si comprende la ragione profonda della loro formulazione e si riesce a calibrarne la più adeguata interpretazione; che si matura la sensibilità necessaria per capire quando l'ordinamento abbisogna di nuove figure per non peccare di anacronismo normativo; che si sviluppa la competenza utile per elaborarle nel modo migliore a beneficio diretto della pratica o dell'organo deputato a introdurre autoritativamente il diritto.

Predicare il valore della storia giuridica non equivale dunque ad auspicare un ritorno all'antico dal versante del diritto. Significa soltanto che non potremmo dire di esserne i degni eredi, noi giuristi attivi ora, se non ci fosse familiare l'opera dei *prudentes* e quella delle molte generazioni che, a partire dai glossatori, proprio alla medesima hanno fatto capo. Conoscere l'una e l'altra è dunque imprescindibile. Forti di un sapere siffatto, conviene ripetere, non guarderemmo certo con nostalgia agli schemi del passato, tentandone un acritico recupero magari perfino in blocco, quasi che l'alta risalenza e in molti casi la prolungata utilizzazione, pur giustificata dall'intrinseca validità – tuttavia relativa, perché funzionale al sistema di riferimento –, possa legittimarne di per sé la reviviscenza nell'esperienza giuridica attuale. Constateremmo piuttosto l'accentuarsi

della coscienza critica in campo giuridico e della capacità di analisi rispetto a qualsiasi problema, attinente alla comprensione o alla formazione del dato positivo, che avessimo di fronte. Ci risulterebbero inoltre chiari gli eterogenei contesti nel cui ambito lo stesso o un analogo problema nel corso del tempo è stato affrontato e discusso, così da scorgere legami altrimenti insospettabili e scrutarlo e sviscerarlo da angoli prospettici che l'ignoranza della dimensione diacronica oscura. Potremmo misurare le vie d'uscita escogitate e sperimentate al suo riguardo, onde pervenire alla soluzione più consona. Ma soprattutto saremmo in grado di perpetuare un metodo, da sempre ferace di risultati utili, che contribuisce a mantenere il diritto nell'alveo di una scienza, precludendone il declinare verso un insieme amorfo di decisioni legislative e giudiziarie, privo di un'intima struttura logica.

Il nostro ruolo, peraltro, potrebbe diventare più composito di quello, minimo, vagheggiato.

Convinzione diffusa è che uno dei limiti che circondano la professione del giurista derivi dalla sua incapacità di incidere in maniera apprezzabile sulle tendenze in atto nella società di cui è partecipe, di rideterminare efficacemente la scala di valori da rispettarsi in seno alla comunità di appartenenza e di orientare conseguentemente le scelte legislative. Da molti si ritiene infatti che il movimento interno a un ordinamento sia provocato da un coacervo di sollecitazioni promananti da forze disparate, politiche e non, che non annoverano la *scientia iuris*: sollecitazioni che trovano poi un momento di sintesi nell'opzione discrezionale del legislatore, al quale il giurista può offrire solo un aiuto tecnico, così che il dettato normativo non tradisca lo spirito della decisione e non vulneri l'ossatura del sistema.

Ebbene, pur non essendo revocabile in dubbio che l'influenza esercitata dal giurista, quando si abbia riguardo allo sviluppo e al rinnovamento della struttura complessiva della società attuale, sia del tutto marginale, nondimeno è da chiedersi se essa possa accrescersi, al punto da ripercuotersi sulle dinamiche di fondo che vi si agitano. E la risposta pare a me debba essere affermativa. Il limite sul quale mi sono soffermato credo sia, piuttosto che coesistente all'attività del giurista, storicamente contingente e almeno in parte originato dall'atteggiamento rinunciatario del giurista stesso. In altre epoche, e non mi riferisco ai secoli in cui i *prudentes* erano al centro della scena, egli interveniva autorevolmente nel dibattito che chiamerei teorico, pur avendo a oggetto questioni gravide di ricadute pratiche, per esempio di natura politica, etica, sociale o economica, e riusciva non di rado a imprimere una certa direzione alle statuizioni normative che sarebbero state adottate dagli organi competenti. Ma se così è stato, non v'è ragione per escludere che ancor oggi residui uno spazio per il giurista che, confidando in un sapere eretto su fondamenti culturali risalenti e solidi, voglia esprimere la sua opinione tecnica, argomentata quindi conformemente a quanto esigono i dettami della *scientia iuris*, quando si discute di problemi scottanti – penso, per esempio, a quelli relativi al regime della convivenza di fatto o all'ammissibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso oppure a quelli che involgono il trattamento delle cellule

staminali o lo statuto del testamento biologico o ancora, e più in generale, la disciplina del corpo umano –, la cui soluzione sul piano del diritto è di estrema rilevanza per tutti noi. Quell'opinione, sembra a me, potrà talora restare senza seguito, ma talaltra potrà generare un indirizzo di pensiero degno di nota, capace in qualche caso di condizionare l'azione del legislatore.

Solo quando si sarà riappropriato anche di questa veste propulsiva, d'altro canto, il giurista risponderà a tutte le attese che il suo risalente statuto porta con sé.

Marino Marinelli*

DIVAGAZIONI SU NORME GIURIDICHE E ‘NORME CULTURALI’, TRA LA *SAISINE POUR AVIS DE LA COUR DE CASSATION* E IL NUOVO RINVIO PREGIUDIZIALE EX ART. 363-BIS COD. PROC. CIV.**

SOMMARIO: 1. Max Ernst Mayer e la norma giuridica come ‘norma culturale’. – 2. La *saisine pour avis de la Cour de Cassation* francese e il suo calco italiano: il nuovo rinvio pregiudiziale *in apicibus* di cui all’art. 363-bis cod. proc. civ. – 3. Il *flop* della *saisine* nella prassi giudiziaria francese. – 4. E la sua ragione giustificatrice, declinata in termini di ‘norme culturali’ (con uno sguardo fugace allo stato applicativo del nuovo art. 363-bis cod. proc. civ.).

1. *Max Ernst Mayer e la norma giuridica come ‘norma culturale’.*

In un libro profondo e avvincente, com'erano spesso quelli scritti dalla dottrina tedesca (specie quella processualistica)¹ soprattutto a cavallo tra Ottocento e Novecento, dal titolo *Norme giuridiche e norme culturali*, Max Ernst Mayer², agli albori del secolo scorso, enunciò e cercò di dimostrare la tesi che, in linea di principio, la norma giuridica (in primo luogo – anche se non solo – quella penale) è davvero tale per (e realmente sentita come vincolante da) coloro che ne sono i destinatari, i quali per Mayer erano gli organi dello stato e così, anzitutto, i suoi giudici, solo se può dirsi coerente con le loro ‘norme culturali’, ossia con la loro coscienza giuridica comune³.

* Professore ordinario di diritto processuale civile nell’Università di Padova.

** Lo scritto è affettuosamente dedicato al Professor Bruno Cavallone.

1 Peraltro, se si volge lo sguardo ai suoi (perlopiù dogmaticamente esangui) contributi odierni, il possente e straordinario corso solare della processualistica tedesca (almeno di quella civile) – iniziato con Oskar Bülow – pare ormai giunto al crepuscolo (se non già tramontato). D'altronde, è la sorte di ogni creatura, dalla più augusta alla più umile, d'avere una giovinezza, una maturità e una vecchiaia. Oswald Spengler lo ha insegnato per le civiltà e gli imperi, che dell'opera umana sono forse le creature maggiori, ma vale anche per la dottrina giuridica.

2 V. M.E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903, spec. 6 ss., 16 ss., 20 ss., 30 ss., 40 ss., 54 ss. e poi, in tutta l'opera, nonché ID., *Rechtsphilosophie*, Berlin, 1922, spec. 31 ss. e 87 ss.

3 Alla tesi di Mayer fa dunque da sfondo la disputa (in quei tempi accesa) sul modo di concepire la norma giuridica o come comando rivolto (solo) agli organi dello stato (in particolare ai suoi giudici) e/o anche ai suoi consociati (cd. teoria degli imperativi, elaborata e sviluppata soprattutto da Thon e da Bierling) o invece, come un giudizio ipotetico che ha per oggetto la volontà dello stato, condizionatamente diretta ad un proprio specifico comportamento (la tesi di Kelsen e i suoi seguaci). Sulla disputa e sulla perdurante dignità scientifica (e didascalica) di entrambe le tesi, rimangono ancor oggi ineguagliabili, per finezza e scandaglio di analisi, le pagine di J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, spec. 227 ss., nonché – riassuntivamente – ID., *Teoria general del proceso*, Barcelona, 1936, 43 ss., secondo il quale la

Il lavoro di Mayer incontrò consensi (ad es. Berolzheimer⁴ e, in buona sostanza, Sauer⁵) e dissensi (ad es. il Kelsen degli *'Hauptprobleme'*⁶ e Stammler⁷), dando luogo ad un intenso dibattito. Di recente, in Francia, l'ha riscoperto e rinverdito Jean-Louis Halpérin, cui dobbiamo studi fondamentali sul *Tribunal* – poi trasformatosi in *Cour de Cassation*⁸, in un saggio demolitorio della 'idea di cultura giuridica francese'⁹, che si pone agli antipodi rispetto alla *'Stimmung'* che ad es., nella letteratura processuale, caratterizza i lavori – sol per citare i più recenti – di un Rolf Stürner, di un Daniel Jutras o, a voler insistere, di un Antoine Garapon, di un Oscar G. Chase o di un Emmanuel Jeuland¹⁰ che, invece, pur nella diversità dei temi trattati, danno (giustamente) ampio risalto alla cultura giuridica delle nazioni (e dei loro giudici) che troverebbe nel processo e nell'approccio alle norme e istituti processuali una delle sue manifestazioni più pregnanti e marcate.

Già Franz Klein (il padre delle celebri riforme processuali austriache *fin de siècle*), dall'osservatorio privilegiato della 'imperial-regia Cacia', stimava che il processo civile – lungi dall'essere pura meccanica – è il territorio in cui meglio si scoprono le radici della coscienza giuridica e sociale di una nazione¹¹. E quindi – Egli osservava¹² – il fatto che, malgrado conati riformatori in tal senso, il rito sommario-semplificato della

teoria degli imperativi (che è concezione «statica») si attaglierebbe di più allo studio del diritto sostanziale e, invece, la scienza del diritto processuale dovrebbe basarsi sull'altra («dinamica») tesi che considera il diritto come regola per l'attività decisoria del giudice.

4 V. F. BEROLZHEIMER, *System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, II, München, 1905, 402 ss.

5 V. W. SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, Berlin, 1922, 269 ss. che preferisce – ma è questione di pura nomenclatura – discorrere di 'dimensione valoriale'.

6 V. H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*², Tübingen, 1923, spec. 370 ss.

7 V. R. STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, 674 ss.

8 V. soprattutto, J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, 1987 e poi anche, ID., *Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne*, in *Une autre Justice*, a cura di R. Badinter, Paris, 1989, 225 ss.; ID., *Le Tribunal sous la Révolution (1790-1799)*, in *Le Tribunal et la Cour de cassation 1790-1990*, Paris, 1990, 25 ss.

9 V. *amplius* J.-L. HALPÉRIN, *L'idée de culture juridique française est-elle utile au droit comparé?* in *Le droit comparé au XXI^e siècle. Enjeux et idées*, Paris, 2015, 155 ss.: saggio che sviluppa e implementa la tesi espressa dallo stesso Autore (in una con F. AUDREN) nel libro *La culture juridique française. Entre mythes et réalités (XIX^e-XX^e siècle)*, Paris, 2013, secondo cui il sintagma 'cultura giuridica francese', apparso per la prima volta tra le due guerre e diffuso tra i giuristi nei contesti ideologicamente opposti della Francia di Vichy e di quella della 'Libération', poi banalizzato a cavallo tra il XX e il XXI secolo, non corrisponderebbe ad alcun insieme omogeneo di fenomeni (donde la – eversiva – conclusione che «la cultura giuridica francese giammai è esistita, neppure in astratto»).

10 V. R. STÜRNER, *Procédure civile et culture juridique*, in *Rev. int. d. comp.*, IV, 2004, 797 ss.; D. JUTRAS, *Culture et droit processuel: le cas du Québec*, (2009) 54, in *R.D. McGill L.J.*, 273 ss.; A. GARAPON, *Bien juger: Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 2001, spec. 149 ss.; O.G. CHASE, *American 'Exceptionalism' and Comparative Procedure*, (2002) 50, in *Am. J. Comp. L.*, 277 ss.; ID., *Law, Culture and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York-London, 2005, spec. 47 ss. e 125 ss.; E. JEULAND, *Droit processuel général*, Paris, 2022 (5^e ed.), 40 ss.

11 Sullo stretto legame fra *culture et procédure*, v. oggi E. JEULAND, *Droit processuel cit.*, 47 ss.

12 V. *amplius* F. KLEIN, *Die Aufnahme des Référé in das ungarische Prozeßrecht*, in *Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe*, I, Offenbach a.M., 1927, 139 ss.: saggio mirabile, da noi quasi del tutto sconosciuto.

'*procédure par référé*' (pure oggi molto diffusa in Francia)¹³, allora prevista dall'art. 806 del (vecchio) '*code de procédure*' francese¹⁴, non penetrasse nelle terre asburgiche si spiegava anche (e soprattutto) perché era un istituto estraneo alla cultura del processo (e della sua organizzazione) di quella parte di Mitteleuropa. Pensare che qui – scriveva Klein¹⁵ – giudici e parti potessero trovare un 'rifugio' accogliente e sicuro nella *procédure par référé* (o in qualche suo surrogato), significava andare contro l'esperienza storica. Ciò che in Francia (quasi a voler, così, rimediare alle lungaggini e pastoie che affliggevano il paludato e farraginoso rito comune davanti al *Tribunal de première instance*) si assicurava con il *référé* (talvolta in modo sbrigativo anche con riguardo a basilari garanzie difensive), in Austria e Ungheria si era, invece, sempre inteso garantire con il giudizio ordinario («e se un processo ordinario non permette questo, allora significa che non è il processo giusto ed è, così, destinato a vivere con acciacchi e malanni che il ricorso al rito sommario non fa sparire anzi, aggrava ancor più»¹⁶).

Per giunta – notava Klein¹⁷ – chi faceva (e fa pure oggi) la parte del leone nel *référé* era (e, perlopiù, è ancora) il Presidente dell'ufficio giudiziario, di fatto investito dal *code*

13 Considerato uno degli elementi essenziali della giustizia civile francese, l'istituto del *référé*, ormai da diverso tempo, si è sviluppato e diffuso a tal punto da diventare «il volto più familiare del sistema giustizia» (così, Y. STRICKLER, *Référés*, in *Dictionnaire de la justice*, a cura di L. Cadet, Paris, 2004, 1127 ss., ed ivi una limpida disamina delle diverse figure di *référés* previste nell'attuale *code de procédure civile* e in altri codici o leggi speciali francesi; sulla *irrésistible ascension* del *référé*, v. spec. R. PERROT, *L'évolution du référé*, in *Mélanges Hébraud*, Toulouse, 1981, 645 ss., nonché più di recente, Id., *Institutions judiciaires*, Paris, 14^e ed., 2010, 100 ss.). Com'è noto, il *référé* mira a ottenere, con una procedura semplice e rapida, dal Presidente del tribunale, delle decisioni di per sé provvisorie, ma di un'importanza spesso così notevole che, in pratica, sono destinate a rimanere definitive (in questi termini, quasi letteralmente, v. per tutti, S. GUINCHARD - F. FERRAND - C. CHAINAIS, *Procédure civile*, 29^e ed., Paris, 2008, 310; da noi, v. a tal proposito i lavori monografici di E. SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino, 2005, e di A. JOMMI, *Il référé provision*, Torino, 2005, nonché la pregevole sintesi di G. BONATO, *I référés nell'ordinamento francese*, in *La tutela sommaria in Europa – Studi*, a cura di A. Carratta, Napoli, 2012, 35 ss.). Per giunta, nel linguaggio giuridico francese, il termine '*référé*' si usa pure per indicare un organo giurisdizionale («il giudice del *référé*»), considerato come del tutto autonomo rispetto a quello del merito (v. *amplius*, P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, Paris, 2^e ed., 1998, 9 ss.).

14 Il *référé* è ufficialmente nato con l'Editto Reale del 22 gennaio del 1685, disciplinante la procedura dello *Châtelet* di Parigi, il cui art. 6 disponeva che, nelle ipotesi ivi tassativamente previste e caratterizzate da urgenza, il giudice poteva emanare un'ordinanza provvisoria, in esito a una procedura rapida e deformalizzata, per ovviare al pericolo di tardività (o intemperatività) della tutela giurisdizionale ordinaria. I *conditores* del vecchio e abrogato *code de procédure* del 1806 estesero quindi la *procédure par référé* a tutta la Francia, attribuendo ad ogni Presidente di un *Tribunal civil* il potere di emanare la relativa ordinanza. Malgrado la stringatezza (o forse, proprio grazie ad essa) delle disposizioni in tema di *référé* di cui agli artt. 806 ss. del vecchio *code de procédure*, l'istituto – concepito dalla legge come eccezionale e derogatorio – si diffuse nella pratica in maniera notevolissima grazie al lavoro dei Presidenti dei vari Tribunali civili (v. *amplius*, R. PERROT, *L'évolution*, cit., spec. 647 ss., ma a tal riguardo, resta fondamentale lo studio di E.-M. MEIJERS, *Le développement des ordonnances sur référé en France*, in *Rev. hist. de droit français et étranger*, 1948, 266 ss.).

15 V. F. KLEIN, *Die Aufnahme*, cit., 142 ss.

16 In questi termini, F. KLEIN, *Die Aufnahme*, cit., 149.

17 V. F. KLEIN, *Die Aufnahme*, cit., 146 s.

de procédure di una «giurisdizione speciale ed esclusiva»¹⁸ fortemente venata di discrezionalità in rito e in merito. Il *référé* francese era dunque figlio di una «cultura della giurisdizione», per cui il *President* – soprattutto – del *Tribunal civil* era «l'erede naturale del giudice dello *Châtelet* di Parigi»¹⁹, che non apparteneva alla Mitteleuropa (o comunque, alle terre degli Asburgo) dove, invece, il Presidente dell'ufficio, ben lungi dal disporre di spiccate competenze speciali ed esclusive (perché dotato di «un'autorità giuridica e morale» superiore a quella dei suoi colleghi)²⁰, era (ed è pure oggi) più semplicemente un organo con prevalenti compiti amministrativi e organizzativi (e non decisorii)²¹.

Con buona pace – vien da soggiungere – delle osservazioni *in vitro* di Kelsen²², per il quale ragionare, in seno al 'multiculturale' impero austro-ungarico, di una coscienza giuridica (e/o sociale) comune non era altro che una 'ingenua finzione'. D'altronde, se si riduce la *iusprudentia* a (quel che non è né può essere, ossia a) una scienza di geometrie e di forme o, comunque, si diventa troppo intimi con la logica e le costruzioni formali, scorrendo gli istituti giuridici sotto la analitica lente di un'ottica Zeiss (ecco, a mio avviso, il limite e l'insidia dell'approccio 'neo-normativista' di Halpérin alla 'idea di cultura giuridica'), c'è il rischio di non comprendere appieno la stessa vita del diritto come fenomeno culturale e sociale.

Peraltro, non voglio qui nuovamente ripercorrere il dibattito apertosi sul pensiero di Mayer (che le pagine di Halpérin provano essere ancora attuale, pur se la tranciante conclusione cui Egli giunge – la 'cultura giuridica francese' giammai sarebbe esistita, neppure in astratto – mi sembra, a tacer d'altro e come credo emergerà più avanti, contraddetta, almeno in una certa qual misura, dal dato esperienziale). Mi preme, invece, più semplicemente, porre in risalto l'intuizione felice che si rinviene nella tesi di Mayer che, a mio avviso, può così svolgersi ed esporsi: il destinatario della norma giuridica, in *primis* il giudice, per considerarla davvero tale la deve reputare conforme o, comunque, non estranea o financo ostile alla propria cultura (o dimensione valoriale), altrimenti sulla spinta prepotente di questo «elemento dinamico» (così appellava la

18 Così, F. KLEIN, *Die Aufnahme*, cit., 146.

19 In questi termini, F. KLEIN, *Die Aufnahme*, cit., 146

20 Osserva R. PERROT, *L'évolution*, cit., 648, che il Presidente del *Tribunal civil* era l'unico che all'epoca presentava le garanzie necessarie per concedere un'ordinanza di *référé*, giacché era «colui che, in ogni caso, disponeva di un'autorità giuridica e morale sufficiente per imporre la sua soluzione».

21 Sulla classe francese dei giuristi, «composta di famiglie fiere della loro condizione sociale con un treno di vita adeguato e un livello di cultura assai elevato» e – più in particolare – sul legame fra professione giuridica e ricchezza economica, mercé il quale la grande magistratura francese sfuggì alla burocratizzazione (ciò che, invece, non avvenne in Germania), v. *amplius* le splendide pagine di P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München, 1953, 244 ss., spec. 251 ss. Legame il quale ha pure permesso di creare nel Paese quella tipica tradizione di *confiance* e insieme di rispetto nei confronti del diritto che per molto tempo ha contraddistinto il ceto medio francese (lo nota, con il consueto acume, A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, Milano, 1982, 407 s.).

22 V. *amplius*, H. KELSEN, *Théorie du droit international coutumier*, in *Revue internationale de théorie du droit (nouvelle série)*, 1939, 264 ss.

Kultur il sommo Jacob Burckhardt, nelle sue *Considerazioni sulla storia universale*²³) finisce, in un modo o nell'altro, per cercare di allontanarla da sé.

Intuizione (che è pure un *caveat* per chi pone mano alle riforme, specie a quelle processuali²⁴) la quale, ben lungi dal rimanere una proclamazione astratta, trova – dia-cronicamente e sincronicamente – rilevanti conferme sul terreno empirico. Del resto, vale anche qui una fondamentale opzione di metodo (che, in passato, per molti – da Jhering a Goldschmidt, da Betti a Carnelutti – era una regola aurea della *Methodenlehre* e invece, negli studi odierni, anche dei processualisti, mi pare si dimentichi troppo spesso): i modelli e le costruzioni concettuali non sono valori in sé, ma mezzi al fine, se sono infruttuosi o si riguardano come tali, se non possiedono funzionalità operativa ben possono (anzi, devono) abbandonarsi.

2. La 'saisine pour avis' de la Cour de Cassation francese e il suo calco italiano: il nuovo rinvio pregiudiziale 'in apicibus' di cui all'art. 363-bis cod. proc. civ.

Una delle conferme che ritengo più suggestive (ognuno intende che avrebbe poco senso star qui a redigerne un elenco) si rinviene proprio in Francia e precisamente, nelle vicende applicative della *saisine pour avis de la Cour de Cassation*, donde (è notevole osservare) la recente Novella n. 149/2022, inserendo nel nostro cod. proc. civ. l'art. 363-bis sul rinvio pregiudiziale in Cassazione²⁵, ha attinto a piene mani²⁶, sovente

23 V. J. BURCKHARDT, *Weltgeschichtliche Betrachtungen* (pubblicate postume nel 1905 dal nipote J. Oeri, che ha ivi radunato le lezioni tenute dal Maestro all'Università di Basilea negli anni 1868 e 1870-1871, consultabili oggi) in *Das Geschichtswerk*, I, Frankfurt a.M., 2007, 763 ss.

24 Basti pensare, sol per portare un esempio, al nostro art. 360-bis, n. 2) cod. proc. civ. – frutto del fascino esercitato sul legislatore della Novella n. 69/2009 dai filtri di accesso alla Corte Suprema previsti in Austria e Germania – ai sensi del quale il ricorso apicale è inammissibile quando «è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo» (sulla derivazione austro-tedesca dell'art. 360-bis, specialmente del suo n. 2), v. *amplius*, se vuoi, M. MARINELLI, *La recente riforma del giudizio di cassazione e i suoi riflessi sul terzo grado del processo tributario*, in *Giust. trib.* 4/2009, 403 ss., spec. 406 s.). Filtro che, da noi, non ha mai trovato applicazione concreta diventando, così, sin da subito un ramo secco dell'ordinamento processuale, proprio perché sentito, anche e soprattutto dalla prassi, come insignificante rispetto alla nostra comune coscienza giuridica.

25 Art. 363-bis cod. proc. civ. che fa il paio, anche topograficamente, con il precedente art. 363 sul principio di diritto nell'interesse della legge, cui la nuova disposizione si affianca e, nei voti, dovrebbe dar man forte nel rinsaldare i compiti nomofilattici del giudice apicale (con il rischio, così, di alimentare ulteriormente le tendenze ed aspirazioni *culte* o, detto forse meglio, accademiche di una parte dei suoi componenti che, se si ha riguardo a diverse – ormai numerose – decisioni, sovente assumono le vesti dei giudici-giureconsulti lanciandosi, nei loro responsi, in voli pindarici nel cielo dogmatico-sistematico, poco o punto conferenti con il caso concreto da decidere, cui spesso dà l'abbrivio proprio l'art. 363 cod. proc. civ.). Peraltro, già in un passato recente, durante la gestazione di un'altra riforma del giudizio di ultimo grado (avutasi poi con la Novella n. 40/2006), c'era stata la proposta – poi lasciata cadere – di introdurre, ad *instar* della *saisine*, un meccanismo di rinvio pregiudiziale in Cassazione.

26 D'altronde, può dirsi un dato già acquisito in dottrina che la nuova norma si ispiri fortemente alla *saisine* francese (anzi, a mio avviso, ne costituisce in larga misura un calco): v. *ex multis*, C. BESSO, *Le modifiche*

traducendone pedissequamente le norme procedurali, con una sola sostanziale diversità che evidenzierò nel prosieguito (e d'altronde, un discorso simile vale anche per l'Olanda, ossia per il rinvio pregiudiziale alla Suprema Corte – la *Hoge Raad* – contemplato dagli artt. 392-394 del cod. proc. civ., novellati nel 2012, pur se la derivazione francese dell'istituto è qui meno avvertita)²⁷.

In Francia, la *saisine pour avis*, prevista dapprima con riguardo al Consiglio di Stato (art. 12 L. n. 87-1127 del 31 dicembre 1987, oggi art. L. 113-1 del *code de justice administrative*) e poi, nel 1991, estesa alla Cassazione civile (artt. L. 441-1/441-4 del *code de l'organisation judiciaire* e 1031-1/1031-7 cod. proc. civ., come modificati dalla L. n. 91-491 del 15 maggio 1991 e dal Decreto n. 92-228 del 12 marzo 1992) e, nel 2001, pure a quella penale (artt. L. 151-2/151-3 cod. org. jud. e 706-55/706-61 cod. proc. pén., come modificati dall'art. 26 L. del 25 giugno 2001), è stata introdotta (lo testimoniano anche i lavori preparatori) ispirandosi e volendo adattare al contesto francese l'esperienza del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE (se non riesumare con «arcaismo regressivo» – lo notava con sarcasmo Bruno Oppetit²⁸ che non aveva in simpatia l'istituto – addirittura il *rescriptum principis* dei romani²⁹), per garantire meglio (diremmo noi) una nomofilachia preventiva (ritenendosi, dunque, che il ricorso '*dans l'intérêt de la loi*' di cui all'art. 618-1 cod. proc. civ. richiedesse un intervento *ad adiuvandum* sul piano legislativo)³⁰.

Infatti, alle condizioni previste *ex lege* a pena d'irricevibilità, qualsiasi giudice (di primo grado e pure d'appello) dell'*ordre judiciaire*, sentite necessariamente le parti, può chiedere *in apicibus* un parere (un *avis*, appunto) che la corte suprema è chiamata a rendere entro tre mesi, con riguardo a una questione di diritto (dopo la riforma dell'agosto

al giudizio di cassazione, in *Giur. it.*, 2023, 474 ss., A. FABBÌ, *Il rinvio pregiudiziale 'alla Corte'*, in *Judicium*, 4/2023, § 1 e A. BRIGUGLIO, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, in *Judicium* 12/2022, § 1.

27 V. *amplius*, E.S. DAALDER - R. DE GRAAF, *Rome, Luxembourg, Den Haag: de prejudiciële procedure als rechtsvormend instrument*, in *Ars Aequi*, aprile 2015, 324 ss.; A. PERDAEMS, *Vragen Staat Vrij: Prejudiciële Vragen aan de Hoge Raad*, in *Tijdschrift voor formeel Belastingrecht*, 5, luglio 2020, 1 ss.

28 V. B. OPPÉTTIT, *La résurgence du rescrit*, in *Dalloz*, 1991, 105 ss.; v. anche C. COEURET, *Loi n° 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation*, in *Rev. trim. d. civ.*, 1991, 615 ss., che, invece, valuta positivamente il nuovo istituto, nel quale M. DE RIVERY-GUILLAUD, *La saisine pour avis de la Cour de cassation (Loi n. 91-491 du 15 mai 1991 Décret n. 92-228 du 12 mars 1992)*, in *JCP*, 1992, 3576 ss., avverte pure l'eco del *référé législatif* risalente all'età della *Révolution* del 1789 (v. in tal senso, con riguardo al rinvio pregiudiziale alla *Hoge Raad* olandese, anche E.S. DAALDER-R. DE GRAAF, *Rome, Luxembourg, Den Haag cit.*, 331): si tratta, peraltro, di una evocazione che, per varie ragioni, non convince, come mette bene in luce F. ZÉNATI, *La saisine pour avis de la Cour de cassation (loi n° 91-491 du 15 mai 1991 et décret n° 92-228 du 12 mars 1992)*, in *Dalloz*, 1992, 247 ss.

29 Radice romanistica che (in una con quelle – temporalmente molto più recenti – del rinvio pregiudiziale comunitario e consultivo alla Corte EDU) la dottrina olandese discopre, invece, con entusiasmo nello studio del rinvio alla *Hoge Raad*: v. *amplius*, E.S. DAALDER - R. DE GRAAF, *Rome, Luxembourg, Den Haag cit.*, 324 ss. Sul *rescriptum principis* come antesignano storico (anche) del rinvio pregiudiziale italico, v. E.M. BARBIERI, *Brevi considerazioni sul rinvio pregiudiziale in Cassazione: il giudice di merito 'superiorem recognoscens'*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 369 ss.

30 Lo nota M. DE RIVERY-GUILLAUD, *La saisine*, cit., 3576 ss.

del 2015, concernente anche i contratti e gli accordi collettivi) che sia nuova³¹, rilevante per la decisione della causa, presenti una seria difficoltà sul piano esegetico, potendo così, dare luogo a interpretazioni divergenti da parte delle *juridictions de fond* e sia suscettibile di porsi in numerosi giudizi³².

Si tratta – come ognuno può constatare – delle stesse condizioni previste a pena d'inammissibilità dal nuovo art. 363-*bis* cod. proc. civ. il cui vaglio, da noi, è demandato al Primo Presidente della Suprema Corte, investito di una competenza (molto spinta)³³, che chi crede nella competenza cd. 'funzionale' potrebbe ricondurre a questa categoria³⁴.

31 'Novità' della questione di diritto che, invece, non compare tra i requisiti di ricevibilità del rinvio pregiudiziale alla *Hoge Raad*, testualmente previsti dall'art. 392 del cod. proc. civ. olandese: v. E.S. DAALDER - R. DE GRAAF, *Rome, Luxembourg, Den Haag*, cit., 330 ss.

32 Oggi, dopo la riforma della *Cassation* compiuta nel 2016/2017 (sulle cui luci ed ombre, v. F. FERRAND, *La Cour de cassation dans la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle. A propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016*, in *La Semaine juridique*, Ed. gén. n. 52 del 26 dicembre 2016, 1407 ss. e S. AMRANI MEKKI, *Cour de cassation: les modifications de la loi justice du XXIème siècle*, in *Dalloz-actu-étudiant.fr*, 5 gennaio 2017), delle richieste di *avis* è investita la *Chambre* della Corte nella cui competenza rientra la materia cui si riferisce la specifica domanda di parere, intervenendo la Cassazione in composizione simile a quella – solenne – dell' '*Assemblée Plénière*' non più di regola, come invece avveniva in passato, ma solo nel caso di «questioni di diritto trasversali o di primaria importanza»: v. Y. STRICKLER - A. VARNEK, *Procédure civile*³³, Paris, 2023, 405 s.

33 Dalla quale, peraltro, anche avuto riguardo alla *littera legis* (ossia al combinato disposto dei commi primo e terzo dell'art. 363-*bis*), parrebbero restar fuori le pregiudiziali diverse da quelle (rilevanza, novità, serietà e 'serialità' della questione di diritto) ivi espressamente previste, devolute, così, alla competenza del collegio (sezione semplice o sezioni unite): v. in tal senso, con particolare riguardo al tema dell'applicabilità dell'art. 363-*bis* al processo tributario 'civilizzato' ex artt. 1, comma 2 e 62 D.L.g. n. 546/1992, ord. Pr. Pres. Cass., 18 aprile 2023, approvata da A. BRIGUGLIO nel suo *feuilleton* (le cui puntate possono periodicamente leggersi in *Judicium*) sulle prime esperienze applicative dell'istituto; su questo tema specifico, v. anche D. CORRARO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione ex art. 363-bis cod. proc. civ. e la sua possibile estensione al processo tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2024, § 3 ed ivi ulteriori riferimenti.

34 Un concetto – la competenza funzionale – che ha avuto e gode, tuttora, di notevole fortuna, pur avendo allo stesso tempo dei contorni slabbrati, financo evanescenti: lo ha elaborato G. CHIOVENDA che, introducendo i suoi *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, XII-XIV, ne rivendica sobriamente la paternità (peraltro, si tratta di una paternità 'adottiva', giacché il Maestro, a sua volta, ha ricalcato – pur con qualche variazione sul tema: penso, soprattutto, alle ipotesi di cd. 'competenza funzionale territoriale' – il concetto introdotto nella dottrina tedesca da A. WACH, *Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig, 1885, spec. 392 ss.). Un criterio di competenza, per lungo tempo non previsto da alcuna norma positiva (oggi ne fa espressa menzione – in un'ottica prevalentemente 'romano-centrica' – l'art. 14 cod. proc. amm. in tema di 'competenza funzionale inderogabile') che viene affiancato a quelli consueti (materia, valore e territorio) ed è considerato, quasi *naturaliter*, come assoluto e inderogabile (v. per tutti, N. RASCIO, *In tema di competenza funzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 136 ss.). Con tutti i corollari che ne derivano (o dovrebbero discendere) anche sul piano della dinamica processuale, soprattutto, per quanto specificamente interessa il processo civile, in ordine alla applicabilità della disciplina che il cod. proc. civ. detta per le competenze 'forti', dei regolamenti di competenza – ad istanza di parte e d'ufficio – nonché della traslazione della causa dal giudice incompetente a quello competente. Si tratta di una categoria che può dirsi ormai stabilmente accolta, anche se con sfumature e qualche differenziazione, dalla prevalente dottrina e giurisprudenza del processo civile, penale e amministrativo (v., tra gli studi più recenti sul tema, N. RASCIO, *In tema di*

In Francia, però, come tradisce lo stesso sintagma *avis*, quello richiesto e dato dal giudice apicale è (e rimane) un parere che lo *juge du fond* può certamente seguire per l'autorevolezza della sua fonte (anche perché – lo insegna l'esperienza – colui che, pur non essendovi tenuto, ha chiesto consiglio a chi reputa più perito, di solito vi si

competenza, cit., 136 ss.; G.M. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, Milano, 2011, *passim*, spec. 404 ss.; G. D'ANGELO, *Il riparto della competenza nel codice del processo amministrativo: un dibattito ancora aperto*, in *Foro it.*, 2014, 248 ss.) e pure penetrata nella recente legislazione processuale (cfr. l'art. 14 cod. proc. amm.), ma dal perimetro applicativo e – prima ancora – definitorio labile e incerto. Questo vale soprattutto per i cultori del processo civile, i quali – Chiovenda *in primis* – perlopiù definiscono la competenza funzionale ricorrendo a una scialba tautologia: essa sarebbe caratterizzata dal criterio funzionale e così, dalla natura o esigenze speciali delle funzioni assegnate *ex lege* al giudice. *Quid* che, però, è del tutto insignificante, giacché la competenza (non solo per materia, valore o territorio, ma anche funzionale) è, per definizione, sempre attribuzione e quindi, esercizio di funzioni (lo evidenziano, già da molti lustri, alcuni processualpenalisti: v. A. MANASSERO, *Introduzione allo studio sistematico della competenza funzionale in materia penale*, Padova, 1939, spec. 108 ss., 114 ss., 130 ss.; G. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, spec. 135 ss. e soprattutto, S. RICCIO, *La competenza funzionale nel diritto processuale penale*, Torino, 1959, spec. 5 ss., alle cui voci critiche tuttavia – almeno sino ad oggi – la dottrina del processo civile mi pare rimasta perlopiù sorda). Ed è su queste esili radici che – fenomeno curioso – si è ramificata una tanto rigogliosa quanto confusa vegetazione di ipotesi di (ritenuta) competenza funzionale, che tra esse, a ben vedere, hanno ben poco o, talvolta, nulla in comune se non riguardare l'esercizio di particolari funzioni che sarebbero demandate al giudicante. Vuoi perché si tratta di peculiari funzioni svolte dal giudice – o anche da altri soggetti dell'ufficio giudiziario – in fasi diverse della stessa lite; vuoi per il fatto che la legge affida una causa al giudice di un certo foro, giacché (*in thes*) ivi la sua funzione sarà esercitata più facilmente o più efficacemente; vuoi ancora, perché la controversia, per le sue specificità oggettive e/o soggettive, è attribuita alle funzioni di un giudice particolare (o, comunque, diverso da quelli tra i quali, di norma, avviene la distribuzione delle cause). Così, in dottrina e giurisprudenza, si discorre – anche di recente – di competenza funzionale con riguardo a: la competenza in sede di gravame, la competenza del tribunale che ha aperto la procedura di liquidazione sulle azioni scaturenti dalla dichiarazione d'insolvenza *ex art. 32 Cod. Crisi e Insolv. (olim, art. 24 L. Fall.)*, la competenza del tribunale a decidere sulla querela di falso *ex art. 225 cod. proc. civ.*, la competenza del cd. 'tribunale delle imprese', la competenza del giudice dell'esecuzione (ivi compresa quella sulla liquidazione delle spese di procedura e sulle annesse parentesi cognitive) e della tutela cautelare, la competenza sulle controversie in tema di locazione, comodato e affitto *ex art. 447-bis cod. proc. civ.*, la competenza del giudice della separazione a decidere anche sulla domanda di addebito, la competenza del cd. 'tribunale dei minori', la competenza sulle controversie individuali di lavoro *ex art. 409 cod. proc. civ.*, la competenza delle sezioni specializzate per l'immigrazione e più in generale, i rapporti di competenza tra sezioni ordinarie e specializzate del tribunale, la competenza del giudice del merito sulla domanda di condanna per lite temeraria *ex art. 96 cod. proc. civ.* e quella della corte d'appello sull'accertamento dei requisiti per il riconoscimento dei giudicati civili stranieri, la competenza sulla fase decisoria spettante al giudice penale davanti al quale si è svolto il dibattimento, la competenza del giudice che ha irrogato la misura preventiva sul rinnovato esame della pericolosità sociale del soggetto, la competenza del giudice dell'opposizione al decreto ingiuntivo, la competenza territoriale inderogabile *ex art. 28 cod. proc. civ. e 14 cod. proc. amm.*, nonché – in materia di discriminazione – quella del foro del ricorrente ai sensi dell'art. 28 d.lgs. n. 150/2011, la competenza del magistrato e del tribunale di sorveglianza per i provvedimenti da adottare nei riguardi dei detenuti ed internati *ex art. 18-ter ord. pen. e 678 cod. proc. pen.*, la competenza dell'ufficiale giudiziario in tema di notificazioni, i rapporti di competenza tra giudice istruttore e collegio, nonché tra il giudice delle indagini preliminari (g.i.p.) e quello del dibattimento, la competenza della corte d'appello sulla revocazione della confisca penale. L'elenco – una sorta di *Leporello* – potrebbe continuare, *sed de hoc satis*.

attiene)³⁵, ma al quale non è obbligato ad uniformarsi in ragione di un vincolo *ex lege*. Altrimenti, si verificherebbe una crassa violazione del divieto – frutto di una visione 'legicentrica' della separazione dei poteri – di cui all'art. 5 cod. civ.³⁶, con il cui disposto («ai giudici è proibito di pronunciarsi in via di disposizione generale e regolamentare sulle cause a loro sottoposte») si è inteso impedire la riemersione della prassi, corrente sino al 1789 e poi vietata dalla *Loi* del 16-24 agosto 1790, degli *arrêts de règlement* dei *Parlements* dell'*Ancien Régime*, giudici ordinari di ultima istanza, 'croce e delizia' dei sovrani francesi³⁷, invischiati alla *Révolution* che subito li ghigliottinò (detto in senso figurato, *ché* – come scrive Stefan Zweig nella «*Vita di Fouchés*»³⁸ – il tempo in cui la *guillotine* prese a «marciare come una macchina da cucire», sarebbe venuto pochi anni più tardi).

Da noi, invece, è il contrario (ult. comma dell'art. 363-*bis*): la Cassazione, nell'affrontare e risolvere la questione di diritto decide, una volta per tutte, un 'pezzo' della controversia (come fa pure la '*Hoge Raad*' olandese ai sensi dell'art. 394-1 cod. proc. civ.)³⁹. Donde un *ruling* vincolante *in casu* (pur quando il relativo giudizio s'estingua e la domanda sia riproposta) e però, suscettibile inevitabilmente di 'far giurisprudenza'

35 In questi termini, quasi letteralmente, R. LIBCHABER, *La saisine pour avis, une procédure singulière dans le paysage jurisprudentiel*, in *Rev. trim. d. civ.*, 2003, 157 ss., spec. 160 e prima ancora, quanto alla *saisine* del Consiglio di Stato, D. LABETOUILLE, *Ni montre ni appendice: le 'renvoi' de l'article 12*, in *Rev. f. droit adm.*, 1988, 213 ss. In Francia, peraltro, non si rinvergono dati statistici sul numero di volte in cui il giudice che ha chiesto e ottenuto l'*avis* apicale, vi si sia conformato o no: v. *Cour de Cassation – Rapport du group de travail: assemblée plénière, chambre mixte, avis*, Paris, 2021, 68 ove il rilievo (però, solo) empirico che può presumersi che il giudice di merito abbia poi seguito il parere fornitogli dalla Corte.

36 Su questo profilo, v. l'ampia disamina di M. DE RIVERY-GULLAUD, *La saisine*, cit., 3577 ss.

37 Gli '*arrêts de règlement*' dei vecchi '*Parlements*' erano responsi solenni, aventi carattere generale e astratto che vincolavano i giudici inferiori, non disponevano che per l'avvenire e avevano efficacia *erga omnes*, al pari della legge (un po' somiglianti, perciò, all'editto pretorio dei romani: v. per tutti, F. ZÉNATI, *La saisine* cit., 249). Fu l' '*Assemblée Nationale*' ad inserire nel Progetto della legge del 1991 l'inciso – poi divenuto norma – per cui il parere dato dalla '*Cassation*' non vincola il giudice che l'ha richiesto, proprio per riaffermare il divieto degli '*arrêts de règlement*' (v. *amplius*, *Sénat, Rapp. N. 297*, Rudloff, 24 aprile 1991: «*Cette adjonction rappelle le principe de la prohibition des arrêts de règlements*»: critici sull'aggiunta – giacché la *saisine* sarebbe altra cosa rispetto agli '*arrêts de règlement*' – sono F. ZÉNATI, *Op. ult. cit.*, loc. cit., e P. DEUMIER, *La saisine: fixer la jurisprudence en amont?* in *Recueil Dalloz*, 2019, 1622 ss.). Sulla giurisprudenza dei '*Parlements*' – del cui sentimento di orgogliosa indipendenza, a mio avviso, si trova ancora traccia nell'*animus* degli odierni '*juges du fond*' francesi (v. *infra*, § 4) – sono fondamentali gli studi di M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, I, Paris, 1957, 55 ss.; ID., *Histoire de la justice*, Paris (2^e ed.), 1960, 27 ss.; ai quali adde J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor – The University of Michigan Law School, 1968, 273 ss., 305 ss., 362 ss., nonché, sul ruolo dei '*Parlements*' (ora di opposizione ora di promozione) nello sviluppo dell'unità politico-giuridica della Francia, i bei lavori di J. EGRET, *Louis XV et l'opposition parlementaire*, Paris, 1970 e di P. ALATRI, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del Settecento*, Roma-Bari, 1977.

38 S. ZWEIG, *Joseph Fouché*, Paris (Grasset), 1937, 5.

39 In Olanda, il rinvio pregiudiziale interpretativo alla '*Hoge Raad*', previsto inizialmente per le sole cause civili è stato poi esteso – rispettivamente, nel 2016 e nel 2021 – a quelle tributarie e penali: v. A. PERDAEMS, *Vragen Staat Vrij*, cit., 1 s.

negli altri processi – pendenti o successivi – in cui si ponga la questione ‘seriale’⁴⁰ decisa a livello apicale.

Principio di diritto *ex art. 363-bis* che fatalmente è richiesto⁴¹ e dato ‘*en amont*’ e così (questo vale anche per il responso della ‘*Hoge Raad*’ olandese)⁴², spesso senza che il relativo punto controverso sia stato completamente sviscerato dai giudici di merito⁴³. E ciò, non solo *in iure* ma anche con riguardo al complesso fattuale da cui è scaturito (specie se viene in gioco una questione di diritto sostanziale)⁴⁴, con uno stravolgimento della normale dialettica tra le parti davanti al loro giudice naturale⁴⁵. Peraltro, non mi pare che ciò, di per sé, possa dirsi lesivo dell’art. 25 Cost. giacché, in tal contesto, questo stravolgimento è nella ‘*Natur der Sache*’, come insegna, d’altronde, l’esperienza sovranazionale del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE e di quello consultivo – seppur da noi non ancora operante – alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo⁴⁶.

40 La ‘serialità’ della questione è nozione disputata nell’ordinamento olandese, anche per il diverso peso specifico che, avuto riguardo alla stessa *littera legis*, questa parrebbe assumere nel rinvio pregiudiziale civile, da un canto, e in quello tributario e penale, dall’altro: v. *amplius*, con osservazioni critiche su questa polisemia legislativa, A. PERDAEMS, *Vragen Staat Vrij*, cit., 4 s.

41 A fronte del silenzio della legge sul punto, deve ritenersi che il giudice *a quo* goda di ampia discrezionalità sul *quando* richiedere lumi di ermeneutica in sede apicale (v. in tal senso anche A. BRIGUGLIO, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione in Il Processo*, 2022, 947 ss., spec. 952).

42 V. infatti, E.S. DAALDER - R. DE GRAAF, *Rome, Luxemburg, Den Haag* cit., 330 s.

43 Secondo E.S. DAALDER - R. DE GRAAF, *Rome, Luxemburg, Den Haag* cit., 330 s. (a me pare, però, un *wishful thinking* e comunque una notazione un po’ ingenua), il cod. proc. civ. olandese (cfr. l’art. 393-1) porrebbe a ciò rimedio (almeno in parte), prevedendo che, alla fase apicale davanti alla ‘*Hoge Raad*’, possano partecipare anche soggetti diversi (i cd. *amici curiae*: ad es., associazioni rappresentative, enti esponenziali *etc.*) dalle parti della causa in cui è stato disposto il rinvio pregiudiziale, che potrebbero così arricchire o chiarire alla corte suprema il quadro giuridico e soprattutto fattuale del caso (che, in questo stadio del giudizio, è spesso in divenire).

44 Va precisato che l’art. 363-*bis*, comma 1 dispone che il giudice *a quo*, prima di disporre il rinvio, ‘senta’ le parti costituite. Contrappeso che – malgrado la lettera del comma 3 della stessa disposizione non sia affatto chiara in tal senso – dovrebbe, proprio perché tale, considerarsi una condizione di ammissibilità della ‘*Richterklage*’ (al pari della rilevanza, novità, serietà e ‘serialità’ della *quaestio iuris*). D’altronde, lo ‘*juge du fond*’ francese (lo stesso deve fare il giudice di merito olandese, a mente dell’art. 392-2 cod. proc. civ.), prima di chiedere l’*avis* alla Suprema Corte, *ex art. 1031-1* cod. proc. civ., deve consentire alle parti di interloquire per iscritto a pena di irricevibilità della sua richiesta (adempimento su cui la ‘*Cassation*’ non è solita far sconti: v. ad es., *Cass., avis*, 8 ottobre 2007, n. 07-00.012, in *Bull.* 2007 (*avis*, n. 8), *Cass., avis*, 14 gennaio 2013, n. 12-00.014, in *Bull.* 2013 (*avis*, n. 1); nonché, più di recente, *Cass., avis* n. 17-10001 e n. 17-70002 del 27 febbraio 2017, in *BICC* n. 865 del 1° luglio 2017).

45 Che ci sia questo stravolgimento, mi pare innegabile: lo mette in luce, *more solito* incisivamente, C. GLENDI, *Rinvio pregiudiziale in cassazione secondo la progettata riforma della giustizia tributaria*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2022, 565 ss., spec. 568 s., per il quale, inoltre, in tal modo, s’intaccerebbe la garanzia costituzionale del giudice precostituito per legge, giacché il giudice del merito, nel demandare unilateralmente e in corso d’opera la decisione della questione di diritto alla Suprema Corte, finirebbe per spogliarsi della sua naturale *potestas decidendi*.

46 Piuttosto, bisognerà vedere se il gioco vale la candela: ne sembra convinto – al contrario di C. GLENDI, *Rinvio pregiudiziale*, cit., 565 ss. – A. BRIGUGLIO, *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363-bis c.p.c. Prima puntata*, cit., § 5.4. nel testo e in nt. 7.

3. Il flop della 'saisine' nella prassi giudiziaria francese.

È noto – sol che si guardi quanto è messo periodicamente in rete dalla stessa *Cassation* – che la *saisine* conosce un'applicazione pratica se non fallimentare, molto modesta (ci si assesta su una media complessiva di sei/sette *avis* pubblicati nei *Rapports* annuali della Cassazione civile; ancora peggio va per gli *avis* di quella penale)⁴⁷. Ne prendeva atto, facendo un primo bilancio dell'istituto a poco più di dieci anni dalla sua introduzione, Rémy Libchaber⁴⁸, osservando che, avuto riguardo al numero 'ridicolo' degli *avis* forniti, gli scopi avuti di mira dal legislatore francese nell'introdurlo (pomposamente enunciati dall'allora Primo Ministro Michel Rocard⁴⁹, ossia conseguire in prevenzione una assai maggiore uniformità dell'esegesi giurisprudenziale e così, una diminuzione del contenzioso) non potevano dirsi conseguiti, neppure in parte⁵⁰. E lo stesso vale oggi⁵¹.

Infatti, gli '*juges du fond*' si mostrano ritrosi nel chiedere lumi in sede apicale e, a onor del vero, va detto che la '*Cassation*' ci mette pure del suo, dando sovente un bel 'giro di vite' nell'applicare i requisiti di ricevibilità previsti *ex lege*⁵²; a differenza della nostra Suprema Corte che, in questo primo anno di vita del rinvio pregiudiziale, si sta rivelando di manica abbastanza larga nel verificare le condizioni di accesso poste dall'art. 363-*bis* cod. proc. civ. (è l'impressione che si trae esaminando le '*Richterklagen*' sinora proposte e pubblicate sul sito istituzionale della Cassazione in ossequio al nuovo art. 137-*ter* n. 1 disp. att. cod. proc. civ.)⁵³.

In effetti, la '*Cassation*' (civile e penale) è particolarmente rigorosa nello scrutinare il carattere 'di diritto' e la novità della questione sottoposta al suo parere (meno esigente,

47 Compulsando *Cour de Cassation – Rapport du group* cit., 63 s., si evince che, nell'arco di tempo 2010-2020, c'è stata una media di dieci *saisine*, per anno, alla Cassazione civile (su un 30% delle quali – per irricevibilità o altre ragioni – il giudice apicale non ha reso l'*avis*); quanto invece alla '*Cassation pénale*', avuto riguardo allo stesso arco temporale, la media di richieste è, addirittura, di una all'anno (con un 56% di casi in cui la Suprema Corte, per irricevibilità o altre ragioni, non ha reso il parere).

48 V. R. LIBCHABER, *La saisine*, cit., 157 ss.

49 V. B. OPPETTI, *La résurgence du rescrit*, cit., 105.

50 Fatico, dunque, a comprendere per quale ragione, nella *Relazione della Commissione Luiso* (a pag. 74), che ha fatto da apripista all'introduzione del rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis* cod. proc. civ., si definisca «felice» l'esperienza della *saisine* francese.

51 V. per tutti, Y. STRICKLER - A. VARNEK, *Procédure civile*, cit., 406 ss., per i quali, allora, sarebbe stato meglio (cercar di) dare nuova linfa al rinsecchito '*pourvoi dans l'intérêt de la loi*'.

52 V. R. LIBCHABER, *La saisine* cit., 159 ss.; v. anche, nella nostra dottrina, R. GIORDANO, *La 'saisine pour avis' alla Corte di Cassazione francese*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 110 ss., E. SILVESTRI, *La saisine pour avis della Cour de Cassation*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 495 ss., nonché EAD., *Il parere preventivo delle Corti supreme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 873 ss. Meno severo, invece, è il Consiglio di Stato nel filtrare le *saisine* che gli sono rivolte: v. *amplius*, H.-M. DARNANVILLE, *La saisine pour avis du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, in *AJDA*, 2021, 416 ss.

53 Allo stato, siamo a quota ventotto (di cui nove dichiarate inammissibili).

a differenza della giurisprudenza – apicale e di merito – olandese⁵⁴, è nel saggiare la sua serietà e ‘serialità’⁵⁵. Più precisamente, la questione *de qua agitur* deve essere ‘*de pur droit*’ con l’espunzione, così, delle questioni ‘*mêlée de droit et de fait*’ che noi diremmo ‘miste’⁵⁶. Donde, se stiamo agli *avis* sinora resi dalla ‘*Cassation*’, una (leggera) preferenza dei giudici di merito per gli interpelli su questioni procedurali – forse perché qui si ritiene più agevole discernere il ‘diritto dal fatto come l’acqua dal vino’⁵⁷ – piuttosto che di diritto sostanziale (e d’altronde, lo stesso potrebbe avvenire pure da noi⁵⁸, soprattutto se si tiene presente, in una prospettiva inversa, il consolidato orientamento in tema di art. 101, comma 2, cod. proc. civ. che, nel limitare il dovere del giudice di articolare il contraddittorio *inter partes* alle questioni ‘di fatto’ o ‘miste di fatto e diritto’

54 Giurisprudenza che, specie nel rinvio pregiudiziale civile, è piuttosto severa nel vagliare l’importanza e ‘serialità’ della questione di diritto: v. sul punto, con osservazioni critiche, A. PERDAEMS, *Vragen Staat Vrij*, cit., 5 s.

55 Quanto alla ‘*difficulté sérieuse*’, occorre che, dall’esame della richiesta dello ‘*juge du fond*’, si possa ragionevolmente opinare che la questione dia (o possa dar) adito a soluzioni ermeneutiche divergenti: v. ad es., *Cass.*, *avis* del 9 gennaio 2017, in *BICC* n. 863 del 1° giugno 2017, nonché *amplius*, il «*Rapport Matet*» relativo a *Cass.*, *avis* n. 15006 del 18 marzo 2013, in *BICC* 2013. Da noi il comma 2 dell’art. 363-*bis* cod. proc. civ. prevede che l’ordinanza di rinvio rechi la «specifica indicazione delle interpretazioni possibili» e, giacché il secondo comma subisce testualmente la *vis attractiva* del primo (che fissa i requisiti di ricevibilità della ‘*Richterklage*’), mi pare trattarsi di un onere previsto a pena d’inammissibilità. Peraltro, è soprattutto la ‘serialità’ che la *Cassazione* francese vaglia ‘*avec souplesse*’: non occorre che la questione di diritto si sia già posta in un «*vaste mouvement de contentieux*» (come vorrebbe, invece, F. ZÉNATI, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, in *D. Chron.*, 1992, 253-254), fatto che il giudice e le parti potrebbero ignorare o non agevolmente percepire, ma più semplicemente che, in futuro, questa *possa* presentarsi in numerosi giudizi. Dunque, l’art. 363-*bis* cod. proc. civ., nel disporre che la questione di diritto sia «susceptibile di porsi in numerosi giudizi», ha codificato questa interpretazione.

56 V. ad es., *Cass.*, *avis* 12 dicembre 2001, n. 11-00.007, in *Bull.* 2011 (*avis* n. 9). Nelle ‘questioni miste’ – che, come tali, non sono oggetto di *avis* perché riservate al giudice di merito – la ‘*Cassation*’ (a differenza del Consiglio di Stato) ricomprendeva anche quelle riguardanti il cd. ‘*contrôle de conventionnalité*’, ossia la conformità di una norma di legge interna alle convenzioni internazionali di cui è parte la Francia: questo perché la norma convenzionale concreterebbe un ‘fatto’ demandato all’apprezzamento dello ‘*juge du fond*’ (v. *Cass.*, *avis* 8 ottobre 2007, n. 07-00.011, in *Bull.* 2007 (*avis* n. 7)), quanto alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, nonché *Cass.*, *avis* 12 luglio 2017, n. 17-70.009, in *Bull.* 2017, con riferimento alla Convenzione del 1982 dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro in tema di cessazione del rapporto lavoristico su iniziativa del datore di lavoro; v., in senso critico, P. DEUMIER, *Conventionnalité et saisine pour avis*, in *Rev. trim. d. civ.*, 2018, 66 ss., per il quale questo orientamento era pure in conflitto con la posizione della stessa *Cassation* circa le questioni di conformità al diritto europeo di norme di convenzioni internazionali bilaterali stipulate dalla Francia, la richiesta di *avis* sulle quali era, invece, considerata ammissibile); oggi, peraltro (a partire da *Cass.*, *ass. plén.*, *avis* nn. 19-70.010 e 19-70.011 del 17 luglio 2019, approvati dallo stesso P. DEUMIER, *La saisine*, cit., 1622 ss.), la *Cassation* ha mutato orientamento, abbracciando la tesi opposta.

57 V. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris 1997, 78.

58 Rammento che, da noi, il primo caso di rinvio pregiudiziale, di cui all’ord. 2.3.2023 della Corte d’appello di Napoli adita con una domanda di ristoro *ex Legge* Pinto, riguarda proprio una questione processuale, ossia l’applicabilità davanti al giudice di pace – nel rito previsto *ante* Novella n. 149/2022 – del ‘*track*’ decisorio semplificato di cui all’art. 281-*sexies* cod. proc. civ.

rilevate d'ufficio, estromette dal campo applicativo della norma le questioni processuali, appunto perché ritenute di 'puro diritto'⁵⁹).

La necessità, versandosi in tema di una giurisdizione consultiva (che però è) di legittimità, di distillare *la question de droit*, tenendola rigorosamente distante, separata e impermeabile rispetto alle considerazioni di fatto⁶⁰, è qui avvertita a tal punto che la richiesta del giudice di merito (e così, il 'quesito di diritto' ivi formulato) e la risposta della *Cassation* sono strutturate in modo da risultare completamente depurate dai dati fattuali della vicenda di cui è causa. Di qui, *avis* che perlopiù la *Cassation* – già sobria nel redigere i propri *arrêts* (così diversi dalle turgide e ipertrofiche 'sentenze-trattato' del nostro giudice supremo)⁶¹ – correda di una motivazione talmente scarna da sfiorare, in certi casi, afasia⁶².

Quanto alla *question nouvelle*, la cui concretizzazione (com'è normale per i concetti vaghi o elastici) è fatalmente venata di discrezionalità decisoria, può essere tale sia perché concerne norme di legge di nuovo conio⁶³ sia perché, comunque, non è stata ancora affrontata e risolta dallo *juge de droit* (e così, anche pertinente a fonti meno recenti o anche svincolata da uno o più specifici testi normativi e però, mai considerata

59 V. per tutte (anche per suo il nitore espositivo), Cass., 23 maggio 2014, n. 11453, che all'uopo pone pure l'accento sull'ampio spettro di controllo che l'ordinamento prevede per gli *errores in procedendo*, nel sindacare i quali la Corte di legittimità diviene giudice del fatto processuale, avendo conseguentemente accesso alla documentazione litigiosa. Ragione per cui, a mio avviso, in linea di principio, *nihil obstat* – ovviamente quando ne ricorrano anche le altre condizioni – a un rinvio *ex art. 363-bis* pure sulla questione di giurisdizione: in tal senso v. ord. 31.3.2023, n. 428 Corte Giust. Trib. di primo grado Agrigento, approvata da A. BRIGUGLIO, *Esperienze applicative* cit., § 5 e invece, criticata da D. CORRARO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione* cit., § 3, per il quale, data la inscindibile connessione fatto-diritto che la caratterizza, la questione di giurisdizione dovrebbe ritenersi 'mista' e comunque, deducibile solo con il regolamento preventivo *ex art. 41* cod. proc. civ., attorno al quale ruoterebbe un sistema 'chiuso' e così, non etero-integrabile con il rinvio *ex art. 363-bis* (ma allora – soggiungo – lo stesso dovrebbe valere pure per la questione di competenza, arg. *ex artt. 5, 38, ult. comma, 42 e 43* cod. proc. civ.).

60 Sull'evoluzione della dicotomia fatto-diritto nel 'sistema' della Cassazione francese, rinvio all'efficace sintesi di J.-L. HALPÉRIN, *La distinction du fait e du droit dans l'évolution du système français de la cassation*, in *Fatto e diritto nella storia dell'ultimo grado del processo civile europeo (Atti del convegno del 22 dicembre 2017 in memoria di Nicola Picardi)*, a cura di C. Consolo, A. Fabbri, A. Panzarola, Roma, 2021, 21 ss.

61 Sulla differenza – di forma e di sostanza – tra *avis* e *arrêt* della *Cassation* (e del Consiglio di Stato), che poi si riverbera anche sulla diversa strutturazione dei rispettivi atti, v. *amplius*, R. LIBCHABER, *La saisine*, cit., 159 ss. e la tassonomia di F. ZÉNATI, *La portée du développement des avis*, in *L'inflation des avis en droit*, a cura di T. Revet, Paris, 1998, 101 ss. che distingue tra *avis pour régler*, *avis pour juger* e *avis pour interpréter*.

62 In questi termini, R. LIBCHABER, *La saisine*, cit., 162 ss., sulle cui considerazioni s'indugerà un poco *infra* al § 4; v. anche, raffrontando criticamente le decisioni della Cassazione con quelle del Consiglio di Stato, più facondo nel motivare, D. TALLON, *Libres propos sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation française, à partir de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000 (arrêt Perruche)*, in *Estudos em homenagem à D.I. de Magalhães Collaço*, a cura di R.M. de Moura Ramos, Coimbra, 2002, 653 ss.

63 Per il Relatore (Jean-Jacques Hiest) della *Loi* del 1991, che ha esteso la *saisine* alla Cassazione civile, la questione poteva dirsi nuova solo se riferita a un '*nouveau text de loi*' (lo riferisce, H.-M. DARNANVILLE, *La saisine*, cit., 418, nt. 34).

in sede di legittimità)⁶⁴. Ed è proprio nel vagliare il *ne pas encore tranchée* che il giudice supremo è spesso severo⁶⁵, escludendo la novità della questione pur se consti un solo precedente della *Cassation* che l'affronti (anche solo *en passant*)⁶⁶ o se questa risulti oggetto di ricorsi in cassazione pendenti – e così, da decidere⁶⁷ – o ancora, se sulla stessa ci sia un costante orientamento interpretativo dei giudici di merito e, più in generale, che possa farsi ricorso alla *saisine* per provocare *revirement* o comporre conflitti in seno alla giurisprudenza apicale⁶⁸.

4. *E la sua ragione giustificatrice, declinata in termini di 'norme culturali' (con uno sguardo fugace allo stato applicativo del nuovo art. 363-bis cod. proc. civ.).*

Tra i giuristi francesi che guardano con favore a questo istituto per l'*esprit de dialogue des juges* che vi è insito⁶⁹ (qualcuno financo auspica che il legislatore tramuti l'*avis* della Cassazione in un *arrêt* rendendolo vincolante per il giudice di merito che l'ha richiesto)⁷⁰, ci si interroga periodicamente⁷¹ su quali possano essere le ragioni dell'insuccesso o, comunque, della sua scarsa applicazione nella pratica⁷².

64 V. *amplius*, anche per una rassegna e disamina delle diverse soluzioni prospettate in dottrina, M. DE RIVERY-GUILLAUD, *La saisine*, cit., 3578 ss.; G. KEROMNES, *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, in *Gaz. Pal.*, 3-4 dicembre 1997, 2 ss. e H.-M. DARNANVILLE, *La saisine*, cit., 418 ss.

65 Rinvio agli *avis* citati e passati in rassegna soprattutto da H.-M. DARNANVILLE, *La saisine*, cit., 418 ss., cui *adde* *Cass.*, *avis* 14 giugno 1993, n. 09-30.006, in *Bull.*, 1993 (*avis* n. 5), *Cass.*, *avis* 27 aprile 2000, n. 02-00.004, in *Bull.*, 2000 (*avis* n. 2), *Cass.*, *avis* 26 settembre 2006, n. 06-00.010, in *Bull.*, 2006 (*avis*, n. 2) e *Cass.*, *avis* n.7 e n. 8 del 29 settembre 2008, in *BICC* n. 692 del 1° dicembre 2008.

66 Quindi, il primo rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis* cod. proc. civ. (dico quello della Corte d'appello partenopea, adita quale giudice di unico grado ai sensi della Legge Pinto e già citato sopra alla nt. 58) che ha superato il vaglio presidenziale di ammissibilità, in Francia, probabilmente sarebbe stato dichiarato irricevibile, giacché sulla questione rimessa – per stessa affermazione del giudice *a quo* – consta già un precedente apicale.

67 Da noi, invece, avuto riguardo al tenore letterale dell'art. 363-bis («...non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione»), la 'novità' della questione parrebbe venir meno solo con la sua già intervenuta soluzione in seno alla Suprema Corte (lo nota A. BRIGUGLIO, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo*, cit., 952).

68 Sinora, il tema della 'novità' della questione è, nella nostra dottrina, poco arato: se ne occupa soprattutto A. BRIGUGLIO, *Esperienze applicative*, cit., § 6 che ne accoglie in una nozione piuttosto ampia.

69 V. ad es., M. DE RIVERY-GUILLAUD, *La saisine*, cit., 3576 ss.; F. ZÉNATI, *La saisine*, cit., 247 ss.; H.-M. DARNANVILLE, *La saisine*, cit., 416 ss.; P. DEUMIER, *La saisine pour avis: fixer la jurisprudence en amont?*, cit., 2019, 1622 ss.; H. RUIZ FABRI - J.-M. SOREL, in *Droit processuel*¹¹, a cura di S. Guinchard, Paris, 2021, 1401 s.

70 V. *amplius*, anche per gli appropriati riferimenti, *Cour de Cassation – Rapport du group de travail*, cit., 68 s.

71 V. ad es., la fine analisi di R. LIBCHABER, *La saisine*, cit., 157 ss. e, più di recente, Y. STRICKLER - A. VARNEK, *Procédure civile*, cit., 405 ss.

72 Per tentare di dare vitalità all'istituto, alcuni gruppi di lavoro, formati da giuristi teorici e pratici, suggeriscono di ridurre le condizioni di ricevibilità attualmente previste *ex lege*, espungendo, in particolare, la serietà e 'serialità' della questione di diritto e invitano la Cassazione a una maggiore *souplesse* nel vagliare l'ammissibilità delle domande di *avis*: v. ad es., *Cour de Cassation – Rapport du group de travail*, cit., 69 ss. e anche *Le rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030*, Paris – luglio 2021, *recomm. n. 13*.

Forse che in Francia il contenzioso civile è mediamente di breve durata⁷³, sicché si può procedere *sans souci* e attendere, così, che una questione di diritto – quand'anche nuova, 'seriale' e di difficile esegesi – approdi in *Cassation* seguendo il canale ordinario dell'*Instanzenzug* di cui al codice di rito, anziché quello speciale della *saisine*? Mi par di no, la velocità con cui normalmente viaggia un giudizio civile francese non è certo quella di un *TGV*. In effetti, senza avere l'ossessione per i dati statistici (e al tempo stesso, guardandosi dall'incorrere nell'eccesso opposto di un Winston Churchill, che diceva di fidarsi solo delle statistiche che falsificava), se si fa un po' di spicciola analisi mensurale, ad es. comparando i dati forniti dai più recenti *Reports* (2020 e 2022) della Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia, in Francia la durata media di un giudizio civile (specialmente di primo grado e appello) non è di molto inferiore rispetto a quella che c'è da noi (situandosi la Francia, nella non commendevole classifica degli stati europei la cui giustizia civile procede adagio, nelle posizioni alte).

Forse che, allora, il legislatore francese è parco nell'intervenire e, quando lo fa, le sue norme brillano per concisione, ordine e *clarté*? Pure qui, mi par di no. Gli aggettivi che i giuristi (teorici e pratici) francesi usano per il loro legislatore⁷⁴, perlopiù ritenuto garrulo, invadente, confuso e *pasticheur* sono quelli che spesso impieghiamo pure noi (da ultimo, con riguardo alla recente – inutile e pure dannosa – riforma del processo ordinario di cognizione).

A me pare che la ragione del *flop* o, comunque, dello scarso successo della *saisine pour avis* risieda soprattutto nel fatto che è un istituto che il giudice francese, cui pur sono familiari gli strumenti che caratterizzano i rapporti con le Corti sovranazionali (si pensi al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE⁷⁵ o a quello consultivo alla Corte di Strasburgo), sente, *in interiore homine*, lontano da quella che è, ancor oggi, la sua 'cultura della giurisdizione'. C'è infatti – direbbe chi si diletta di psicologismo giuridico – un *quid* latente nella mente (o nelle basi neurali della 'coscienza della giurisdizione') di questo giudicante che qui riaffiora (ce se ne rende ben conto, sol che si scambi due parole sulle vicende applicative della *saisine* con qualche *juge du fond* o *du droit*). Una 'norma culturale' – faccio mia l'intuizione di Mayer con cui ho aperto questo scritto – che, variando la celeberrima metafora del Barone di Montesquieu («Le juge est la bouche

73 È questo il caso dell'Olanda (a giudicare, almeno, dai *Reports 2020/2022* della Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia).

74 V. per tutti, H.-M. DARNANVILLE, *La saisine*, cit., 420.

75 Che peraltro, i giudici francesi (specialmente quelli supremi) dimostrano talvolta di non aver ancora del tutto digerito: v. ad es., CGUE, 4 ottobre 2018, C-416/17 (*Commissione Europea c. Repubblica Francese*), con cui la Corte di Lussemburgo ha, per la prima volta, condannato uno stato membro (appunto la Francia) per inadempimento, nell'ambito di una procedura di infrazione, a causa dell'inerzia di una sua Corte di ultima istanza (si trattava del *Conseil d'état*) nel disporre il rinvio pregiudiziale quale strumento di garanzia dell'uniforme applicazione del diritto europeo.

qui prononce les paroles de la loi»⁷⁶, anch'egli – seppur per breve tempo, ché si liberò della carica appena poté – giudice del *Parlament* di Bordeaux, di cui era Presidente di sezione⁷⁷, si potrebbe formulare sinteticamente così: 'il giudice, nell'attuazione del diritto nel caso concreto, è bocca della legge'.

Discorro di 'norma culturale', anche perché il fatto che il 'parere' della *Cassation* non vincola il giudice di merito (a cominciare da quello che l'ha richiesto) esclude qui in radice qualsiasi possibile conflitto con il precetto costituzionale per cui il giudice è soggetto soltanto alla legge (contrasto che, invece, da noi si è evocato in relazione al *ruling* vincolante di cui all'art. 363-*bis*)⁷⁸.

E allora, gli è che la *saisine* è un istituto che mal s'attaglia alla 'idea' di giurisdizione dell'*homo indicans* francese, soprattutto dello *juge du fond*, che è orgoglioso e geloso delle sue prerogative (anche) decisorie⁷⁹ sin dai tempi dei *Parlements* dell'*Ancien Régime* del cui sentimento di fiera indipendenza l'*animus* degli odierni giudici di merito (talvolta – penso, ad es., al *Tribunal* di Colmar o alla *Cour d'appel* di Aix-en-Provence – financo allocati negli stessi gloriosi edifici in cui sedevano i vecchi *Parlements*), reca traccia. Tanto è vero che ancor oggi, in Francia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 625 e 638 cod.

76 Sulla quale, tra i lavori più recenti, v. il bel saggio di S. DAUCHY, *Le juge, bouche de la loi. A propos de la célèbre métaphore de Montesquieu*, in *Nagoya University Journal of Law and Politics*, CCLVI, 2014, 325 ss.

77 Montesquieu aveva ereditato il ruolo di *Président à mortier* del *Parlament* di Bordeaux, oltre al titolo nobiliare, dallo zio Jean Baptiste de Secondat, carica che, di lì a poco, alienò mantenendo però per tutta la vita il titolo onorifico di 'Président': v. R. SHACKLETON, *Montesquieu. Biographie critique*, Grenoble, 1977, 36 ss.

78 V. M. FABIANI, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 197 ss. e G. SCARSELLI, *Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito*, in *Giustizia insieme*, 5 luglio 2021, per i quali soprattutto il giudice d'appello della stessa causa, in virtù del rinvio in *apicibus* disposto dal giudice del primo grado *ad libitum suum*, si troverebbe, ancor prima di essere investito della specifica questione di diritto, vincolato al responso della Cassazione, venendo così privato *in parte qua* della sua potestà decisoria, in contrasto con il precetto costituzionale della esclusiva soggezione del giudice alla legge e così, con le garanzie di autonomia riconosciute dall'art. 101, comma 2, Cost. Il problema è simile a quello affrontato a suo tempo dalla Corte costituzionale quanto al conflitto, escluso dalla Consulta (v. Corte cost., 25 marzo 1970, n. 50), con l'art. 101, comma 2 (e pure con l'art. 107, comma 3) Cost. dell'art. 546 dell'abrogato cod. proc. pen. Rocco, ai sensi del quale il giudice di rinvio doveva uniformarsi alla sentenza della Cassazione per ciò che concerneva ogni questione di diritto con essa decisa. Mutato quel che c'è da mutare, *la ratio decidendi* di Corte Cost. n. 50/1970, a mio avviso, persuade ancor oggi: la pronunzia giudiziaria si mantiene sotto l'imperio (e l'egida) della legge anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento *in iure* avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza emessa nella stessa causa. Peraltro, pur trattandosi di un tema non perfettamente sovrapponibile, non mi pare che, con riguardo al rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo disposto discrezionalmente dal giudice di primo grado, si sia mai ipotizzato un *vulnus* dell'autonomia decisoria dei giudici delle fasi successive (specialmente di quello d'appello), *sub specie* di violazione dell'art. 101, comma 2, Cost. (né, d'altronde, risulta che in Olanda, dove pure *ex art.* 394-1 cod. proc. civ. il responso interpretativo della *Hoge Raad* vincoli *tutti* i giudici di merito della causa in cui è stato richiesto, si sia prospettata una illegittimità di questa norma, perché lesiva delle prerogative costituzionali del giudicante).

79 V. il suggestivo lavoro di H.J. SCHILL, *Die Stellung des Richters in Frankreich. Eine rechtshistorische Darstellung unter Einbeziehung der Gerichtsverfassung*, Bonn, 1962, 12 ss.

proc. civ., il giudice del (primo) rinvio, conseguente alla cassazione della sentenza, non deve attenersi al principio di diritto formulato *in apicibus*, ben potendo 'ribellarvisi', che è evenienza considerata nient'affatto patologica (e anzi, ritenuta pure coerente con la visione della *Cour de cassation* come «juge des arrêts et non des affaires») ⁸⁰, giacché rimane comunque libero di interpretare le norme di legge rilevanti per la decisione della controversia. E quando, impugnata la sentenza del giudice di rinvio 'ribelle', la Cassazione è convocata in 'Assemblea Plenaria' ai sensi dell'art. 431-6 cod. proc. civ. ⁸¹, per dirimere il conflitto tra giudice di legittimità e di merito, la percentuale di *revirement* della giurisprudenza apicale, che si ha allorché l'*Assemblée Plénière* condivide la diversa interpretazione data dal giudice di rinvio, è significativamente alta ⁸².

Si può dunque comprendere la diffidenza degli *juges du fond* nei riguardi della *saisine* di cui, in questo *milieu* culturale, si tende a lumeggiare soprattutto la *dark side*: un istituto che al postutto rischia di distogliere il giudice di merito dal suo compito di *bouche de la loi*, ossia di attingere dalla legge la norma applicabile alla fattispecie concreta; *juge du fond* che per giunta, nel demandare 'im Werden' la soluzione della questione di diritto alla *Cassation*, finirebbe così per abdicare in modo defatigatorio al suo potere-dovere di decidere ⁸³, in una prospettiva di asservimento o subordinazione al giudice apicale.

Gli è, inoltre, che la *saisine* s'attaglia poco o punto alla stessa 'idea' della funzione della *Cour de cassation* ('vertice' meno 'ambiguo' rispetto all'attuale Cassazione italiana) ⁸⁴, intesa come giudice 'che cassa' ed è sì chiamata a garantire l'uniforme interpretazione del diritto oggettivo, ma solo dopo che le relative questioni giuridiche siano state affrontate e risolte, avuto riguardo alla trama fattuale che le innerva, nelle fasi svoltesi

80 V. per tutti, J. BORÉ - L. BORÉ, *La Cassation en matière civile 2023/2024*, Paris, 2023, 740 ss.

81 Il contrasto tra il principio di diritto enunciato dalla (prima) sentenza cassatoria e la pronuncia del giudice di rinvio che tale principio non ha condiviso disattendendolo, è risolto in maniera vincolante *ex art. 431-6 cod. proc. civ.* dalla stessa *Cour de cassation* in formazione solenne (nel passato dalle sei *chambres* riunite, oggi in 'Assemblea Plenaria', composta dal Primo Presidente della Corte, dai sei Presidenti e i sei Consiglieri decani di Sezione, nonché da un Consigliere per ciascuna delle sei Sezioni: in tutto, diciannove magistrati).

82 In passato, ci si assestava su circa il 40% dei casi (v. J.-F. WEBER, *La Cour de cassation*, Paris, 2010, 72), oggi siamo al 60% (v. *amplius*, *Cour de Cassation – Rapport du groupe de travail*, cit., 22 ss., nonché *Le rapport de la commission de réflexion* cit., *recomm. n. 13*).

83 Sul rischio innegabilmente connesso anche al nostro art. 363-*bis* cod. proc. civ. di una 'deresponsabilizzazione' del giudice *a quo*, v., con diversità di toni e accenti, G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della giustizia civile: il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale*, in *Judicium*, § 1; B. CAPPONI - A. PANZAROLA, *Questioni e dubbi sulle novità del giudizio di legittimità secondo gli emendamenti governativi al d.d.l. n. 1662/XVIII (breve contributo al dibattito)*, in *Giustizia insieme*, § 1; F. SANTAGADA, *Rinvio pregiudiziale in cassazione (art. 363-bis c.p.c.)*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, Pisa, 2023, 525 ss., nonché C. GLENDI, *Rinvio pregiudiziale in cassazione* cit., 568 s.

84 V. J.-L. HALPÉRIN, *La distinction du fait e du droit* cit., 37 ss., per il quale *modus et mens indicandi* degli attuali consiglieri di Cassazione non sono molto diversi da quelli delle prime generazioni dei componenti del *Tribunal* e poi della *Cour de cassation*, rimanendo il giudice apicale francese un «*Tribunal de la loi* molto più simile alla Corte di Giustizia europea o a una Corte costituzionale che alla *Supreme Court* statunitense, inglese o indiana».

e conchiusesi davanti ai giudici del merito (e non, invece, a ingessare l'evoluzione della giurisprudenza intervenendo *en amont* in corso d'opera). E allora, nell'estrema stringatezza con cui la *Cassation* suole redigere i propri 'pareri'⁸⁵ – che un 'estraneo' è indotto a bollare come segno di aridità o financo sciattezza motivazionale – chi respira e conosce questo *milieu* scorge soltanto una naturale e placida ratifica di un siffatto modello culturale⁸⁶.

Infatti, la possibilità di avere nel giudice apicale una guida realmente coerenziatrice della giurisprudenza⁸⁷, l'esigenza di dare una guida logica (talora di vera politica del diritto) alla esperienza decisoria esigono sì principi di diritto, i quali però siano costantemente forgiati e riforgiati nella fucina di sempre diverse questioni di fatto, rielaborati e cesellati alla luce di casi clinici e dell'esperienza in situazioni conflittuali⁸⁸. Queste condizioni sovente non si danno allorché lo *juge du fond, motu proprio* e in corso d'opera, chiedi lumi esegetici *in alto loco*, specie a fronte di questioni di diritto scaturenti da norme di nuovo conio, le quali spesso esigono un minimo rodaggio che solo la prassi – formando e affinando gli indirizzi interpretativi – può garantire. Ecco, dunque, il perché di una motivazione scarna e non diffusa a corredo del 'parere', di una sobria e quasi asettica 'proposta' interpretativa («*mihi videtur, ce m'est à vis*») e non di un principio di diritto da seguire, calato subito e imperiosamente dall'alto (che per giunta potrebbe impedire ogni gradualità nell'assimilare le nuove norme)⁸⁹.

A ben vedere, è pure il frutto di questa visione del ruolo della *Cassation* quella *règle non écrite* introdotta pretoriamente⁹⁰, per cui sulla *saisine* si ha un 'non luogo a procedere' se la relativa questione di diritto è già oggetto di ricorsi in cassazione pendenti (ancora) da decidere⁹¹. In questo contesto (in cui si privilegia un *approche contentieuse*), tra *pourvoi* e *demande d'avis* – e così, tra *arrêt* e *avis* – non ci può essere concorso o equivalenza (come, invece, parrebbe verificarsi da noi per il ricorso e il rinvio pregiudiziale in Cassazione

85 V. *supra*, § 3.

86 V. *amplius*, R. LIBCHABER, *La saisine*, cit., 160 ss. D'altronde, la «regola» che agli estranei spesso sembra non intellegibile (o peggio, una «schiavitù») chi è del «gruppo» la comprende e maneggia «con perfetta libertà e naturalezza», come osserva O. SPENGLER, *Der Untergang des Abendlandes*, Band II, München, 1920, 428 ss.

87 Che poi, è il senso dell'esoterico sintagma 'nomofilachia' (del tutto sconosciuto alle altre legislazioni contemporanee) che Calamandrei importò dall'Atene periclea, ove i 'nomofilaci' (letteralmente: custodi della legge) erano i magistrati depositari del testo ufficiale della norma giuridica chiamati ad assicurarne la stabilità e l'osservanza (v. A. BISCARDI, *Nomophylakes*, in *Nov. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 312 ss., ed ivi ulteriori riferimenti di fonti e letteratura, nonché ID., *Diritto greco antico*, Milano, 1982, 72 ss.).

88 V. in tal senso, incisivamente, R. LIBCHABER, *La saisine*, cit., 159.

89 V. *amplius*, le acute riflessioni di R. LIBCHABER, *La saisine*, cit., 160 ss., per il quale, inoltre, chi deplora la *faiblesse argumentative* o financo il *mutisme* dei pareri resi dalla *Cassation*, non comprende che, quanto a forma e sostanza, altro è l'*arrêt* e altro è l'*avis*.

90 V. *supra*, § 3.

91 V. R. LIBCHABER, *La saisine*, cit., 160 ss., ove anche il rilievo che una quantità «*non négligeable*» di casi in cui la Cassazione decide di non provvedere sulla richiesta di *avis* si basa su questa regola *præter legem*.

ex art. 363-bis cod. proc. civ.)⁹², ma il primo è considerato poziore rispetto alla seconda, giacché «c'est dans la fournaise des faits que la Cour forge ses arrêts; quant à ce que l'on nomme la jurisprudence, ce n'est rien d'autre que le résidu des arrêts, une fois la situation litigieuse refroidie» (come scrive Libchaber – le cui suggestive parole, per una volta, riporto nella lingua originale – in quello che, a mio giudizio, è lo studio più meditato, originale e profondo sulla *saisine pour avis de la Cour de cassation*)⁹³.

C'è allora da chiedersi se il nostro rinvio pregiudiziale (operante a far data dal 1° gennaio 2023) sia destinato ad avere, nella prassi, miglior o identica sorte rispetto al suo antesignano d'Oltralpe⁹⁴. A tal proposito, mi pare indubbio che pure la nostra 'cultura della giurisdizione' si nutra dell'idea del 'dialogo'⁹⁵ anche fra le corti interne⁹⁶ (come d'altronde avviene ormai da tempo nei i rapporti fra giudici nazionali e sovranazionali e financo tra le stesse corti sovranazionali⁹⁷) che è insita nel nuovo rinvio pregiudiziale (e, ancor prima, nella *saisine* francese)⁹⁸. E mi sembra parimenti indubbio che, a differenza della dialettica tra il 'libertario' *juge du fond* e la *Cassation* francesi, che l'esperienza del primo rinvio dopo la cassazione della sentenza e della stessa *saisine* dimostra essere equi-ordinata⁹⁹, da noi il dialogo tra il giudice di vertice e quello di merito non possa

92 V. *supra*, § 3, nt. 67.

93 V. R. LIBCHABER, *La saisine*, cit., 159.

94 Ché avere peggior sorte, sol che si ponga mente al numero di *avis* della *Cassation pénale* (in media, uno all'anno: v. sopra, § 3, testo e nt. 47), sarebbe oltremodo arduo!

95 Su questo *nouveau principe structurant* v. per tutti, H. RUIZ FABRI - J.-M. SOREL, in *Droit processuel*, cit., 1399 ss., ed ivi ampi riferimenti di letteratura.

96 Lo mette in luce, con specifico riguardo al rinvio *ex art. 363-bis cod. proc. civ.*, la meditata e brillantemente redatta ord. 31.3.2023, n. 428 Corte Giust. Trib. di primo grado Agrigento, già menzionata sopra (v. § 3, nt. 59): «l'istituto introdotto dall'art. 363-bis si basa su un *nuovo* bilanciamento fra i poteri riconosciuti alla giurisdizione di merito e di legittimità□, rispetto al quale alla compressione di potere decisorio cui il giudice remittente decide, per un verso, di sottostare nell'esercizio delle prerogative che, come giudice, la legge gli attribuisce fa da contrappeso, per altro verso, una forte espansione del ruolo di impulso dello stesso giudice di merito, individuato come *parte* di un sistema giustizia nel suo complesso che non è più soltanto funzione dello Stato diretta all'attuazione del diritto nel caso concreto, ma sempre più servizio pubblico nel quale le risorse destinate alla soluzione della singola controversia possono offrire beneficio per il soddisfacimento di un più ampio compendio di esigenze individuali, di cui sono portatori altre parti di altre controversie che pongono temi di indagine omogenei. E allora, il giudice di merito che si accosta al rinvio pregiudiziale, nel demandare la decisione della questione alla Corte di cassazione, non compie un atto che lo deresponsabilizza. Anzi, ne accentua la responsabilità□ (anche nel prospettare al giudice apicale la 'specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili') in un contesto che vede il richiedente ed il decidente, coinvolti attivamente in un *dialogo* pari-ordinato nel quale ciascuno è chiamato a porre dei tasselli indispensabili per un esito idoneo a svolgere un ruolo di effettività della tutela giurisdizionale. Insomma – per usare il linguaggio degli economisti – un'idea di giustizia non più ispirata anche alla logica di dualismo competitivo ma a quella di un *pluralismo cooperativo tra giudice di merito e giudice supremo*».

97 Al tema ha dedicato studi mirabili NICOLÒ TROCKER, che li ha raccolti in ID., *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011.

98 V. per tutti, H. RUIZ FABRI - J.-M. SOREL, in *Droit processuel*¹, cit., 1399 ss.

99 Rinvio alle belle pagine di R. LIBCHABER, *La saisine*, cit., 157 ss.

certo dirsi *tra pari*¹⁰⁰, caratterizzandosi invece per una totale ed immediata supremazia del primo sul secondo (la quale permea di sé l'art. 384, comm. 1-2 e lo stesso art. 363-*bis*, ult. comma, cod. proc. civ. che, infatti, riannodano alla decisione o al responso interpretativo della cassazione un'efficacia vincolante nel giudizio in cui sono resi).

Anzi, a ben vedere, il nuovo rinvio pregiudiziale, specie se allargato (*ope legis* oppure *ope iudicis*) anche ad altri riti (come il tributario)¹⁰¹, rischia da un canto di accentuare il ruolo egemonicamente apicale della Cassazione e, d'altro canto, d'incrementare – con tutti gli inevitabili annessi e connessi – l'enorme mole del carico di pendenze insolute che l'affligge e al quale, almeno sino ad ora, la Corte, essenzialmente per incapacità organizzative, non ha saputo porre rimedio¹⁰². Peraltro («*sia merito, sia caso*»), se stiamo ai rinvii pregiudiziali pubblicati sul sito istituzionale della Cassazione *ex* art. 137-*ter* n. 1 disp. att. cod. proc. civ. (vertenti su questioni – e questioncelle! – dell'indole più varia)¹⁰³, mi pare che, in questo suo primo anno di vita, la '*saisine* all'italiana' – con riguardo alla quale, a differenza di quanto avviene in Francia (e pure in Olanda), la legge non dispone alcun termine per rendere il responso apicale¹⁰⁴ – abbia avuto un buon riscontro presso i giudici di merito. A questo, per giunta, fa da *pendant* una certa qual liberalità nel vaglio presidenziale delle condizioni di ammissibilità previste dall'art. 363-*bis* cod. proc. civ.¹⁰⁵.

Il futuro ci dirà se son rose o fuochi di paglia, in particolare se la Cassazione, magari a fronte di una ritenuta iperattività nell'uso del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici di merito, si farà più – o financo esasperatamente – severa nel verificarne le condizioni di ricevibilità, similmente a quanto avviene per il ricorrente principale e incidentale (come insegna, ad es., l'esperienza del 'quesito di diritto' di cui all'abrogato art. 366-*bis* cod. proc. civ. e del principio di 'autosufficienza' del ricorso, su cui la Novella n. 149/2022 è intervenuta con un ritocco dell'art. 366 n. 6 cod. proc. civ., fors'anche nel tentativo di evitare ulteriori bacchettate da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo)¹⁰⁶.

100 Al contrario, dunque, di quel che (ingenuamente) opina il giudice tributario agrigentino, nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale citata sopra (v. § 3, nt. 59 e, in questo §, la nt. 96).

101 Il tema – come si è già osservato – è attualmente *sub iudice*: v. sopra, § 2, nt. 33.

102 Lo nota perspicuamente C. GLENDI, *Rinvio pregiudiziale*, cit., 568 s.; nello stesso senso, in buona sostanza, anche B. CAPPONI, *È opportuno attribuire nuovi compiti alla Corte di Cassazione?* in *Giust. Ins.*, 2021.

103 Un campo in cui l'art. 363-*bis* potrebbe essere davvero utile concerne le questioni di diritto intertemporale che sovente si pongono con riguardo a riforme di (più o meno) ampio raggio: penso – sol per citare casi recenti – a quelle relative al processo di cognizione ordinaria, scaturite dalla norma transitoria di cui all'art. 35 della Novella n. 149/2022, nonché alle varie questioni poste dal Cod. Crisi e Insolv. e già oggetto di esegesi divergenti da parte dei giudici del merito (ad es., se il nuovo – più restrittivo termine – per l'esdebitazione si estenda ai fallimenti vecchi).

104 Termine che, d'altronde, quand'anche fosse espressamente previsto *ex lege*, considerato pure il carico di lavoro della nostra Suprema Corte, sarebbe – *ça va sans dire* – 'canzonatorio'.

105 V. sopra, § 3, testo e nt. 53.

106 Com'è ormai noto, la Corte di Strasburgo, con sentenza del 28 ottobre 2021 (*Succi c. Italia* - n. 55064/11), pur legittimando il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, nel caso di specie ne

ABSTRACT: Lo studio indaga le vicende applicative della *saisine pour avis* de la Cour de cassation, antesignana francese del rinvio pregiudiziale interpretativo alla nostra Suprema Corte di cui al nuovo art. 363-bis c.p.c. All'analisi fa da sfondo la suggestiva tesi di Max Ernst Mayer sulla norma giuridica come 'norma culturale'.

PAROLE CHIAVE: Norma giuridica – Cultura – Giurisdizione – Processo – Suprema Corte – Rinvio pregiudiziale.

ha stigmatizzato *ex art. 6 § 1 CEDU* l'applicazione, ritenuta eccessivamente sproporzionata e formalistica.

Lorenzo Locatelli*

L'AVVOCATO NEL PROCESSO TRA RITO, RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE
E CONCESSIONI AL RISARCIMENTO DELLA 'CHANCE' PERDUTA

SOMMARIO: 1. Le insidie del processo di cassazione e la qualità dell'avvocato. – 2. La ricostruzione del nesso causale in ambito civile e l'aumento del contenzioso per responsabilità professionale dell'avvocato. – 3. La perdita della 'chance' di vincere un processo. – 4. L'incertezza sull'esito diventa danno risarcibile: la perdita di 'chance' come alternativa al 'tutto o niente'. – 5. La sostenibilità del risarcimento del danno da perdita di 'chance': la soglia di serietà e la minaccia proporzionale.

1. *Le insidie del processo di cassazione e la qualità dell'avvocato.*

Se il vincolo di queste riflessioni è votato a contribuire allo sviluppo di un pensiero sul giudizio in Corte di cassazione, luogo elettivo in cui si compie il percorso di scoperta del precetto giuridico, non si può dimenticare come il processo di legittimità sia diventato sempre più complesso e foriero di pericoli di responsabilità professionale per l'avvocato¹.

Spesso si discorre, credo senza sufficienti ragioni, del numero degli avvocati come uno dei fattori della richiesta elevata di giudizi di legittimità in Italia; non si risparmiano, in queste dissertazioni, paragoni con altre realtà, evidenziando ad esempio come in Francia e in Germania gli avvocati abilitati ad agire avanti alla Corte di cassazione siano in numero talmente esiguo (rispettivamente 50 e 100) da far, comprensibilmente, riflettere sull'opportunità di vedere 55.000 iscritti al nostro Albo speciale.

In linea generale, poi, spesso si tende a discutere dei mali della nostra giustizia ponendo come riferimento suggestivo, per spiegare le ragioni dei nostri disagi, anche il numero degli avvocati, legandosi al pensiero, ormai stucchevole², che se ci sono troppi avvocati ci saranno sempre e comunque troppi processi, anche in Corte di cassazione³, così imponendo un eccesso di lavoro (i numeri non sono discutibili, sia chiaro) che impegna la magistratura superiore in questioni evitabili, finendo col togliere energie alla costruzione di principi, interpretazioni e, ancor più, del diritto vivente.

* Avvocato civilista in Padova; professore a contratto di Diritto delle assicurazioni private nell'Università di Bologna.

1 Per un orientamento generale sulla responsabilità professionale, si rinvia a G. FACCI, *La responsabilità civile del professionista*, Padova, 2006.

2 Sin da oltre un secolo ci si domanda se il numero degli avvocati sia eccessivo; il rinvio è, quasi scontato, a P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati*, Firenze, 1921.

3 Si veda la critica di D. VARI, *Troppi avvocati cassazionisti, per questo la giustizia è lenta*, in *Il Dubbio*, 12 gennaio 2022.

Credo, però, non sia corretto affrontare il problema sul piano, certo stimolante ma a dir poco incompleto⁴, del mero impatto numerico dell'avvocatura. Meglio, ritengo e se vogliamo rimanere sull'argomento del difensore, pensare anche a quello della qualità e della specificità dell'avvocato cassazionista, abilitazione che in Italia per anni si è ottenuta con il semplice passare del tempo, come se l'esperienza di poco più di un decennio acquisita presso i giudici di merito possa portare un professionista ad automaticamente qualificarlo a giocare in un ruolo, in realtà, completamente diverso.

Le carte intestate con l'indicazione 'cassazionista' si sprecano ma sarebbe interessante indagare su quanti, effettivamente, pur vantando il titolo, possano dirsi realmente tali, dal momento che il processo per cassazione si propone come un percorso non solo peculiare ma anche irto di ostacoli.

Non è un caso, sicuramente, che nel 2022 i processi in Corte di cassazione civile soggetti a declaratoria di inammissibilità abbiano raggiunto il 27,3%, percentuale che si ripete per le sentenze di rigetto, a fronte di un 22,4% di accoglimenti con rinvio e di un 5,4% di accoglimenti senza rinvio (17,7% di diverse soluzioni di definizione). Nel 2021, i processi in Corte di cassazione penale soggetti a declaratoria di inammissibilità hanno, invece, raggiunto il 71,1%, con un 10,2% di sentenze di rigetto, a fronte di un 10,2% di annullamenti con rinvio e di un 7,2% di annullamenti senza rinvio (1,4% di diverse soluzioni di definizione).

Siamo di fronte, quindi, a un processo, quello di legittimità, per sua natura complesso con un muro di statuizioni di inammissibilità che preoccuperebbe chiunque. Nemmeno è difficile, peraltro, reperire decisioni di condanna per responsabilità aggravata causata da motivi generici e indeterminati, da riproduzione delle difese precedenti⁵, dall'insostenibilità del ricorso⁶, da errore grossolano, da violazione dell'art. 366 cod. proc. civ. in relazione al principio dell'autosufficienza⁷ oppure, ancora, con

4 In realtà gli incrementi numerici sono da collegarsi a ben altri fattori, quali, ad esempio, la riforma del contenzioso tributario e quella sui rapporti di lavoro nel pubblico impegno; così P. CURZIO, *Il futuro della Cassazione*, in *Questione giustizia*, 2017, 3.

5 Cass. civ., Sez. VI, 17 luglio 2020, n. 15333. La S.C. ha evidenziato che «sussiste la responsabilità aggravata del ricorrente, ex art. 96, comma 3, cod. pen., per la redazione da parte del suo difensore di un ricorso per cassazione contenente motivi del tutto generici ed indeterminati, in violazione dell' art. 366 cod. pen., rispondendo il cliente delle condotte del proprio avvocato, ex art. 2049 cod. civ., ove questi agisca senza la diligenza esigibile in relazione ad una prestazione professionale particolarmente qualificata, quale è quella dell'avvocato cassazionista».

6 Cass. civ., Sez. III, 14 ottobre 2016, n. 20732, secondo cui «il ricorso per cassazione proposto malgrado la conoscenza o l'ignoranza gravemente colposa della sua insostenibilità, è fonte di responsabilità dell'impugnante ex art. 385, comma 4, cod. proc. civ. (applicabile *ratione temporis*), ovvero ex art. 96, comma 3, cod. pen., rispondendo verso la controparte processuale per avere perorato una tesi sapendola infondata, oppure per non essersi adoperato con la *exacta diligentia* esigibile in relazione ad una prestazione professionale altamente qualificata come è quella dell'avvocato, in particolare se cassazionista».

7 Cass. civ., Sez. trib., 23 maggio 2019, n. 14035: «da proposizione di un ricorso per cassazione in palese violazione dell'art. 366 cod. proc. civ., tale da concretare un errore grossolano del difensore nella redazione dell'atto, giustifica la condanna della parte – che risponde delle condotte del proprio avvocato

riferimento alla 'prosa involuta, difficilmente comprensibile, appesantita da continue e ridondanti ripetizioni'⁸.

L'idea di queste brevi note, che comprendo inserirsi trasversalmente rispetto al tema trattato, è che se la responsabilità dell'avvocato sta vivendo, oggi, un momento di ritrovata energia lo si deve a un insieme di fattori, non solo giuridici ma, anche, sociali.

Il processo per cassazione è per sua natura delicato. Uscendo dai classici schemi del giudizio di merito, esso propone un percorso di contenzioso diverso non solo per quanto concerne le regole ma anche in relazione al metodo e al linguaggio. Di conseguenza, anche i rischi professionali collegati a questo tipo di giudizio presentano caratteristiche peculiari che impongono una riflessione.

2. La ricostruzione del nesso causale in ambito civile e l'aumento del contenzioso per responsabilità professionale dell'avvocato.

In questa situazione, i problemi di responsabilità per l'avvocato aumentano a dismisura per diversi motivi, legati soprattutto al progresso della giurisprudenza nell'ambito della responsabilità contrattuale e, direi, in particolar modo con riguardo alla dimostrazione del nesso causale, vero e proprio scoglio, un tempo, per chi decideva di agire nell'insidioso campo della responsabilità dell'avvocato. Infatti, il criterio della prossimità alla certezza che un diverso comportamento avrebbe condotto all'ottenimento della vittoria in un processo fungeva da imponente sbarramento, tanto che i giudizi di risarcimento nei confronti dei professionisti legali erano considerati vere eccezioni.

Oggi, l'esigenza di convincimento del giudice sul rigoroso presupposto della ragionevole credibilità controfattuale è riservato all'ambito penale, con particolare riguardo ai dettami della sentenza *Franzese*⁹, attraverso un'applicazione reale dell'art. 40 cod.

ex art. 2049 cod. civ. – al risarcimento dei danni per responsabilità processuale aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 3, cod. proc. civ.».

8 Cass. civ., Sez. II, 16 marzo 2023, n. 7600, ha ribadito che l'inosservanza del dovere di chiarezza e sinteticità espone il ricorrente al rischio della declaratoria di inammissibilità. Da rilevare che in alcuni casi la responsabilità viene direttamente attribuita al difensore, come nelle fattispecie di ricorso per cassazione senza conferimento della procura speciale, ove l'attività non può riverberarsi sulla parte e, quindi, il legale assume ogni forma di responsabilità risarcitoria con riguardo alle spese del processo; cfr. Cass. civ., Sez. VI, 28 maggio 2019, n. 14474, secondo cui «nel caso di ricorso per Cassazione promosso dal difensore senza effettivo conferimento della procura speciale, l'attività non riverbera alcun effetto sulla parte e resta attività processuale di cui il legale assume esclusivamente la responsabilità e, conseguentemente, è ammissibile la sua condanna diretta a pagare le spese del giudizio. Nel caso, invece, di invalidità o sopravvenuta inefficacia della procura *ad litem*», deciso da Cass. civ., Sez. VI, 15 aprile 2021, n. 9862, «non è ammissibile la condanna del difensore alle spese del giudizio, in quanto l'attività processuale è provvisoriamente efficace e la procura, benché sia nulla o invalida, è tuttavia idonea a determinare l'instaurazione di un rapporto processuale con la parte rappresentata, che assume la veste di potenziale destinataria delle situazioni derivanti dal processo».

9 Cass. pen., Sez. Un., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Danno resp.*, 2003, 195, con nota di S. CACACE, *L'omissione del medico e il rispetto della presunzione d'innocenza nell'accertamento del nesso causale*, 201; M. CAPECCHI,

pen.; sul versante, civile, invece, come noto la S.C. ha attenuato drasticamente i criteri di ricostruzione del nesso causale in sede di imputazione della responsabilità¹⁰, riferendosi ormai senza spazi d'irregolarità al criterio della sufficienza del predominio della probabilità¹¹.

L'orientamento, ormai comunemente accettato, anche se non immune da osservazioni¹², che porta alla prospettazione dell'esistenza nel campo civile di un livello di valutazione inferiore rispetto a quello che domina il percorso di credibilità razionale¹³, offre una soluzione di causalità che si assesta sulla probabilità relativa o variabile, caratterizzata dall'accedere a una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella pretendibile nel processo penale. Siamo, dunque, di fronte a una logica secondo cui l'accertamento del nesso di causalità materiale si esprime attraverso il concetto della preponderanza dell'evidenza, che costruisce non solo la regola del 'più probabile che non' ma anche quella della 'prevalenza relativa della probabilità'¹⁴.

Le sezioni unite penali sul nesso di causalità omissiva. Quali riflessioni per la responsabilità civile del medico? in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 257; F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 767.

10 È la nota Cass. civ., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 323, secondo cui «quasi certezza (ovvero altro grado di credibilità razionale), probabilità relativa e possibilità sono, dunque, in conclusione, le tre categorie concettuali che, oggi, presiedono all'indagine sul nesso causale nei vari rami dell'ordinamento». Sul tema, sia concesso un rinvio a L. LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del 'più probabile che non'?*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 332.

11 Corte di Giustizia CE, 15 febbraio 2005, n. 12, in tema di tutela della concorrenza, secondo la quale «occorre postulare le varie concatenazioni causa-effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili».

12 M. CAPECCHI, *Dalla perdita di 'chance' alla responsabilità proporzionale (osservazioni a margine di Cass., n. 28993/2019)*, in *Resp. medica*, 2020, 1, 54 ss., richiama un suo lavoro antecedente alla sentenza n. 21619 del 2007, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie 'fatto illecito' a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2003, rilevando come si dovrebbe impiegare la responsabilità per perdita di 'chance' quale paradigma su cui modellare la responsabilità proporzionale, dichiarata «auspicabile evoluzione dell'attuale sistema della responsabilità civile». Si rinvia anche a L. LOCATELLI, *Causalità omissiva*, cit., 332.

13 Da tempo si è posta l'attenzione dell'interprete sia sulla diversa funzione delle regole (polarizzazione sulla pena da una parte e sul danno dall'altra, con riferimenti precisi anche al campo delle assicurazioni sociali e degli infortuni sul lavoro), sia sulla possibilità nel campo civile di rivolgersi alle persone giuridiche, sia sull'applicazione strettamente intesa del principio di legalità in campo penale nonché sul fatto che sul fronte civile si possa ricercare la responsabilità attraverso presunzioni legali o processuali, sia infine sul fatto che nell'alveo civile il nesso eziologico costituisce solo uno dei tanti criteri di imputazione dell'illecito; cfr. V. ZENO ZANCOVICH, *Questioni in tema di responsabilità per colpa professionale sanitaria*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1992, I, 362.

14 Ad esempio, Cass. civ., Sez. III, 6 luglio 2020, n.13872. La prima regola presuppone che, per l'affermazione della verità dell'enunciato, vi siano una o più prove dirette – di cui è sicura la credibilità o l'autenticità – che confermano l'ipotesi, oppure una o più prove indirette dalle quali si possono derivare validamente inferenze convergenti a sostegno di essa. La seconda rileva, invece, nel caso di multifattorialità nella produzione del danno, ossia ove esistano diverse ipotesi eziologiche confermate positivamente dalle prove acquisite nel processo. In tal caso, l'affermazione della verità va ricercata nel grado relativamente maggiore di conferma di un enunciato rispetto ad un altro sulla base delle prove disponibili. Secondo B. ARRIGONI e L. PECCATI, *Diritto e matematica*, in *uniurb.it*, gli esempi a volte portati dalla giurisprudenza

Ci si trova, comprensibilmente, in un ambito di compromesso (non si potrebbe, altrimenti, parlare con una certa libertà di ‘certezza probabilistica’) ove la probabilità viene intesa come relazione logica *baconiana*¹⁵ – facendo riferimento a chi che aveva fatto dell’esperienza il filo conduttore dei propri pensieri – preferendo tale impostazione a quella ‘pascaliana’, connessa al calcolo delle probabilità¹⁶.

Questo diverso approccio ha contribuito alla creazione di un filone di azioni risarcitorie, rendendo anche la professione forense a rischio, non essendo più necessario, in definitiva, dimostrare che con una diversa condotta l’esito del processo sarebbe stato vittorioso, perché è sufficiente provare che più probabilmente che non si sarebbe raggiunto, con il comportamento professionale esigibile, il risultato utile.

3. La perdita della ‘chance’ di vincere un processo.

Come se non bastasse il criterio favorevole di ricostruzione eziologica, ecco che negli ultimi anni ha preso forma una voce risarcitoria che potrebbe, ove utilizzata indiscriminatamente e senza un approccio riflessivo e circostanziato, portare a risultati assai pericolosi per la posizione del difensore e del suo assicuratore obbligatorio¹⁷.

Mi riferisco alla perdita di ‘chance’ e, dunque, al risarcimento non per la privazione del risultato per il cliente, ma per la perdita possibilità di ottenere quel risultato: il danno, insomma, relativo alla lesione del diritto di fare almeno un tentativo per vincere il processo¹⁸ o per ottenere, comunque, un risultato positivo dall’attività professionale.

pecherebbero di poca dimestichezza con la matematica. Il riferimento, in particolare, è a Cass. civ., Sez. III, 21 luglio 2011, n. 15991, secondo cui «esemplificando, se, in tema di danno da trasfusione di sangue infetto, le possibili concause appaiono plurime e quantificabili in misura di dieci, ciascuna con un’incidenza probabilistica del 3%, mentre la trasfusione attinge al grado di probabilità pari al 40%, non per questo la domanda risarcitoria sarà per ciò solo rigettata». Gli Autori evidenziano che, in realtà, l’esempio non si addice in quanto la percentuale del 40% su un totale di ipotesi del 70% sarebbe comunque maggioritaria.

15 Si veda ad esempio Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, secondo cui lo «standard di ‘certezza probabilistica’ in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all’ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l’attendibilità dell’ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma (c.d. *evidence and inference* nei sistemi anglosassoni)».

16 Secondo il pensiero n. 234 di B. PASCAL, trad. Devizzi, Milano, 1949, comunque ogni sforzo argomentativo sull’incerto è positivo: «ma quante cose facciamo per l’incerto! ... Or dunque quando lavoriamo per il domani, e per l’incerto, ci comportiamo ragionevolmente».

17 Si veda, sul tema, L. LOCATELLI, *L’obbligo di assicurazione dell’avvocato*, in *Etica, deontologia e tecnica dell’avvocato*, a cura di G. Bergonzini, L. Locatelli, G. Tieghi, Milano, 2023, 447 ss.; ID., *Assicurazione obbligatoria degli avvocati: le condizioni minime di garanzia*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 2097 ss.

18 G. FACCI, *L’errore dell’avvocato, l’appello tardivo e la ‘chance’ di vincere il processo*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 6, 1376.

Quando parliamo, giuridicamente, di ‘chance’, ci riferiamo a una circostanza in cui si è orientati verso il conseguimento di un’utilità o di un vantaggio rispetto a un contesto precedente. Ci si trova, quindi, di fronte a un’occasione caratterizzata da una possibilità di successo, che tuttavia non deve essere priva di una certa consistenza¹⁹.

Il concetto di ‘chance’ è più specifico dell’abituale traduzione letterale in possibilità, sostantivo subdolo, che si annida nelle esperienze quotidiane e che innesca meccanismi concettuali di ben più ampio respiro, coinvolgendo, ad esempio, la filosofia e la matematica (non per nulla protagoniste in diverse sentenze²⁰). Partendo, infatti, dal presupposto che, nell’esperienza, se qualcosa succede vuol dire che era possibile, la possibilità finisce inevitabilmente per coinvolgere l’attualità e dunque l’esistente, aprendo le porte a campi, come quello delle scelte e delle previsioni, spesso difficili da governare senza il ricorso al compromesso.

Nel diritto, poi, la possibilità, nel senso di ‘chance’ e dunque di opportunità di migliorare qualcosa, è ormai accolta come un bene da proteggere ed eventualmente da risarcire se il soggetto ne viene privato. Il punto di partenza è, dunque, un contesto in cui il soggetto ha un’occasione di migliorare la situazione della propria sfera giuridica (coinvolgendo beni di diversa natura, come il successo processuale), con l’opportunità di cimentarsi in un percorso non sicuro quanto al risultato ma, possibilmente, portatore di evoluzione positiva²¹.

Perdere l’occasione, anche a causa di un errore professionale, di tentare la strada per arrivare a un successo è ormai lesione accettata come voce risarcitoria e si propone storicamente come argomento provocatorio di ampie discussioni. Nel diritto questo avviene, soprattutto, quando si presentano situazioni ove, pur a fronte di una condotta da ritenersi censurabile, la mancanza di certezza (quante probabilità o possibilità si avevano, senza l’errore del difensore, di ottenere una sentenza vittoriosa?) circa l’esser l’attività pretendibile – ma non realizzata – ‘più probabilmente che non’ idonea a ottenere il bene, lascia spazio, in presenza di determinati presupposti, all’intervento di un’autonoma sorgente di risarcimento rispetto al danno da risultato mancato.

Il punto di partenza, purtroppo, di queste analisi, è che si pretende di risolvere efficacemente in diritto temi che già dal punto di vista scientifico appaiono problematici. Con riguardo alla probabilità, in particolare, se nell’ambito filosofico e logico Bertrand Russel amava ripetere che ad essa corrisponde «il concetto più importante della scienza moderna, soprattutto perché nessuno ha la più pallida idea del suo significato», il

19 Si veda M. FRANZONI, *Ancora sul danno da perdita di ‘chance’ non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1088; ID., *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, 85; L. LA BATTAGLIA, *Il danno da perdita di ‘chance’*, in *Danno resp.*, 2019, 364; cfr. anche Cons. Stato, 14 settembre 2006, n. 5323, in www.giustiziaamministrativa.it.

20 Ne sono un esempio Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 841, con nota di F. GRECO, *Le Sezioni Unite ed il limite prescrizione nel danno da emotrasfusioni infette*, 841 ss. e Cass. civ., Sez. III, 21 luglio 2011, n. 15991.

21 Da questo punto di vista, la ‘chance’ si presenta in tutta la sua insicurezza e precarietà; non per nulla, significativamente, la lingua francese utilizza l’espressione *bonne chance* per augurarsi buona fortuna.

matematico Bruno de Finetti alla domanda ‘che cos’è la probabilità?’ era solito rispondere che «la probabilità non esiste»²². Da qui, si comprende che, per quanti sforzi vi siano in diritto nel rincorrere classificazioni e criteri, occorre non perdere di vista il fatto che stiamo trattando di una materia che tormenta per definizione²³.

4. *L'incertezza sull'esito diventa danno risarcibile: la perdita di 'chance' come alternativa al 'tutto o niente'.*

Come sappiamo, nell'arco di un breve tempo segnato da due sentenze fondamentali²⁴, la S.C. ha proposto l'incertezza, se derivante dalla condotta inadempiente, come danno risarcibile²⁵. Viene oggi, infatti, drasticamente respinta la tesi secondo cui la ‘chance’ sarebbe omogenea al bene giuridico finale, la cui lesione potrebbe sussistere a fronte di un grado di probabilità inferiore al ‘più probabile che non’. La vera novità della perdita di ‘chance’ riguarda la modalità del suo riconoscimento nel processo, perché non è più concepita nel senso di conseguenza di un'insufficiente relazione causale con il danno, ma quale vera e propria incertezza eventistica. Incertezza che diventa, quindi, fatto dannoso che, come tale, va sottoposto all'esame del previo accertamento di un nesso causale con la condotta omissiva.

22 Interessanti gli spunti a cavallo tra matematica e diritto di B. ARRIGONI e L. PECCATI, *Diritto e matematica?*, in *uniurb.it*.

23 Non per nulla S. KIERKEGAARD, *Il concetto dell'angoscia*, 1844, collegava l'angoscia dell'essere umano proprio alla possibilità, al poter scegliere.

24 Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, in *Corr. Giur.*, 2018, 904, con nota di B. TASSONE, *La razionalizzazione della 'chance' secondo la Cassazione in prospettiva di comparazione*. La sentenza è stata, poi, ripresa nel Decalogo sulla responsabilità sanitaria da Cass. civ., Sez. VI, 08 novembre 2019, n. 28893, in *Foro it.*, 2020, I, 197, e in *Resp. cin. prev.*, 2020, 1903, con nota di E. BUFANO, *Statuti risarcitori dell'incertezza giuridicamente rilevante: la 'chance' perduta come 'forma dell'acqua' nella tutela anticipata dei diritti inviolabili*. Oggi, il tema della ‘chance’ si trova sciolto da ogni legame con il nesso di causalità diretto verso il risultato, negando la c.d. scala dei gradi di probabilità accertabile, ove la ‘chance’ rispondeva, rispetto alla perdita del bene inteso come risultato positivo, a una descrizione di minore probabilità di avvenimento di qualcosa. Si vedano R. PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità, spunti per una riflessione*, in *Resp. cin. prev.*, 2018, 64; M. CAPECCHI, *Dalla perdita di 'chance' alla responsabilità proporzionale (osservazioni a margine di Cass., n. 28993/2019)*, in *Resp. medica*, 2020, I, 46; V. NERI, *La 'chance' nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in *Urban. Appalti*, 2018, 294.

25 A contorno spesso si postula una distinzione tra perdita di ‘chance’ patrimoniale e non patrimoniale, con differenziazioni proposte sulla base del carattere pretensivo o meno che essa mostra. Da trattare diversamente sarebbe, infatti, il caso (pretensivo) dell'impresa con tutti i requisiti ma esclusa illegittimamente dall'appalto da quello (non pretensivo) in cui si è di fronte ad una situazione negativa del paziente in gravi condizioni e dell'erroneo, od omesso, intervento del medico che lo avrebbe potuto portare alla salvezza anziché alla morte; si veda E. VINCENTI, *I principi della causalità e la perdita di 'chance'*, in *ridare.it*, 2019, 3. Secondo M. FRANZONI, *Ancora sul danno da perdita di 'chance' non patrimoniale*, in *Resp. cin. prev.*, 2021, 1081, «si può distinguere tra ‘chance’ patrimoniale e, in tale ambito, tra ‘chance’ ‘pretensiva’ e ‘chance’ ‘non pretensiva’, e ‘chance’ a carattere non patrimoniale».

Ecco, dunque, che l'incerto stesso diviene protagonista del processo; quello che è stato definito un mero giudizio²⁶ si propone, alla fine, nella veste di evento di danno, aprendo le porte alla risarcibilità. Quindi, nel caso in cui la condotta dell'avvocato non possa dirsi collegata causalmente all'evento di danno da perdita del risultato, perché una diversa condotta non avrebbe, col senno del 'più probabile che non', cambiato le cose, non tutto è perduto; se, infatti, si dimostra che l'errore del legale ha creato uno stato di incertezza sull'esito del processo ove posto il controfatto esigibile, proprio tale incertezza può divenire oggetto di risarcimento.

È significativo che nel percorso innovativo della S.C., non si sia mancato di riconoscere che la perdita di 'chance' si presenta spesso come costruzione tesa a «temperare equitativamente il criterio risarcitorio del cd. *all or nothing*, senza per questo essere destinata ad incidere sui criteri di causalità»²⁷.

Il principio dell'*all or nothing* è intuitivo: se si dimostra nel corso di un processo il nesso causale anche con un criterio di non certezza si vince l'intera posta; se non lo si dimostra, pur residuando un margine d'incertezza, si esce sconfitti. Ecco che se a questa situazione di, pur perentorio, equilibrio si aggiunge il risarcimento da perdita di 'chance', è difficile sfuggire alla critica secondo cui si concede al danneggiato, che non sia riuscito nell'intento di dimostrare il legame causale tra condotta ed evento di danno, di intraprendere una seconda strada, quasi di consolazione, tesa a dimostrare la lesione del diritto di provare un percorso che forniva la possibilità di esito positivo.

Il punto è, invero, che con il ricorso al danno da perdita di 'chance' si è giunti a costruire prospettive di liquidazione pericolose se si concede che un settore (la perdita del risultato) contaminino pericolosamente l'altro (la perdita della possibilità di tentare, senza certezza, di arrivare al risultato).

Abbiamo visto che se la parte lamenta la condotta dell'avvocato e dimostra che 'più probabilmente che non' avrebbe ottenuto la vittoria processuale ottiene la liquidazione del danno in misura integrale (D), nonostante il nesso sia stato accertato con criterio probabilistico ('più probabile che non'). Se, però, la stessa parte non riesce nell'intento principale e dimostra che la condotta professionale le ha fatto perdere il 40% delle 'chance' di vittoria processuale, non può prospettarsi un risarcimento parametrato sulla percentuale delle 'chance' perdute al danno integrale (40% di D). Questo percorso è concettualmente errato perché la 'chance' è bene ontologicamente diverso dal risultato e, quindi, una parametrizzazione non appare possibile in partenza trattandosi di entità differenti. Oltretutto, così facendo si verrebbe a creare una situazione di rischio

26 Secondo P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile, atti illeciti, rischio e danno*, Milano, 2017, 576, la 'chance' non sarebbe un evento ma solo un giudizio, così non potendo assurgere a evento finale di un pensiero eziologico. Osserva, però, M. FRANZONI, *Ancora sul danno da perdita di 'chance' non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1082, che «siamo ormai abituati all'idea di un mondo fenomenico affiancato ad un mondo immateriale».

27 Cass. civ., Sez. VI, 8 novembre 2019, n. 28893, in *Foro it.*, 2020, I, 197, e in *Resp. Civ. prev.*, 2020, 1903.

risarcitorio insostenibile per l'avvocato o per il danneggiante in generale, che dovrebbe alla soglia del 'più probabile che non' versare D (e non la percentuale probabilistica maggioritaria, nemmeno ove con precisione identificabile: ad esempio il 75%) e sotto-soglia corrispondere non 0 (in equo bilanciamento all'*all or nothing*), ma la percentuale di 'chance' perdute rispetto a D.

Il presupposto, quindi, di partenza – se si vogliono seguire gli schemi che sinora hanno sorretto il risarcimento del danno in materie naturalmente incerte nelle quali o si accetta la soluzione proporzionale per ogni fattispecie²⁸ o si cade, come avvenuto sinora, nel compromesso – è che si devono almeno tollerare alcuni accorgimenti per non rischiare di pervenire a soluzioni radicali.

5. *La sostenibilità del risarcimento del danno da perdita di 'chance': la soglia di serietà e la minaccia proporzionale.*

Il problema, quindi, è che occorre rendere, almeno, lo scenario risarcitorio sostenibile, non essendo pensabile che un allargamento delle maglie della perdita di 'chance' porti alla soluzione della sicurezza di concedere comunque qualcosa a fronte dell'integrazione dell'elemento della colpa.

Il primo argine contro un perverso lasciapassare viene offerto dal grado di efficienza della 'chance', la quale per trovare tutela risarcitoria si dice debba essere seria e apprezzabile, non potendosi risarcire la semplice speranza o la 'chance' infinitamente piccola.

Qui i dubbi inesorabilmente si dilatano. Da 0 a 100, escludendo gli estremi, secondo nozioni di matematica e statistica o secondo teorie proporzionali del risarcimento tutto potrebbe chiamarsi probabilità. Tuttavia, nel nostro spazio di riflessione la 'chance' ha da sempre trovato un limite risarcitorio nella propria sostanza, divenendo giuridicamente rilevante solo quella che dimostri di possedere un certo valore²⁹.

Il tema è oggi, economicamente prima che giuridicamente, quasi vitale; si vuole evitare di concedere dignità risarcitoria alla mera speranza (si pensi al processo intentato senza un concreto substrato istruttorio o di diritto) o alla possibilità remota (un'impugnazione contro una sentenza ben motivata e aderente a giurisprudenza ricevuta). È un principio, questo, contrastato da chi anela alla regola proporzionale sempre e comunque della responsabilità, adducendo che la misura della 'chance' perduta

28 È la soluzione che prospetta M. CAPECCHI, *Dalla perdita di 'chance' alla responsabilità proporzionale (osservazioni a margine di Cass., n. 28993/2019)*, in *Resp. Medica*, 2020, 1, 54 ss.

29 Questo avviene sin da Cass. civ., Sez. VI, 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 207, ove si rilevò che spettava al richiedente il risarcimento del danno da perdita di 'chance' provare che la possibilità perduta era superiore al 50%. Ci si trovava, però e all'evidenza, in altra epoca, non ancora segnata dall'approccio al principio del 'più probabile che non'.

sarebbe destinata a riflettersi sulla sola liquidazione del danno, non sull'esistenza del risarcimento³⁰.

Il tema della 'chance' minore è sicuramente affascinante, perché propone riflessioni che inevitabilmente toccano l'esperienza di ciascuno: matematica, sociale, filosofica prima ancora che giuridica. Seguendo un noto teorema, se immaginiamo una scimmia instancabile³¹ cui è concesso di premere a caso i tasti di una macchina da scrivere avendo a disposizione un tempo infinito, esiste certamente la 'chance' di comporre qualsiasi testo prefissato: anche la Divina Commedia. Tuttavia, realtà è che la probabilità di scrivere la sola prima lettera è 1 su 26 (numero dei tasti dell'ipotetica tastiera) che sale a 1 su 676 in relazione alle prime due sole lettere. Poiché la probabilità diminuisce in maniera esponenziale con l'aumentare delle lettere da scrivere, facendo riferimento a sole 20 lettere la 'chance' sarebbe di 1 su 10²⁹ circa, prossima a quella di comprare quattro biglietti della lotteria consecutivamente e vincere ogni volta il primo premio; siamo di fronte, pertanto, a una possibilità infinitesimale che non è, concettualmente, nemmeno da considerarsi 'chance'.

Se il teorema è ben comprensibile e accettabile, è vero anche che siamo abituati a sperimentare che le cose meno attese capitano, che i pazienti peggiori guariscono, che le cause apparentemente scontate hanno un esito diverso e che un allenatore di calcio³² vince la Premier League nel 2016 quando il successo era dato 5.000 ad 1; con meno probabilità – dunque e secondo i bookmakers dell'epoca – di un imminente sbarco alieno o di Elvis Presley ancora in vita.

Il punto è che la *spes contra spem*³³ non ha ragione di accesso all'ambito risarcitorio, perché si è deciso esser degna di considerazione la sola possibilità concreta di pervenire al risultato sperato. La soluzione potrà scontentare i proporzionalisti, ma sicuramente la nostra esperienza ci ha abituati a selezionare i danni che meritano risarcimento dagli altri. Con riguardo ai danni non patrimoniali, ad esempio, è accettato il principio³⁴

30 Per M. CAPECCHI, *Dalla perdita di 'chance' alla responsabilità proporzionale (osservazioni a margine di Cass., n. 28993/2019)*, in *Resp. medica*, 2020, 1, 50, «a fronte di una 'chance' di ridotta entità, avremo un risarcimento di modesto importo, mentre avremo importi crescenti al variare della consistenza della 'chance' perduta fino ad una somma prossima al risarcimento del danno rappresentato dall'avvenimento sperato». L'autore si concentra sul fatto che nel nostro ordinamento non esisterebbe un principio in forza del quale non si debba accogliere una domanda avente ad oggetto un danno minimo.

31 Il teorema divenne famoso grazie alla reinterpretazione data da A. S. EDDINGTON nel suo *The Nature of the Physical World*, 1929: *Se lascio che le mie dita vaghino sui tasti di una macchina da scrivere, potrebbe succedere che la sequenza generi una frase comprensibile. Un esercito di scimmie che battesse per un tempo sufficientemente lungo sui tasti di macchine da scrivere riprodurrebbe prima o poi tutti i libri del British Museum*'.

32 Claudio Ranieri, nel 2016 con il Leicester, conquistò contro ogni previsione un successo che gli valse, oltretutto, il premio come allenatore dell'anno da parte della FIFA, oltre all'inserimento nella *Hall of fame* del calcio italiano.

33 Il richiamo è a San Paolo, nella sua *Lettera ai Romani*, 4, 18, con riguardo ad Abramo che *credette, saldo nella speranza contro ogni speranza*.

34 Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 26973, n. 26974 e n. 26975, in *Resp. civ. prev.*, 2009, con nota di D. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, 76.

che la risarcibilità del pregiudizio presuppone che la lesione superi la soglia minima di tollerabilità, imposta dai doveri di solidarietà sociale, con esclusione dei danni futuri, consistenti in meri disagi o fastidi³⁵.

Il secondo – e forse ancor più fondamentale – punto di sbarramento a un'illimitata e iniqua ammissione del danno da perdita di 'chance' è che essa deve trovare liquidazione, come in precedenza esposto, in un valore che non è proporzionalmente riconducibile al risultato.

Spesso si assiste alla suddivisione della 'chance' in patrimoniale a carattere pretensivo³⁶ e in non patrimoniale a carattere non pretensivo³⁷. La distinzione è stata dichiarata rilevare sul piano degli effetti risarcitori, perché se la 'chance' perduta è patrimoniale sarebbe possibile fare riferimento a valori oggettivi adottando parametri percentuali³⁸; se, invece, la 'chance' perduta è non patrimoniale, la liquidazione dovrebbe risultare esclusivamente dall'applicazione del criterio equitativo.

Il punto è che se si accetta che la 'chance' sia un bene ontologicamente diverso dal risultato, l'operazione di liquidazione della prima attraverso un criterio proporzionale al secondo appare sempre illogica oltre che pericolosa. Partendo dal presupposto³⁹ che la perdita di 'chance' si risolve nel sacrificio di un'opportunità di raggiungere il bene sperato, non si può concettualmente concedere che la sua liquidazione avvenga con il ricorso a un rapporto percentuale al bene fondamentale, diverso perché il risultato è entità che si distingue dalla possibilità di ottenerlo.

Questo ragionamento dovrebbe valere per qualsiasi modello di 'chance' perduta e il principio dovrebbe emergere nel proprio rigore per giungere a distanziare l'interprete dalla tentazione di assumere un approccio di rapporto tra occasione mancata e risultato. Si creerebbe, in questo modo, un sistema risarcitorio non solo concettualmente difficile ma autodistruttivo, perché sarebbe insostenibile per chi è chiamato a gestire

35 Più problematico, forse, il progetto nel campo della perdita di 'chance' patrimoniale, ove tuttavia è indiscutibilmente ammesso il criterio risarcitorio equitativo. Si veda Cass. civ., Sez. VI, 17 novembre 2020, n. 26051, che applica l'art. 1226 cod. civ. al danno patrimoniale con il limite che il giudice abbia previamente accertato che un danno esista, indicando le ragioni del proprio convincimento. Il ricorso alla liquidazione equitativa è quindi ammissibile solo se sia certo (per essere stato debitamente provato da chi si afferma danneggiato) che il bene venuto meno avesse un concreto valore oggettivo, e non meramente ipotetico.

36 Che presuppone una situazione preesistente positiva che non trova il suo sviluppo naturale a causa di un evento negativo, imputabile al danneggiante.

37 Che presuppone la presenza di una situazione negativa il cui naturale decorso non viene impedito dal danneggiante.

38 Secondo Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, «in sede di accertamento del valore di una 'chance' patrimoniale è spesso possibile il riferimento a valori oggettivi e il giudice amministrativo, in alcune sue decisioni, ha adottato il parametro del 10% del valore dell'appalto all'atto del riconoscimento di una perdita di 'chance' di vittoria da parte dell'impresa illegittimamente esclusa».

39 Come visto, separata dal risultato e strutturata in via risarcitoria con la verifica dell'esistenza di un nesso causale tra la condotta dell'autore dell'illecito e una situazione di incertezza: Cass. civ., Sez. VI, 8 novembre 2019, n. 28893, in *Foro it.*, 2020, I, 197, e in *Resp. cin. prev.*, 2020, 1903.

– in un progetto sempre più attuale di distribuzione dei rischi e dei costi sociali⁴⁰ – il debito di prestazione e le sue conseguenze⁴¹.

ABSTRACT: Le riflessioni prendono spunto dalla complessità del processo per cassazione, dal numero dei processi di legittimità in Italia e degli avvocati abilitati alle magistrature superiori, considerando da un lato le altissime percentuali di provvedimenti di inammissibilità e rigetto della S.C. e, dall'altro, l'aumento esponenziale dei casi di responsabilità dell'avvocato. Vengono analizzate le tematiche della ricostruzione del nesso causale nella responsabilità professionale e del risarcimento del danno da perdita di 'chance', con particolare riguardo alla 'sostenibilità' di quest'ultimo nel panorama della responsabilità civile.

PAROLE CHIAVE: Processo – Cassazione – Inammissibilità – Responsabilità – Avvocato – Nesso causale – Perdita di 'chance'.

40 Cass. civ., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 323, ad esempio, richiama il tema della «complessa distribuzione dei rischi, cogliendo l'evoluzione delle strutture e della natura stessa della responsabilità civile che, immaginata, all'epoca della codificazione del 1942, in una dimensione sinergica tra una vera e propria *Generalklausel* (l'art. 2043 cit.) e le successive norme esemplificative, secondo una struttura aperta dell'illecito, ma pur sempre secondo funzionalità di tutela dei (soli) diritti soggettivi assoluti, viene via via 'ripensata' come storia (anche e soprattutto intellettuale) sempre più raffinata, come un problema di diritto vivente da rielaborare incessantemente secondo modelli dettati dalle complesse istanze sociali, in funzione della ricerca di criteri sempre più articolati di attribuzione di un determinato 'costo' sociale, da allocarsi di volta in volta presso il danneggiato ovvero da trasferire ad altri soggetti (sempre più spesso, non necessariamente i diretti danneggiati)».

41 L. LOCATELLI, *Le differenti vesti della 'chance' perduta e i suoi criteri di risarcibilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2360.

Edoardo Cecchinato*

LA ‘IPER-REGOLAMENTAZIONE’ DEI MERCATI:
QUALE RUOLO PER IL GIURISTA DELL’ECONOMIA?

Sommario: 1. Il problema: la ‘sovrabbondanza’ del diritto dell’economia. – 2. Il giurista dell’economia alla prova della iper-regolamentazione: (i) lo svilimento dell’attività ermeneutica. – 3. Segue: (ii) il difficile rapporto con la tradizione. – 4. Quale ruolo per il giurista dell’economia?

1. *Il problema: la ‘sovrabbondanza’ del diritto dell’economia*

«*Corruptissima re publica plurimae leges*» scriveva Tacito nei suoi Annali per rappresentare come la corruzione e la faziosità nella politica della Roma tardo-repubblicana avessero portato alla emanazione di molte, troppe leggi e come tale proliferazione normativa contribuisse a sua volta alla decadenza della Repubblica¹. Tali considerazioni sono spesso richiamate ai giorni nostri e, invero, possono essere riferite ai contesti più disparati, anche a quello del diritto dell’economia, che costituisce l’oggetto delle riflessioni che seguiranno. Infatti, chiunque si approccia a questa materia, trovandosi di fronte ad una miriade di disposizioni di varia natura, non può che chiedersi se l’economia sia *corruptissima* e se tale corruzione sia a sua volta alimentata dalla incessante produzione normativa delle Autorità legislative e regolamentari².

La risposta a questo primo interrogativo sembra essere negativa posto che, da un punto di vista teorico, il diritto dell’economia ha l’obiettivo di sanare le forme di corruzione del libero mercato, ossia «correggere le situazioni di insuccesso o di ‘fallimento

* Dottorando di ricerca in Giurisprudenza nell’Università di Padova.

1 TACITO, *Annali*, libro III, par. 27.

2 Il problema della quantità della normativa economica è stato oggetto di una interessante riflessione da parte di F. SARTORI nella sua relazione su *La formazione accademica del giurista dell’economia* al convegno *Il Diritto Bancario, oggi* tenutosi presso l’Università degli Studi di Padova il 18 maggio 2023, adducendo l’esempio della disciplina comunitaria sull’esercizio dell’attività bancaria: dai quindici articoli della direttiva 77/780/CEE si è passati agli oltre seicento del c.d. ‘pacchetto CRD IV’, costituito dalla direttiva 2013/36/UE e dal regolamento (UE) n. 575/2013. Non si è trattato di *vox clamantis in deserto*, considerato che il problema è da tempo evidenziato in letteratura: ad es., recentemente, le parole di Tacito sono state richiamate con riferimento alla disciplina delle garanzie sui beni d’impresa da P. PISCITELLO, ‘*Corruptissima re publica plurimae leges*: le garanzie sui beni dell’impresa tra evoluzione storica e prospettive future’, in *Riv. dir. comm.*, 2018, II, 219 ss.

di mercato' (*market failures*)»³, siano esse fisiologiche o patologiche⁴. E, invero, alle stesse conclusioni si può pervenire affrontando la questione da un punto di vista empirico, se si rammenta come un approccio liberista al mercato e conseguenti politiche di de-regolamentazione e non-regolamentazione siano stati tra le cause della crisi del 2007, permettendo agli operatori di cimentarsi in pratiche speculative ad alto rischio (prestiti *subprime*, cartolarizzazioni selvagge, abuso della leva finanziaria, *etc.*)⁵: quello «fu il tempo dei 'tecnici', dei 'competenti' ed 'esperti', che, conoscendo le leggi dell'economia, non mostravano bisogno di altre leggi»⁶.

Di contro, la presenza di un robusto apparato normativo ha assicurato la resilienza del sistema finanziario rispetto alla recente crisi pandemica⁷: è sufficiente ricordare

3 Così, delineando sinteticamente ma efficacemente la teoria dei fallimenti del mercato, M. CLARICH, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in *Riv. reg. merc.*, 2020, 231, e pubblicato anche in *Mercati regolati e nuove filiere di valore*, a cura di R. Lener, G. Luchena e C. Robustella, Torino, 2021, 18. In arg., si v. anche R. BALDWIN, M. CAVE e M. LODGE, *Understanding regulation. Theory, strategy, and practice*², Oxford, 2012, 15 ss. e J. ARMOUR, D. AWREY, P. DAVIES, L. ENRIQUES, J.N. GORDON, C. MAYER e J. PAYNE, *Principles of Financial Regulation*, Oxford, 2016, 51 ss.

4 La distinzione tra fallimenti 'fisiologici' e 'patologici' può essere spiegata richiamando la teoria – ed i relativi esempi – del contratto asimmetrico di V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, spec. 279 s.: sarebbe un fallimento fisiologico la naturale posizione di asimmetria di potere contrattuale tra impresa e consumatore; sarebbero fallimenti patologici, invece, le eventuali limitazioni alla libertà contrattuale di una delle parti (si pensi ad es., al vizio del consenso del consumatore ingannato dall'impresa sulle caratteristiche del prodotto o del servizio offerto). In arg., si v. anche M. RABITTI, *Soft law e governance: i fallimenti del mercato e l'esperienza dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, II, a cura di M. Nuzzo, Torino, 2014, 623 s.; nonché, in generale sul problema delle asimmetrie, già M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, *passim*.

5 Richiamando ancora la teoria dei fallimenti del mercato, si può dire che la crisi finanziaria del 2007 sia stata causata da una «*deregulation* selvaggia ovvero [dal] fallimento delle regole (*regulation failure*) prima ancora che [da un] fallimento del mercato (*market failure*)» Così E. BARCELLONA, *Note sui derivati creditizi. Market failure o regulation failure?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, 656; ma sul punto si v. anche M. ONADO, *I nodi al pettine. La crisi finanziaria e le regole non scritte*, Bari, 2009, 18, dove precisa come la causa della crisi non furono «le regole abolite, ma quelle che non [furono] mai state scritte per adeguare la normativa finanziaria a una realtà che stava cambiando con la velocità della luce» (il problema, quindi, non sarebbe stato tanto di de-regolamentazione ma di vera e propria mancanza di regole).

6 Così, N. IRTI, *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1244. In arg., si v. anche le riflessioni di F. CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 e 2009). Il caso italiano*, Padova, 2009, 37 ss.; D. SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2009, 45 ss.; A. BHIDÉ, *An accident waiting to happen: Securities regulation and financial deregulation*, in *What caused the financial crisis*, a cura di J. Friedman, Philadelphia, 2011, 69 ss. e spec. 87 ss.; G. ALPA, *Mercati mondiali in crisi. Ragioni del diritto e cultura globale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, I, 83 ss.; D.W. ARNER, *The global credit crisis of 2008: Causes and consequences*, in *Int. lawyer*, 2009, 91 ss. e G. ROSSI, *Crisi del capitalismo e nove regole*, in *Riv. soc.*, 2009, 929 ss.

7 Va comunque precisato come non siano mancate significative misure di politica monetaria a sostegno del sistema economico e finanziario europeo: a riguardo, si v. G. ROTONDO, *Misure non convenzionali di politica monetaria e intervento straordinario della Banca Centrale Europea durante l'emergenza pandemica*, in *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, a cura di A. Sciarone Alibrandi e U. Malvagna, Pisa, 2021, 129 ss.

come i requisiti di capitale e liquidità imposti alle banche dal c.d. 'pacchetto CRD IV' del 2013⁸ abbiano consentito alle medesime di erogare credito emergenziale a famiglie ed imprese senza compromettere la propria stabilità patrimoniale e finanziaria (peraltro, molte di queste forme di finanziamento sono state imposte dal legislatore, nella consapevolezza – o nella speranza – che il sistema bancario sarebbe stato in grado di sopportarle: basti pensare alle moratorie previste dall'art. 56 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18)⁹.

Una situazione di inefficienza del mercato, quindi, ben giustifica – e, anzi, richiede – un intervento normativo. E scopo di queste riflessioni, infatti, non è quello di criticare questo assunto riesumando tesi liberiste che aspirano al ritorno di quel mercato-*far west* tanto caro a Ronald Reagan, sia nella sua veste di Presidente degli Stat Uniti sia in quella di attore. In sintesi, qui non si vuole criticare la *lex* ma le *plurimae leges*, e, quindi, affrontare il problema dell'adeguatezza qualitativa e quantitativa dell'intervento delle Autorità legislative e regolamentari rispetto alla situazione di inefficienza che aspirano a rimediare¹⁰. Come si è detto, infatti, nel diritto dell'economia spesso si assiste ad una sovrabbondanza normativa (in gergo, 'iper-regolamentazione' o '*over-regulation*'), la quale, come è facilmente intuibile, può costituire un vero e proprio 'freno' per i mercati, sotto più punti di vista¹¹, *in primis* quello dei costi di *compliance*.

8 Il riferimento è alla direttiva 2013/36/UE e al regolamento (UE) n. 575/2013 richiamati *supra* nt. 2, su cui si v. K. ALEXANDER, *Principles of Banking Regulation*, Cambridge (Regno Unito), 2019, 116 ss.; M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*², Padova, 2020, 116 ss.; e C.V. GORTSOS, *The European Banking Regulation Handbook*, I, Londra, 2023, 317 ss. Sulle recenti riforme che hanno investito gli atti normativi appena richiamati, si v. altresì A. BROZZETTI, *La legislazione bancaria europea. Le revisioni del 2019-2020*, Milano, 2020, *passim* e spec. 223 ss.

9 Sul tema, si v. più approfonditamente R. LENER e A. DI CIOMMO, *Le moratorie in tempo di pandemia, in Sistema produttivo e finanziario post Covid-19*, cit., 71 ss.; L.S. LENTINI, *Moratoria dei finanziamenti bancari e criteri di maturazione degli interessi «di sospensione» nel decreto 'Cura Italia': una prima lettura*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, II, 235 ss.; A. URBANI, *La disciplina sulle moratorie e sulle garanzie pubbliche dei finanziamenti bancari tra Covid e post Covid*, in *Banca impr. soc.*, 2022, 157 ss.; e A.A. DOLMETTA, L.S. LENTINI, *I 'costi nascosti' al cliente bancario. A proposito delle 'moratorie Covid'*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 458 ss.

10 Il problema è ben evidenziato da U. MORERA, N. RANGONE, *Regole e regolatori in tempo di crisi*, in *Profili di gestione delle crisi. Il mercato, le imprese, la società*, a cura di C. Patalano e C. Santini, Padova, 2013, 447 ss., pubblicato anche in *Analisi giur. econ.*, 2013, 383 ss.

11 In tal senso, si v. N. RANGONE, *La incidenza della regolazione sull'economia e... viceversa*, in *Diritto ed economia del mercato*, a cura di G. Lemme, Padova, 2014, 407 s., che osserva come «il freno per l'economia suscettibile di derivare da una 'cattiva' regolazione è connesso al numero eccessivo di regole (*over-regulation*), al loro carattere ingiustificatamente gravoso, alla mancanza di chiarezza e comprensibilità. Peraltro, una regolazione ridondante ed oscura moltiplica il contenzioso (anche in ragione della *creative compliance* che viene ad essere facilitata) e finisce per obbligare cittadini ed imprese ad affidarsi a specialisti (intermediari) il cui intervento aumenta i costi della regolazione. Regole di questa natura costituiscono anche un potenziale terreno di coltura della corruzione». Si tratta di problematiche che, invero, in un'ottica di '*better regulation*' dovrebbero essere intercettate dalla c.d. 'AIR', acronimo di 'analisi dell'impatto della regolamentazione', o da procedure equivalenti: a riguardo, si v. sempre N. RANGONE, *Mercati finanziari e qualità delle regole*, in *Banca impr. soc.*, 2010, 55 ss.; e già D. SICLARI, *L'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) nel diritto pubblico: premesse introduttive*, in *Foro it.*, 2002, V, 45 ss.

Per meglio comprendere la portata del problema, si può addurre l'esempio della normativa in materia di prestazione di servizi di investimento, contenuta in una pluralità di fonti di provenienza e natura diversa: il Testo unico della finanza, il Regolamento intermediari di Consob e il Regolamento delegato (UE) 2017/565 della Commissione, tutti riconducibili alla categoria della c.d. 'hard law', ed i recenti *Orientamenti su alcuni aspetti dei requisiti di adeguatezza della MiFID II* rilasciati dall'Autorità Europea degli Strumenti Finanziari e dei Mercati nell'aprile 2023, riconducibili alla c.d. 'soft law'¹², solo per citare gli atti di maggior rilievo¹³. È immediatamente evidente come la *compliance* verso un simile apparato normativo – quandanche costituito da regole attinenti alla condotta dell'intermediario e non direttamente alla sua organizzazione interna¹⁴ – rappresenti una voce di costo non indifferente per gli operatori.

2. Il giurista dell'economia alla prova della iper-regolamentazione: (i) lo svilimento dell'attività ermeneutica.

Una iper-regolamentazione dell'economia rappresenta un problema non soltanto per il mercato ed i suoi attori, ma anche per il giurista. Se questi è uscito dalle aule di giurisprudenza con l'idea che la legge debba essere generale ed astratta¹⁵ e – nella migliore delle ipotesi – raccolta in un codice o in un testo unico, ossia in un corpo normativo

12 'Soft law' e, quindi, non vincolanti, anche se, invero, la *moral suasion* delle Autorità nell'assicurare il rispetto dei propri orientamenti, raccomandazioni ed aspettative da parte dei rispettivi destinatari è piuttosto elevata: sul punto, si v. B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Riv. reg. merc.*, II, 2016, 32 ss.; M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, *ivi*, 53 ss.; M. DE POLI, *Fundamentals*, cit., 70 ss.; M. ORTINO, *Il soft law nella disciplina dei mercati finanziari*, in *Banca impr. soc.*, 2020, 93 ss.; e F. ANNUNZIATA, *The remains of the day: EU financial agencies, soft law and the relics of Meroni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 331 ss.

13 Plessi normativi che, peraltro, sono sottoposti a ripetuti aggiornamenti: ad es., il Regolamento delegato (UE) 2017/565 della Commissione è stato oggetto di ben cinque modifiche, l'ultima delle quali volta a recepire nella prestazione dei servizi d'investimento la questione delle preferenze di sostenibilità della clientela (su cui si v. spec. M. ARRIGONI, *Finanza sostenibile, servizi di investimento e tutela dell'investitore*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, I, 261 ss.). Sul problema del costante aggiornamento della normativa economica si v. anche le considerazioni di R. RORDORF, *TUF e sistema legislativo*, in *Il Testo unico della finanza. Un bilancio dopo 15 anni*, a cura di F. Annunziata, Milano, 2015, 298.

14 Sul punto, si v. le considerazioni di F. ANNUNZIATA, *Intermediari e mercati: introduzione*, in *Il Testo unico della finanza. Un bilancio dopo 15 anni*, cit., 8 s., dove osserva come «da materia delle regole di condotta è ora ben più ricca e articolata, ma la stessa ha assunto una valenza, per taluni aspetti, diversa rispetto a quella originaria: essa, infatti, si pone oggi non soltanto come [...] rilevante sul piano delle prestazioni contrattuali, o nella fase precontrattuale, ma è sempre più uno strumento che plasma anche l'organizzazione interna, l'organizzazione di impresa dei soggetti che operano professionalmente sul mercato, e che rende tale organizzazione direttamente rilevante sul piano del corretto adempimento degli obblighi (precontrattuali o contrattuali)».

15 Sia consentito qui un certo margine di semplificazione, rinviando, *ex multis*, a N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 147 ss. per un'analisi critica del binomio generalità-astrattezza.

organico ed armonico¹⁶; orbene, tale idea è seriamente messa in crisi nell'approccio al diritto dell'economia e alla pluralità di disposizioni che lo compongono (disposizioni dal contenuto estremamente particolare ed altamente tecnico, generalmente sparse in fonti molto diverse tra loro)¹⁷.

L'insofferenza verso un simile sistema normativo era già manifestata dalla migliore letteratura nei primi anni '90, evidenziando come «la materia risulta[sse] disciplinata da un cumulo eccessivo di fonti», da un «alluvione [di] leggi»¹⁸. Sono considerazioni che, invero, oggi possono generare sorrisi se si considera come quel «cumulo eccessivo di fonti» si sia oggi enormemente accresciuto, specie nell'ultimo decennio, sicché, più che di «alluvione [di] leggi», sembrerebbe opportuno parlare di diluvio universale. Basti pensare a come la normativa di settore sia oggi prodotta da una pluralità di soggetti (lo Stato, l'Unione Europea, le Autorità di settore, *etc.*)¹⁹ e a come essa, di conseguenza, si articoli tra diritto nazionale e diritto comunitario²⁰, il primo composto dalla normativa di rango primario e dai regolamenti e dalle aspettative di Banca d'Italia, Consob, Ivass, *etc.*²¹, il secondo costituito da direttive e regolamenti, cui seguono, a cascata, gli atti delegati della Commissione e gli orientamenti delle Autorità europee di vigilanza²².

16 Organicità ed armonia che denotano il nostro Codice civile, come precisato da D. GRANDI nelle premesse alla sua *Relazione alla maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli* presentata nell'udienza del 16 marzo 1942 per l'approvazione del testo del Codice.

17 Il problema – seppur non riferito specificamente al diritto dell'economia – è ben evidenziato anche da N. IRTI, *L'età della decodificazione*⁴, Milano, 1999, 16: «La legge assume ormai le caratteristiche di concretezza e di individualità, che erano proprie del negozio privato: non più canoni astratti e generali di azione, ma risposta a specifici e determinati problemi». Sul punto torneremo ancora nel corso della trattazione.

18 Così, rispettivamente, P. SCHLESINGER, *Mercato finanziario e regolamentazione operativa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1992, I, 722; e G. MINERVINI, *Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione delle leggi*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 5 ss.

19 Condivisibilmente, L. AMMANNATI, *Passato, presente e futuro del modello della rete. Le sue trasformazioni nella governance europea dell'economia*, in *Analisi giur. econ.*, 2018, 330, evidenzia come «nessuno di questi attori è in grado di definire obiettivi precisi e imporre la propria soluzione (con esiti di uniformazione) senza prendere in considerazione il punto di vista degli altri soggetti». Ed infatti, nonostante l'obiettivo di armonizzazione cui aspira il legislatore comunitario, sono numerosi i casi in cui agli Stati membri vengano concesse *'options and discretions'*. In arg., si v. anche M. DE POLI, *Fundamentals*, cit., 54.

20 Sul punto, si v. le considerazioni di A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La certezza del diritto dell'economia tra attività del regolare e attività del giudicare*, in *Analisi giur. econ.*, 2018, 277; S. AMOROSINO, *Il 'puzzle' delle fonti normative del mercato bancario e la 'dialettica circolare' tra le Corti europee e nazionali*, in *Riv. reg. merc.*, 2020, 99 ss.; F. ANNUNZIATA e M. LAMANDINI, *Questo è un nodo avviluppato: divagazioni sulla regolazione del mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, 2022, I, 34 ss.

21 A riguardo, si v. le riflessioni contenute al par. 6 del contributo di G. ROMAGNOLI in *questo Volume*, che rileva come l'articolo della legge sia spesso formulato in modo tale da non poter esprimere immediatamente il comando, perché spesso necessita del completamento/integrazione da parte di 'altre fonti' (regolamenti, atti amministrativi, linee guida).

22 Secondo il procedimento normativo teorizzato da Alexandre Lamfalussy, su cui si v. F. CIRAOLO, *Il processo di integrazione del mercato unico dei servizi finanziari, dal metodo Lamfalussy alla riforma della vigilanza*

La complessità del sistema normativo di cui si discute può essere ben rappresentata dalla disciplina dei requisiti di idoneità degli esponenti aziendali delle banche: ai sensi dell'art. 26 del Testo unico bancario «i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche devono essere idonei allo svolgimento dell'incarico», con la precisazione che essi «devono possedere requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza, soddisfare criteri di competenza e correttezza, dedicare il tempo necessario all'efficace espletamento dell'incarico, in modo da garantire la sana e prudente gestione della banca». Una prima lettura della disposizione citata porterebbe a dire che è tornato «il tempo delle clausole generali»²³. Così non è dal momento che l'ampia portata dei concetti di 'idoneità', 'professionalità', 'onorabilità', *etc.* è precisata nelle oltre venti pagine del decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 169 del 23 novembre 2020, al quale si aggiungono le oltre ottanta pagine della *Guida alla verifica dei requisiti di idoneità* emanata dalla Banca Centrale Europea nel dicembre 2021 per le banche soggette alla sua supervisione, una decina di pagine di *Orientamenti in materia di valutazione dei requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali* rilasciati da Banca d'Italia nel novembre 2023 per le imprese sottoposte alla sua sfera di controllo, il tutto da coordinarsi con il centinaio di pagine degli *Orientamenti sulla valutazione dell'idoneità dei membri dell'organo di gestione e del personale che riveste ruoli chiave* pubblicati congiuntamente dall'Autorità Bancaria Europea e dall'Autorità Europea degli Strumenti Finanziari e dei Mercati nel luglio 2021²⁴... «come se fosse antani» concluderebbe il conte Mascetti.

Non sorprende allora se, per fare riferimento alla normativa bancaria, mobiliare, assicurativa, *etc.*, ormai non si parla più di 'legislazione speciale'²⁵, ma di 'regolamenta-

finanziaria europea, in *Dir. econ.*, 2011, 415 ss.; e, recentemente, M. DE POLI, *Fundamentals*, cit., 55 ss.; e C.V. GORTSOS, *The European Banking Regulation Handbook*, cit., 414 ss.

23 Sia consentito il richiamo – per quanto sensibilmente fuori contesto rispetto alle riflessioni dell'Autore – a S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. prin.*, 1987, 709 ss.

24 Per un maggiore approfondimento sul tema, sia consentito rinviare a G. PRESTI, *Requisiti e criteri di idoneità degli amministratori di banche: il consiglio come giudice di se stesso*, in *Governance e mercati. Studi in onore di P. Montalenti*, II, a cura di M. Callegari, S.A. Cerrato e E.R. Desana, Torino, 2022, 1145 ss., pubblicato anche in *Banca impr. soc.*, 2023, 3 ss.; nonché a G. ALFANO, *Fit e proper nel governo delle banche. Idoneità individuale e adeguatezza collettiva nella prospettiva della diversity degli esponenti*, Bari, 2023, *passim*.

25 Legislazione speciale che, ai suoi albori, era salutata con favore da buona parte della dottrina, forse non immaginando come il fenomeno sarebbe esploso. A riguardo, per dare continuità a quanto scritto nelle premesse a queste riflessioni, merita menzione quanto affermava G. ROSSI, *Una proposta di interpretazione della legge sui fondi di investimento*, in *Riv. soc.*, 1983, 849, con riferimento alla legge 23 marzo 1983, n. 77 sui fondi comuni d'investimento mobiliare: «io credo che il grido di Tacito (*Annales*, III, n. 27) '*et corruptissima re publica plurimae leges*' non debba oggi più essere condiviso, poiché il mutevole e fantasioso evolversi della vita economica impone un'attenzione costante del legislatore al fine di realizzare una disciplina che non può di volta in volta essere unitaria, ma che pur obbedisce più di quel che non si voglia credere a principi uniformi. Non affrontare l'odierna problematica economica attraverso le leggi speciali sarebbe possibile solo riattivando quale fondamentale fonte del diritto la 'natura dei fatti', con unica alternativa la paralisi normativa e pertanto l'anarchia economica».

zione' o 'regulation'²⁶. 'Regolamentazione' perché, come si è visto con riferimento alla disciplina dei requisiti di idoneità degli esponenti bancari, siamo in presenza di un apparato normativo estremamente capillare, che, tendenzialmente, si esprime con regole precise e puntuali, non più per principi e clausole generali²⁷. A riprova di quanto detto, prendiamo a modello la clausola di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 del Codice civile, più volte richiamata anche nella normativa economica, come, ad es., al primo comma dell'art. 183 del Codice delle assicurazioni private, il quale stabilisce che, nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti di assicurazione, le imprese devono «comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati». Orbene, è noto come dalle previsioni del Codice civile dottrina e giurisprudenza abbiano ricavato diversi obblighi di condotta in capo alle parti di una trattativa o di un rapporto contrattuale, come quello informare la propria controparte su circostanze da questa incolpevolmente ignorate e per la stessa determinanti²⁸. Si tratta di una ricostruzione che, tuttavia, sembrerebbe perdere di importanza a causa della premura con cui la normativa settoriale va a delineare, al successivo art. 185, i documenti informativi che devono essere consegnati alla clientela (documenti il cui contenuto è puntualmente precisato da diversi regolamenti tecnici)²⁹.

26 Per richiamare quanto scritto poco fa, siamo in presenza di una «alluvione regolamentare», come afferma M. BARCELLONA, *Il diritto neoliberale dell'economia globalizzata e della società liquida*, in *Europa dir. priv.*, 2020, 759 s.

27 Quanto detto non deve portare a ritenere che principi e clausole generali abbiano perso di importanza, come vedremo meglio *infra* par. 4 e come ampiamente emerso nel corso dell'ottavo convegno nazionale dell'Associazione dei Docenti di Diritto dell'Economia su *Le clausole generali nel diritto dell'economia*, svoltosi a Milano il 2 e il 3 dicembre 2022 (i cui atti sono pubblicati in *Le clausole generali nel diritto dell'economia*, a cura di R. Lener, M. Rabitti, F. Sartori e A. Sciarone Alibrandi, Torino, 2024).

28 In tal senso, si v. Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Giur. it.*, 2006, 1599 ss. e spec. 1601, con nota di G. SICCHIERO, *Un buon ripensamento del S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*, 1602 ss.: la pronuncia citata, consultabile anche nelle banche dati *DeJure* e *OneLegale*, precisa come «l'ambito di rilevanza della regola posta dall'art. 1337 cod. civ. va ben oltre l'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative e assume il valore di una clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica un dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto». Per la dottrina, si v. spec. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, 163 ss.; M. DE POLI, *Asimmetrie*, cit., 359 ss.; e, più recentemente, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 317 ss.

29 Per meglio comprendere l'analiticità con cui viene disciplinata l'informativa – nel caso, quella precontrattuale – può essere utile un breve *excursus* storico sull'evoluzione dell'art. 185 del Codice delle assicurazioni private. Alla data della sua emanazione, esso prevedeva solamente che l'impresa consegnasse al cliente, «prima della conclusione del contratto ed unitamente alle condizioni di assicurazione, una nota informativa», delegando poi IVASS a disciplinare «il contenuto e lo schema» di tale documento così come ad individuare «le informazioni supplementari che sono necessarie alla piena comprensione delle caratteristiche essenziali del contratto». Nell'ultimo decennio, l'apparato informativo si è significativamente arricchito e diversificato, contemplando (a) un documento informativo precontrattuale per i prodotti assicurativi danni redatto, conformemente a quanto stabilito dal Regolamento di esecuzione (UE) 2017/1469 della Commissione; (b) un documento informativo precontrattuale per i prodotti assicurativi vita, redatto

Il risultato è che il ruolo del giurista ed il suo contributo alla creazione del diritto attraverso l'interpretazione risultano fortemente ridimensionati, per non dire sviliti. Il giurista dell'economia diviene una sorta di «*tecnico dei micro-sistemi*: esegeta e organizzatore di un insieme di norme speciali. Provvisto di categorie teoriche e di strumenti razionali, egli si fa 'esperto' dei vari nuclei legislativi. In forza di questa competenza, sarà in grado di fornire prestazioni tecniche, che, insieme con innumerevoli altre, confluiranno verso scopi deliberati dai ceti dominanti. *La scelta degli scopi non gli appartiene più; altri, progettando e decidendo, chiede al giurista un contributo tecnico, che si inserisce nel ritmo della società industriale*»³⁰. Peraltro, tale competenza ben potrebbe essere messa in atto da un sistema informatico, se consideriamo i progressi dell'intelligenza artificiale degli ultimi anni³¹.

3. *Segue: (ii) il difficile rapporto con la tradizione.*

Al di là di un possibile ridimensionamento del ruolo del giurista – tema su cui torneremo ancora al paragrafo successivo –, va segnalato come spesso l'approccio normativo di cui si discute si ponga in contrasto con categorie giuridiche consolidate. A riguardo, giova ricordare che il diritto dell'economia è «*strutturalmente e costitutivamente sincretistico*, risultante di una fusione a caldo (perché continuamente si rinnova) di 'materiali' di origine pubblicistica e privatistica»³², con la conseguenza che chi lo studia – e, ovviamente, anche chi lo crea – è chiamato ad avere una formazione poliedrica, con solide basi privatistiche e pubblicistiche così come un'infarinatura di scienze economiche. È opportuno parlare di 'basi' perché il diritto dell'economia è tenuto ad emanciparsi dalle discipline appena richiamate, in quanto le medesime e le relative

secondo quanto previsto dal previsto Regolamento n. 41 del 2018 di IVASS; (c) un documento informativo per i prodotti di investimento assicurativi, redatto conformemente a quanto previsto dal Regolamento (UE) n. 1286/2014 e relative norme di attuazione. A questi si aggiungono i documenti informativi precontrattuali aggiuntivi previsti dal Regolamento n. 41 del 2018 appena richiamato. In arg., si v. G. BERTI DE MARINIS, *L'impresa di assicurazione e la distribuzione dei prodotti assicurativi*, in *Trattato dir. civ. comm. Cicu e Messineo*, Milano, 2023, 421 ss.; e, per la disciplina previgente, M. DE POLI, *Trasparenza assicurativa e nota informativa nel nuovo codice delle assicurazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 17 ss.; e S. LANDINI, *Informativa precontrattuale e trasparenza nell'assicurazione vita*, in *Assicurazioni*, 2007, 227 ss.

30 N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., 100. L'enfasi nell'ultimo periodo è di chi scrive.

31 Sia qui consentito, per ragioni di sintesi espositiva, solamente accennare al problema del rapporto tra tecnologie informatiche e ruolo del giurista: per ulteriori spunti di riflessione, si v. spec. P. MORO, *Intelligenza artificiale e professioni legali. La questione del metodo*, in *Journ. eth. leg. tech.*, 2019, 24 ss.; G. CORASANITI, *Intelligenza artificiale e diritto: il nuovo ruolo del giurista*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 2020, 395 ss.; e E. PICOZZA, *Le trasformazioni del diritto e la loro incidenza sulle attività professionali legali*, in *La trasformazione delle professioni legali Legal Engineering, Blockchain, Metaverso, Iot e altre tecnologie nella digital economy*, a cura di L. Cappello, G. Natale, E. Picozza e B. Raganelli, Torino, 2023 39 ss.

32 S. AMOROSINO, *Trasformazioni dei mercati, nuovi modelli regolatori e mission del diritto dell'economia*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, I, 19.

categorie giuridiche sono spesso inadeguate ad affrontare le problematiche dei mercati³³. Di qui, anche l'autonomia scientifica del diritto dell'economia³⁴.

Chiara esempio di quanto detto è dato dalla disciplina del governo societario delle banche: ritenuta insufficiente la cinquantina di articoli in materia di amministrazione e controllo delle società azionarie contenuta nel Codice civile, Banca d'Italia è intervenuta con la circolare n. 285 del 2013 recante *Disposizioni di vigilanza delle banche*, dedicando alla materia quasi duecento pagine. Peraltro, l'Autorità ha scelto di delineare i doveri degli organi sociali individuandoli sulla base delle funzioni esercitate dai medesimi: si parla di 'organo con funzione di supervisione strategica', di Organo con funzione di gestione' e di 'organo con funzione di controllo', non di 'consiglio di amministrazione', di 'collegio sindacale', etc. (fermo restando che la circolare contiene diverse disposizioni di raccordo con la normativa codicistica)³⁵.

Ciò premesso, va rilevato come non sempre la normativa economica sia coerente con quella che è la tradizione giuridica su cui si innesta: in alcuni casi, spesso per seguire impulsi internazionali, le Autorità legislative e regolamentari intraprendono strade capaci di dare luogo a veri e propri cortocircuiti normativi, come nel caso dell'art. 120-*undecies* del Testo unico bancario in materia di verifica del merito creditizio del consumatore³⁶. Qui, al terzo comma, si legge che il finanziatore «non risolve il contratto di credito concluso con il consumatore né vi apporta modifiche svantaggiose per il consumatore [...] in ragione del fatto che la valutazione del merito creditizio è stata condotta scorrettamente o che le informazioni fornite dal consumatore prima della conclusione del contratto di credito [...] erano incomplete, salvo che il consumatore abbia intenzionalmente omesso di fornire tali informazioni o abbia fornito informazioni false». Il legislatore ha recepito fedelmente il dettato dell'art. 18 della direttiva 2017/17/UE (la c.d. *Mortgage Credit Directive*), ma tale fedeltà certo non paga, almeno per quanto riguarda le espressioni impiegate. Infatti, se da un lato è chiara la volontà del legislatore di conservare il contratto³⁷, dall'altro non si comprende perché si sia

33 In tal senso, F. SARTORI, *Il diritto dell'economia nell'epoca neoliberale tra scienza e metodo*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, I, spec. 319 s.

34 Sul punto, si v. le riflessioni di F. CAPRIGLIONE e M. SEPE, *Riflessioni a margine del diritto dell'economia. Carattere identitario ed ambito della ricerca*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, I, 397 ss. e di A. TUCCI, *Il diritto dell'economia: 'dispute metodologiche e contrasti di valutazione'*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, I, 756 ss.

35 Sulla disciplina del governo societario delle banche, *ex multis*, si v. quanto recentemente scritto da V. CALANDRA BUONAURO, *L'impatto della regolamentazione sulla governance bancaria*, in *Banca impr. soc.*, 2019, 27 ss.; F. RIGANTI, *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, 2020, *passim* e spec. 73 ss.; C. BRESCIA MORRA, *Le norme europee sulla corporate governance delle banche: un ritorno all'antico?*, in *Governance e mercati. Studi in onore di P. Montalenti*, II, cit., 1111 ss.; e V. BEVIVINO, *La corporate governance bancaria: annotazioni comparatistiche e nuove prospettive*, ivi, 1121, ss.

36 Più precisamente, del consumatore che richiede un prestito per l'acquisto di un immobile.

37 A riguardo la letteratura è unanime: si v. E. PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla 'contrattazione con l'insolvente'*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 1112; S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2016, 538 s.; R. GRASSO,

precisato che lo stesso non possa essere ‘risolto’ per la violazione di obblighi precontrattuali (quale è la diligente valutazione del merito creditizio) quando ciò può dar luogo solo ad una responsabilità risarcitoria dell’intermediario (e non alla risoluzione del contratto stipulato, che può conseguire solo a un inadempimento di quanto previsto dallo stesso)³⁸. Si noti poi come l’art. 120-*undecies* stabilisca che l’intermediario non possa risolvere il contratto «salvo che il consumatore abbia intenzionalmente omesso di fornire tali informazioni o abbia fornito informazioni false»: queste, però, sono situazioni capaci di dar luogo non alla risoluzione del contratto ma al suo annullamento, configurando un comportamento intenzionalmente reticente e doloso³⁹. In buona sostanza, è evidente come la disposizione in commento contrasti apertamente con la nostra tradizione civilistica⁴⁰.

A quanto detto si aggiunga che, molto spesso, la tecnica regolamentare di cui si discute ‘rompe’ con categorie che lo stesso diritto dell’economia ha consolidato nel corso di anni. Si pensi, ad es., alla recente riforma della nozione di ‘ente creditizio’: com’è noto, tale concetto è stato impiegato per la prima volta dal legislatore comunitario all’art. 1 della direttiva 77/780/CEE per indicare «un’impresa la cui attività consiste nel ricevere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto». La definizione appena richiamata rispecchiava la nozione di ‘banca’ desumibile dal perimetro della ‘attività bancaria’ per come delineato prima dall’art. 1 della Legge Bancaria del ‘36 e, poi, dall’art. 10 del Testo unico bancario, con la conseguenza che ‘ente creditizio’ e ‘banca’ potevano essere considerati sinonimi⁴¹. Nonostante diversi avvicendamenti normativi, la nozione di ‘ente creditizio’ è rimasta immutata fino al 2019, anno in cui il suo perimetro è stato ampliato per comprendere anche le imprese di investimento di maggiori dimensioni (invero, con una definizione

Sub art. 120-undecies, in *Commentario t.u.b. Capriglione*⁴, III, Padova, 2018, 2040; e A. DAVOLA, *La valutazione del merito creditizio del consumatore*, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, a cura di E. Pellicchia e L. Modica, Pisa, 2020, 144.

38 Come ribadito da Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, spec. 795 s., con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell’intermediario e le sezioni unite*, 785 ss.

39 Sulla reticenza invalidante, si v. i recenti studi di M. DE POLI, *La reticenza*, in *Alberto Trabucchi*, a cura di S. Delle Monache e G. Gabrielli, Napoli, 2021, 403 ss.; e già ID., *Asimmetrie*, cit., 398 ss. Peraltro, la disposizione citata, prendendo in considerazione anche il caso in cui siano fornite informazioni false, senza precisare se ciò avvenga intenzionalmente o meno, sembra abbracciare anche ipotesi di ‘raggiro colposo’ (in arg., si v. spec. P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, Cedam, 2010, 117 ss.; e ID., *Il paradosso del dolo colposo*, in *Studi urbinati*, 2020, 579 ss.).

40 Per ulteriori rilievi sulla disposizione citata, sia consentito rinviare a quanto scritto in E. CECCHINATO, *Note sulla disciplina della verifica del merito creditizio: per una sua rilettura alla luce della buona fede precontrattuale*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, II, 484 s.

41 In arg., si v. recentemente F. CAPRIGLIONE, *sub art. 10*, in *Commentario t.u.b. Capriglione*, I, cit., 111 ss.; e A. URBANI, *Banca, attività bancaria, attività delle banche*, in *L’attività delle banche*², a cura di A. Urbani, Padova, 2020, 15 ss.

ai limiti dell'intelligibilità)⁴². Si tratta di una modifica dettata esclusivamente dal fine di assoggettare anche le imprese di investimento più grandi alle medesime regole in materia di patrimonio, liquidità, etc. cui sono sottoposte le banche: condivisibilmente, la letteratura ha bollato la riforma come esempio di 'bad legislative technique'⁴³ e, infatti, pur non essendo questa la sede per ragionare *de jure condendo*, le strade per raggiungere il medesimo risultato, senza stravolgere una definizione in uso da anni, sarebbero state molte: ad es., si sarebbe potuto prevedere una clausola in forza della quale determinate disposizioni si applicassero anche alle imprese d'investimento di maggiori dimensioni, o affiancare all'ente creditizio anche le imprese di cui si discute, come ulteriore soggetto delle diverse prescrizioni⁴⁴.

4. *Quale ruolo per il giurista dell'economia?*

Nel panorama appena delineato viene ovviamente da chiedersi quale possa essere il ruolo del giurista. Ad una prima impressione, nel complesso reticolato della iper-regolamentazione dell'economia, il giurista potrebbe ricordare frate Malachia da Hildesheim, bibliotecario ne *Il Nome della Rosa* di Umberto Eco: egli sa come muoversi

42 Più precisamente, ai sensi del pt. 1) del primo comma dell'art. 4 del regolamento (UE) n. 575/2013, per 'ente creditizio' oggi si intende «un'impresa che svolge una delle attività seguenti: (a) raccogliere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e concedere crediti per proprio conto; (b) svolgere una qualsiasi delle attività di cui all'allegato I, sezione A, punti 3) e 6), della direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio se ricorre una delle condizioni seguenti ma l'impresa non è un negoziatore per conto proprio di merci e di quote di emissioni, un organismo di investimento collettivo o un'impresa di assicurazione: (i) il valore totale delle attività consolidate dell'impresa è pari o superiore a 30 miliardi di EUR; (ii) il valore totale delle attività dell'impresa è inferiore a 30 miliardi di EUR e l'impresa fa parte di un gruppo in cui il valore totale delle attività consolidate di tutte le imprese di tale gruppo che individualmente detengono attività totali inferiori a 30 miliardi di EUR e svolgono una qualsiasi delle attività di cui all'allegato I, sezione A, punti 3) e 6), della direttiva 2014/65/UE è pari o superiore a 30 miliardi di EUR; oppure (iii) il valore totale delle attività dell'impresa è inferiore a 30 miliardi di EUR e l'impresa fa parte di un gruppo in cui il valore totale delle attività consolidate di tutte le imprese del gruppo che svolgono una qualsiasi delle attività di cui all'allegato I, sezione A, punti 3) e 6), della direttiva 2014/65/UE è pari o superiore a 30 miliardi di EUR, ove l'autorità di vigilanza su base consolidata - in consultazione con il collegio delle autorità di vigilanza - decida in tal senso per far fronte ai potenziali rischi di elusione e ai potenziali rischi per la stabilità finanziaria dell'Unione. Ai fini della lettera (b), punti (ii) e (iii), se l'impresa fa parte di un gruppo di un paese terzo, le attività totali di ciascuna succursale del gruppo di un paese terzo autorizzata nell'Unione sono incluse nel valore totale combinato delle attività di tutte le imprese del gruppo». Per ulteriori approfondimenti sull'evoluzione della nozione di 'ente creditizio' si v. A. BROZZETTI, *La legislazione*, cit., 30 ss.; e M. DE POLI, *Fundamentals*, cit., 75 ss.

43 M. DE POLI, *Fundamentals*, cit., 87.

44 Va apprezzato che il legislatore italiano, questa volta, non ha emulato quello comunitario e, infatti, anziché stravolgere i concetti di 'banca' e di 'attività bancaria', ha delineato nel Testo unico della finanza un nuovo tipo di soggetti, le 'sim di classe 1', per indicare le società di intermediazione mobiliare che soddisfano i requisiti previsti dalla lettera (b) del pt. 1) del primo comma dell'art. 4 del regolamento (UE) n. 575/2013 (si v. *supra* nt. 42).

nel labirinto di libri che custodisce, è in grado di recuperarli ma, invero, altro non è che una pedina di frate Jorge da Burgos, l'Autorità che effettivamente detta le regole della biblioteca e decide quali tradizioni conservare e quali relegare all'oblio. A ciò si aggiunga che, non conoscendo bene il greco né l'arabo, frate Malachia neppure è in grado di comprendere davvero il contenuto di tutti i libri con cui ha a che fare⁴⁵.

Invero, una più attenta analisi del problema porta a ritenere che il ruolo del giurista dell'economia sia ben più importante e complesso: chiamato ad orientarsi nel complesso labirinto normativo, a risolverne gli enigmi, a recuperare la tradizione, egli è piuttosto un Guglielmo da Baskerville o, se giovane giurista in erba, un Adso da Melk guidato dal suo saggio maestro.

Per meglio comprendere quanto appena affermato può essere utile richiamare l'esempio dell'informativa precontrattuale nella distribuzione assicurativa (di cui s'è detto *supra* par. 2) e domandarsi se il robusto apparato documentale predisposto dalle Autorità legislative e regolamentari abbia *effettivamente* risolto il problema dell'asimmetria informativa tra le parti. La risposta pare negativa e, anzi, da tempo la letteratura ha sollevato il problema di come un sovraccarico informativo (il c.d. *'information overload'*) generi confusione nel cliente, incapace di orientarsi nella moltitudine di fogli consegnatigli dalla sua controparte⁴⁶. Ecco allora che il giurista dell'economia, con la sua cultura poliedrica, può efficacemente risolvere il problema facendo uso delle proprie conoscenze in materia di correttezza e buona fede. Se questa clausola generale impone alle parti di comportarsi in modo serio e leale e di salvaguardare – nei limiti del possibile – anche gli interessi della propria controparte⁴⁷, allora non sembra azzardato affermare che l'intermediario debba non soltanto informare il cliente consegnandogli

45 Almeno così asserisce frate Nicola da Morimondo confidandosi con frate Guglielmo da Baskerville alla prima del sesto giorno.

46 «Del resto è notorio che il modo migliore per lasciare disinformato l'interlocutore è inondarlo di carte, con la certezza che, sommerso da un mucchio di cose tra cui sia difficile rintracciare le poche essenziali, l'interessato non riuscirà a districarsi». Così già P. SCHLESINGER, *Mercato finanziario e regolamentazione operativa*, cit., 724. In arg., più recentemente, si v. anche le considerazioni di L. ENRIQUES - S. GILOTTA, *Disclosure and financial market regulation*, in *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, a cura di N. Moloney, E. Ferran, J. Payne, Oxford, 2015, 511 ss.; F. GRECO, *L'onere/obbligo informativo: dalla normazione paternalistica all'information overload(ing)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 398 ss.; e G. LIACE, *Contratto bancario: trasparenza e leggibilità*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 888 ss.

47 In tal senso, Cass., Sez. Un., 25 novembre 2008, n. 28056, in *OneLegale*, che ha ricordato come «il principio di correttezza e buona fede [...] deve essere inteso in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, anche a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge». Per la dottrina, si v. recentemente G. FINAZZI, *Correttezza e buona fede*, in *Trattato obbl. Garofalo e Talamanca*, I, t. IV, Padova, 2018, 27 ss.; e già L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, I, 9; e C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 162 s.

i documenti in questione, ma anche aiutarlo a comprenderli, spiegandogliene il contenuto⁴⁸.

L'attività ermeneutica del giurista dell'economia e la sua cultura, quindi, non sembrano del tutto affogate nel *mare magnum* della regolamentazione economica. Anzi, le stesse giocano un ruolo determinante nel permettergli di orientarsi in questo mare e di raggiungere la terra ferma. Infatti, l'attività interpretativa diviene fondamentale se consideriamo la moltitudine di lacune ed antinomie presenti nella normativa economica. Un esempio alquanto significativo è dato dalla definizione di 'servizi ed attività di investimento', contenuta al quinto comma dell'art. 1 del Testo unico della finanza⁴⁹: orbene, la disposizione citata elenca tutti i servizi e le attività riconducibili a tale categoria ma non si preoccupa di distinguere 'servizi' ed 'attività', distinzione rilevante in diverse disposizioni successive⁵⁰ e che, quindi, è rimessa all'interprete⁵¹.

48 Ed infatti questa presa d'atto dell'insufficienza della mera informazione e della necessità di una spiegazione si sta registrando anche a livello normativo: ad es., richiamando ancora, la disciplina del credito immobiliare al consumo, all'art. 120-*nonies* del Testo unico bancario, leggiamo che il finanziatore «fornisce al consumatore chiarimenti adeguati sui contratti di credito ed eventuali servizi accessori proposti, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito e i servizi accessori proposti siano adatti alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria» (questo indipendentemente dal fatto che tra le parti si instauri un rapporto di consulenza, disciplinato al successivo art. 120-*terdecies*: a riguardo, si v. A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla 'consulenza'*, in *Dir. banc. fin.*, 2011, I, 17, e quanto scritto in E. CECCHINATO, *Note sulla disciplina*, cit., 462).

49 Ai sensi della disposizione citata, «per 'servizi e attività di investimento' si intendono i seguenti, quando hanno per oggetto strumenti finanziari: (a) negoziazione per conto proprio; (b) esecuzione di ordini per conto dei clienti; (c) assunzione a fermo e/o collocamento sulla base di un impegno irrevocabile nei confronti dell'emittente; (c-bis) collocamento senza impegno irrevocabile nei confronti dell'emittente; (d) gestione di portafogli; (e) ricezione e trasmissione di ordini; (f) consulenza in materia di investimenti; (g) gestione di sistemi multilaterali di negoziazione; (g-bis) gestione di sistemi organizzati di negoziazione».

50 Come, ad es, l'ultimo comma dell'art. 23 del Testo unico della finanza, che guarda ai soli servizi di investimento: «Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta». Sulla portata della disposizione citata sia consentito rinviare a quanto recentemente scritto in E. CECCHINATO, *L'onere della prova nel contenzioso relativo alla prestazione di servizi finanziari*, in *L'onere della prova*, a cura di F. Anelli, A. Briguglio, A. Chizzini, M. De Poli, E. Gragnoli, M. Orlandi e L. Tosi, Padova, 2024, 664 ss.

51 Un buon criterio per individuare i 'servizi' pare quello di dare rilievo all'istaurazione di un qualsiasi tipo rapporto – precontrattuale o contrattuale – con il cliente e, quindi, alla sussistenza in capo all'intermediario di una serie di obblighi posti nell'interesse del cliente: seguendo questa linea interpretativa, sarebbero qualificabili come 'attività' la gestione di sistemi multilaterali di negoziazione e la gestione di sistemi organizzati di negoziazione (si v. *supra* nt. 49). Quanto detto, peraltro, trova conferma nella definizione di 'servizi di investimento' contenuta nella versione originale del Testo unico della finanza (peraltro, sempre all'art. 1, quinto comma) e vigente fino al 2007; definizione che non ricomprendeva le due attività appena citate. In arg., si v. anche F. CAPRIGLIONE, *La problematica relativa al recepimento della MiFID*, in *La nuova normativa MiFID*, a cura di M. De Poli, Padova, 2009, 14 ss.; E. GABRIELLI, R. LENER, *Mercati, strumenti finanziari e contratti di investimento dopo la MiFID*, in *I contratti del mercato finanziario*², I, a cura di E. Gabrielli e R. Lener, Torino, 2010, 29 ss. e spec. 30; M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*, in *Trattato dir. civ. comm. Ccn e Messineo*, Milano, 2012, 222 e spec. nt. 1.

Infine, va rilevato come molto spesso i vari testi regolamentari emanati dalle Autorità siano accompagnati da una ‘valvola di sfogo’ volta a risolvere uno dei problemi citati *supra* par. 1, ossia il rischio che un apparato troppo complesso di regole, siano esse inerenti la condotta del loro destinatario o la sua organizzazione interna, ne penalizzino l’attività in termini di costi di *compliance*: il riferimento è al richiamo al principio di proporzionalità⁵². Prendiamo ad esempio le *Aspettative di vigilanza sui rischi climatici e ambientali* emanate da Banca d’Italia nell’aprile 2022: esse sono indirizzate a soggetti molto diversi tra loro, ossia banche, società di intermediazione mobiliare, società di gestione del risparmio, istituti di pagamento, *etc.* Tuttavia, l’Autorità si premura di precisare che esse vanno applicate «secondo un principio di proporzionalità, da declinare in base alla complessità operativa, dimensionale e organizzativa degli intermediari nonché alla natura dell’attività svolta»⁵³. Orbene, non può che essere compito del giurista accompagnare, con la sua sensibilità, il destinatario della regola nella sua applicazione proporzionata.

Invero, va segnalato come il giurista spesso accompagni il destinatario della regola anche verso orizzonti meno nobili, sfruttando le possibilità di arbitraggio regolamentare che una normativa caotica come quella in esame può generare. Prendiamo ad esempio la disciplina dei requisiti prudenziali delle banche contenuta negli oltre seicento articoli del pacchetto CRD IV: è noto come recentemente se ne sia imposta una revisione – invero, una delle tante – perché la previsione di due metodi di calcolo dei requisiti in materia di fondi propri, ossia il metodo standardizzato e quello basato su *rating* interni, ha spesso spinto le banche – almeno quelle in grado di permetterselo, considerati i relativi costi – a prediligere quest’ultimo, in quanto consentiva alle stesse di calcolare requisiti meno stringenti rispetto a quelli che sarebbero stati calcolati con il metodo standardizzato⁵⁴.

In conclusione di queste riflessioni e anche alla luce degli esempi forniti, si può affermare che la iper-regolamentazione dei mercati rappresenta certamente un problema tanto per gli operatori quanto per il giurista. Ma è proprio quest’ultimo che, invero,

52 Sul tema, si v. spec. le riflessioni di G. ROTONDO, *L’applicazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza nella regolamentazione italiana dei mercati finanziari*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2017, 81 ss. In arg., con riferimento ai poteri regolamentari di Consob, si v. anche G. ROMAGNOLI, *Consob. Profili e attività*, Torino, 2012, 95 ss.

53 Sulla portata di tale precisazione da parte dell’Autorità, si v. però le considerazioni critiche di F. RIGANTI, *Climate change e vigilanza prudenziale: questione di (semplici) ‘aspettative’?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1269.

54 L’introduzione del c.d. ‘*output floor*’, caldeggiata dal Comitato di Basilea per la Vigilanza Bancaria, aspira a risolvere tale problema: in estrema sintesi e con un certo grado di approssimazione dovuto a ragioni di sintesi, si vuole fare in modo che i fondi propri calcolati attraverso il metodo basato su *rating* interni non siano inferiori ad una certa soglia, determinata sulla base dei fondi propri che sarebbero stati calcolati utilizzando il metodo standardizzato. Sul punto, si v. K. ALEXANDER, *Principles of Banking Regulation*, cit., 121 s.; M. DE POLI, *Fundamentals*, cit., 115 s.; e spec. M. NEISEN e S. RÖTH, *CRR III: The EU implementation of Basel IV – The next generation of Risk Weighted Assets*, Weinheim, 2023, 149 ss.

può giocare un ruolo dirimente nell'applicazione di un apparato normativo così complesso e disorganico, individuandone criticamente le eventuali lacune e contraddizioni, nonché superandone i limiti attraverso l'interpretazione se necessario. Questo, ovviamente, è possibile se il giurista mantiene lo spirito critico con il quale si è formato nelle aule di giurisprudenza e non si asservisce all'illusione che ogni ambito dell'economia sia efficientemente regolato, ritenendo – erroneamente – che alla quantità delle regole corrisponda sempre anche la loro qualità.

ABSTRACT: Lo scritto si propone di riflettere su come la cultura del giurista dell'economia sia messa alla prova dalla tendenza del legislatore e delle Autorità regolamentari a produrre disposizioni dal contenuto sempre più analitico e tecnico, che spesso lasciano poco spazio all'interprete e si discostano da tradizioni consolidate.

PAROLE CHIAVE: Diritto dell'economia – Diritto bancario – Diritto assicurativo – Diritto dei mercati finanziari – Fallimenti di mercato – Iper-regolamentazione – Interpretazione – Tradizione giuridica.

Silvio De Giacinto*

DOTTRINA E GIURISPRUDENZA NELLA RIMODULAZIONE DEI RAPPORTI TRA
CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E CODICE DEL TERZO SETTORE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il regime pro-concorrenziale europeo e il vecchio Codice dei Contratti pubblici. – 3. La valorizzazione dei principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale e il Codice del Terzo settore. La teoria dell'amministrazione condivisa. – 4. I rapporti tra vecchio Codice dei Contratti pubblici e il Codice del Terzo settore. – 5. Brevi cenni al nuovo Codice dei Contratti pubblici e ai profili di criticità. – 6. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione.*

L'esatta definizione dei confini perimetranti il concetto di concorrenza ha giocato un ruolo determinante nelle dinamiche tra lo Stato, il Mercato e il Terzo settore per la gestione dei servizi sociali di interesse generale (c.d. SSIG), soprattutto a partire dal processo di integrazione europea. Dall'interpretazione normativa e dalla diversa portata ad essa attribuita dagli studiosi del diritto, infatti, sono originate molteplici forme di *management*, che nell'evoluzione storica hanno visto un progressivo superamento delle correnti dirigistiche-monopolistiche e il consolidamento del più ampio liberismo, fino a giungere alle emergenti teorie dell'amministrazione condivisa¹. In questo senso, il mutamento della nozione giuridica di concorrenza ha risposto non solo al succedersi delle teorie economiche, ma anche ai tentativi di utilizzare la leva del diritto per influire sulle sorti dell'economia².

Con il presente contributo, pertanto, si intende porre in evidenza come la progressiva 'demitizzazione' del paradigma della concorrenza, ad opera della dottrina e della giurisprudenza, abbia inciso sulla produzione normativa relativa alla disciplina dei rapporti tra Pubblica Amministrazione e Terzo settore, da sempre oggetto di importanti contributi sul piano scientifico, con lo scopo di definirne il ruolo e la rilevanza nell'organizzazione e gestione dei servizi sociali.

* Dottorando di ricerca in Giurisprudenza nell'Università di Padova.

1 Espressione coniata da G. ARENA, *Introduzione all'Amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117/118, 1997, 29, utilizzata anche dalla Corte costituzionale nella sentenza 1° luglio 2020, n. 131, con riferimento al paradigma del rapporto tra PA e Terzo settore descritto all'art. 55 del Codice del Terzo settore.

2 L. TARANTINO, *Promozione della concorrenza e disciplina dei servizi pubblici*, <https://www.italiappalti.it/leggiarticolo.php?id=3076>, 30 settembre 2016.

2. *Il regime pro-concorrenziale europeo e il vecchio Codice dei Contratti pubblici.*

L'evoluzione del diritto sovranazionale degli ultimi decenni ha progressivamente portato l'attività di erogazione dei servizi sociali di interesse generale (SSIG) da una sfera di indifferenza per il mercato – per cui la loro disciplina era demandata all'esclusiva competenza degli Stati membri – a quella di applicazione incondizionata della normativa a tutela della concorrenza, qualificando il servizio sociale come attività, almeno potenzialmente, a carattere economico.³ Ciò ha imposto a tutti gli Stati membri di adeguare le proprie normative interne in materia di servizi sociali ai principi e alle direttive comunitarie, nonché di interpretare le disposizioni già esistenti conformemente ai principi dell'ordinamento eurounionale, in modo da garantire la realizzazione di un Mercato Unico Europeo, ritenuto il motore principale dell'integrazione europea. In tale contesto, almeno inizialmente, il mantenimento di una condizione di concorrenza tra imprese appartenenti agli Stati membri era considerato un obiettivo fondamentale da raggiungere, uno scopo avente valore autonomo e distinto, da perseguire per la sua intrinseca importanza.

L'iniziale valenza assoluta del dettato concorrenziale ha trovato successivamente una parziale attenuazione con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2007, che, riformulando l'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea, ha promosso come riferimento teorico quello della 'economia sociale di mercato', ove la concorrenza gioca un ruolo fondamentale non come obiettivo primario, quanto come strumento per il soddisfacimento delle finalità sociali.⁴

A fronte di un'impostazione costituzionale particolarmente aperta e imparziale⁵, per la quale la concorrenza non rappresenta una condizione da soddisfare ad ogni costo, ma costituisce solo una delle condizioni possibili dell'economia per il perseguimento dell'interesse pubblico, il Codice dei Contratti pubblici (ccp) del 2006 e quello del 2016 hanno recepito pedissequamente la politica pro-concorrenziale europea, dimostrando una netta preferenza per il regime competitivo quale regola di applicazione generale.⁶ Il riconoscimento nell'ordinamento nazionale dell'orientamento

3 Cfr. la Comunicazione della Commissione sui servizi sociali di interesse generale COM-2006-177 def., del 2006 che qualifica tali servizi come tutti, almeno potenzialmente, economici. La Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, conferma questa impostazione, disciplinando gli appalti di servizi sociali, sancendone definitivamente la rilevanza economica, pur prevedendo un regime 'alleggerito' di applicazione della disciplina in funzione della loro specificità.

4 Sul tema si veda M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 2010.

5 Gli artt. 41 e 43 della Costituzione tutelano la libertà economica soggettiva, ammettendo una regolamentazione amministrativa correttiva delle distorsioni del mercato, nonché l'esistenza di monopoli pubblici regolati.

6 Fino a quel momento si era consolidata nell'ordinamento italiano la prassi dell'affidamento diretto dei servizi sociali tramite convenzione con le Organizzazioni di Volontariato (OdV) senza l'espletamento delle procedure di gara sulla base della loro vocazione solidaristica e sulla gratuità della loro attività. Tale prassi aveva già provocato numerosi contenziosi dinnanzi alla Corte di Giustizia UE (con particolare riguardo ai servizi di trasporto sanitario in ambulanza), che la riteneva una violazione delle regole

classico fautore della libertà concorrenziale tra imprese è suffragato altresì dall'obbligo di motivazione rafforzata cui è onerata la Pubblica Amministrazione nel suo agire discrezionale, quando opta per una diversa forma di gestione, sia essa l'affidamento a società *in house* o l'affidamento diretto ad Enti del Terzo settore.

La disciplina nazionale *antitrust* e il quadro normativo riguardante la gestione dei SSIG tra la Pubblica Amministrazione e il libero Mercato si sono dimostrati, tuttavia, particolarmente lacunosi e disorganici anche a seguito dell'emanazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, spingendo gli operatori del diritto a trovare soluzioni interpretative e, talvolta, creative per porre rimedio alle criticità emerse nell'applicazione concreta della norma, quali l'inadeguatezza del sistema *soft law* e delle linee guida ANAC, l'ipertrofia legislativa e documentale, la mancata applicazione del divieto di *gold plating*⁷ e l'eccessiva durata e complessità delle procedure ad evidenza pubblica e di affidamento.⁸ La disorganicità normativa si è infatti tradotta nell'inefficiente erogazione dei servizi di interesse generale, in termini di libera accessibilità, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, spesso in violazione degli standard qualitativi e quantitativi minimi delle prestazioni che l'art. 117, co.2, lett. m) Cost. impone allo Stato di garantire. A ciò si aggiunga, peraltro, che l'ambito delle attività di interesse generale è divenuto sempre più esteso quanto ai settori di intervento e sempre più variegato quanto alle modalità organizzative, che a partire dalla riforma introdotta dal d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 annoverano tra i soggetti coinvolti anche gli Enti del Terzo settore, le cui competenze e attività sono state notevolmente ampliate ai sensi dell'art. 5 del nuovo Codice del Terzo Settore (cts).

3. La valorizzazione dei principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale e il Codice del Terzo settore. La teoria dell'amministrazione condivisa.

È nel contesto sopra descritto che ha assunto importanza fondamentale l'elaborazione dottrinale, la quale, nell'oscurità normativa e nella discordanza delle pronunce

pro-concorrenziali allorché le OdV svolgono attività considerate economiche, equiparando il rimborso spese dovuto in forza delle convenzioni al corrispettivo di un contratto di appalto. Con le sentenze 11 dicembre 2014, C-113/13 ASL n.5 *Spezzino* e 28 gennaio 2016, C-50/14 Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) la CGUE ha superato il suo precedente orientamento, manifestandosi più incline a trovare un punto di incontro tra principio concorrenziale e principio solidaristico, evidenziando come la scelta di uno Stato di organizzare i servizi sociali su base solidaristica può legittimamente derogare alla disciplina concorrenziale e valorizzare il ruolo degli enti *no profit*, purché siano rispettate determinate condizioni.

7 Cfr. Corte Cost., 5 maggio 2020, n. 100, secondo cui la *ratio* del divieto consiste nell'impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che compromettano la libera concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini.

8 Cfr. L. GORI, *Rapporto tra pubblica amministrazione e terzo settore: finalmente le linee guida*, in *cantiereterzo-settore.it*, 1° aprile 2021, e A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli Enti del Terzo settore alla luce di recenti interventi normativi*, *Federalismi.it*, 2021, 115 ss.

giurisprudenziali⁹, si è presa carico di trovare soluzioni alternative e più efficienti al dogma della concorrenza nella gestione dei servizi sociali, valorizzando le specificità del caso concreto.

Già nel corso del XX secolo si era affermata una scuola di pensiero¹⁰ che, in risposta all'insoddisfazione generale verso una Pubblica Amministrazione incapace di prendersi carico di quei servizi che secondo il modello di *Welfare State* avrebbe dovuto garantire, aveva proposto una forma di interazione collaborativa tra Amministrazione e formazioni sociali, superando la logica tradizionale europea della concorrenza per/nel mercato per valorizzare, invece, la dialettica e collaborazione tra le stesse parti.¹¹ La riferita impostazione si divideva poi in relazione al fine ultimo di questa collaborazione pubblico-privato: secondo una prima tesi sostanzialistica, l'obiettivo era quello di realizzare «non solo la maggior prossimità o vicinanza dell'amministrazione ai cittadini, ma anche, ove possibile, l'immedesimarsi dell'amministrazione nelle formazioni sociali, attraverso cui si esprime l'organizzazione della società stessa»¹²; secondo altra impostazione, invece, lo scopo era quello di imporre «vincoli di carattere procedurale»

9 Cfr. tra tutti TAR Lombardia, sez. I, 3 aprile 2020, n. 593, Consiglio di Stato, sez. V, 7 gennaio 2021, n. 208, Consigli di Stato, sez. V, 7 settembre 2021, n. 6232 e TAR Toscana, sez. III, 2 maggio 2022, n. 661.

10 Il riconoscimento normativo e costituzionale del principio di sussidiarietà orizzontale si deve, infatti, in gran parte agli studi di Feliciano Benvenuti, considerato il «*Teorico del principio di sussidiarietà*» (v. L. FRANZESE, *Benvenuti, teorico del principio di sussidiarietà*, in *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, Padova, 2001, 107 ss.). Egli è il primo che ravvisa la necessità di passare da una libertà garantita del cittadino a una libertà attiva, che ha come suo punto di approdo quel concetto di democrazia governante, che definisce «*demarchia*», caratterizzata dall'autogoverno della società (v. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994 e S.S. SCOCA, *L'amministrazione condivisa nei servizi sociali: una complessa strada ancora da percorrere*, in *Il Diritto dell'economia*, III, 2021, 83 ss.). Il pensiero di Benvenuti ha avuto poi ampio approfondimento e sviluppo con la dottrina successiva.

11 Secondo M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Scritti Giannini*, IV, Milano, 2004, 722, infatti, nel sistema antecedente a quello di affermazione del *Welfare State* si cercava di nascondere il vero obiettivo degli enti di beneficenza e, dunque, degli enti senza scopo di lucro con finalità sociale, che tuttavia riaffiorava prepotente dalla strutturazione amministrativa, e cioè dalla pertinenza alla stessa amministrazione di tutti questi enti, quale che ne fosse l'attività concreta». Si veda anche V. CERULLI IRELLI, DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de jure condendo su un dibattito in corso*, in *Scritti in onore di F. Bassi*, II, Napoli, 2015, 1131 ss. Secondo i sostenitori di questo pensiero, inoltre, uno dei fattori più rilevanti che ha determinato una vera e propria esigenza di superamento della logica concorrenziale è stato senza dubbio la carenza progressiva di risorse economiche pubbliche da destinare all'erogazione dei servizi sociali di interesse generale. La collaborazione con le formazioni sociali e, in particolare, con gli enti senza scopo di lucro permette infatti di attingere dalle risorse presenti nella società, piuttosto che da quelle pubbliche, riducendo sensibilmente il peso economico gravante sulle strutture pubbliche tradizionalmente deputate a garantire un determinato servizio. Sul punto v. più approfonditamente G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117/118, 1997, 53 e *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo settore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, 1451 ss.

12 G. PASTORI, *La redistribuzione delle funzioni: profili istituzionali*, in *Le Regioni*, 5, 1997, 752; v. anche *idem*, *Le cittadinanze amministrative*, in *Le cittadinanze amministrative. Percorsi e prospettive dell'amministrazione tra diritti e doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa* a cura di A. Bartolini, A. Pioggia, Firenze, 2016, 434.

e «lo svolgimento di specifiche analisi», dalle quali far dipendere la scelta tra potere pubblico e iniziativa privata.¹³

Con la riforma costituzionale del 2001, quest'ultimo indirizzo ha trovato poi fondamento normativo tra i principi amministrativi descritti all'art. 118 della Carta e, in particolare, nel principio di sussidiarietà orizzontale (comma 4), secondo il quale l'interesse sociale deve essere raggiunto anche attraverso il coinvolgimento attivo dei cittadini, singoli e associati.¹⁴ In dottrina, infatti, si segnala la portata rivoluzionaria di questo principio, considerato un nuovo paradigma pluralista e paritario, che si sostituisce o si alterna con quello bipolare gerarchico tradizionale.¹⁵ Ciò non comporta tuttavia l'abdicazione degli enti pubblici all'esercizio delle proprie competenze a favore delle formazioni sociali, né modifica o ridimensiona il ruolo costituzionale degli enti pubblici che, democraticamente legittimati, hanno il compito di perseguire nel modo più efficiente, efficace ed economico l'interesse pubblico, ma illustra piuttosto alla PA una nuova strada, quella della collaborazione, della cooperazione e del sostegno all'autonoma iniziativa privata, che «deve essere favorita, in chiave sussidiaria, grazie alla convergenza dell'azione pubblica e di quella privata nelle attività di interesse generale»¹⁶.

L'impianto costituzionale, pertanto, pur rimanendo per lo più uniformato al principio della tutela e promozione della concorrenza 'per' e 'nel' mercato¹⁷, favorisce altresì forme diverse di gestione dei servizi sociali di interesse generale, incardinate sulla logica della collaborazione e cooperazione tra PA e cittadini, singoli e associati,

13 G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, I, 2002, p. 46. Analogamente si vedano anche F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2016; C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, in *Rivista di diritto privato*, I, 2005 e A. D'ANDREA, *La prospettiva della Costituzione italiana e il principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 2000, 22 ss.

14 Secondo un altro orientamento dottrinale, il fondamento del rapporto collaborativo tra PA e cittadino sarebbe da rintracciare nell'art. 1, co. 2 *bis* della l. n. 241/1990, introdotto dalla l. n. 120/2020, che in prospettiva più ampia richiama espressamente la collaborazione, stabilendo che «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede». Vedi M. MACCHIA, *Le misure generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, VI, 2020, 727 ss.; F. GIGLIONI, *Anche con il decreto semplificazioni l'amministrazione condivisa guadagna ulteriore spazio nell'ordinamento giuridico*, labsus.org, 2020; L. GILI, *La co-programmazione e la co-progettazione su istanza di parte*, in *Urbanistica e appalti*, I, 25 ss.

15 Vedi P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018, 48-49.

16 A. ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, in *Le istituzioni del federalismo*, I, 2022, 638-639.

17 La Corte costituzionale (v. Corte Cost. n. 291/2012; n. 46/2013 e n. 65/2013) non si è uniformata a quell'orientamento, emerso in sede europea a seguito del Trattato di Lisbona nel 2007, che afferma la centralità dell'economia sociale di mercato e precisa, invece, che il principio di liberalizzazione delle attività economiche può trovare limitazione solo nella tutela di interessi di rango costituzionale o nel contrasto con l'utilità sociale. In tal senso, il rapporto tra concorrenza e diritti fondamentali a livello nazionale viene declinato in chiave oppositiva, nel senso che i secondi rappresentano un limite per l'attuazione della prima; mentre a livello europeo risulta che sia la prima a poter essere impiegata in chiave pretensiva per la realizzazione dei secondi. Sul punto si veda più approfonditamente L. TARANTINO, *Promozione*, cit., 2 ss.

ogniquale volta tali modalità si dimostrino nel concreto più efficienti, efficaci ed economiche rispetto al libero mercato nel perseguimento dell'interesse comune.

Proprio nel principio di sussidiarietà orizzontale trova fondamento la riforma del Terzo settore, introdotta con d.lgs. n. 117/2017 e, in particolare, gli artt. 55, 56 e 57 del nuovo Codice del Terzo settore. Detti articoli si inseriscono nel Titolo VII del codice, rubricato 'Dei rapporti con gli enti pubblici', e recepiscono pienamente la teoria della collaborazione tra PA ed Enti del Terzo settore (ets), già preannunciata nei suoi elementi essenziali da quella corrente di pensiero sopra menzionata che trova in Feliciano Benvenuti e, successivamente, in Gregorio Arena i suoi massimi esponenti. È proprio a quest'ultimo che va il merito di aver coniato il concetto di 'Amministrazione condivisa'¹⁸, disciplinata specificamente dall'art. 55 cts, che per la prima volta¹⁹ generalizza il modello di condivisione della funzione pubblica e realizza la procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria, da intendersi come il coinvolgimento attivo degli ets nella fase di programmazione, progettazione e nell'organizzazione degli interventi e dei servizi negli ambiti di attività descritti all'art. 5 cts.²⁰ L'idea alla base è quella di concepire il Terzo settore come una soluzione e un'alternativa alla crisi del sistema pubblico di *welfare*, attraverso la riesplorazione e valorizzazione delle forme associative che, spinte da un rafforzato sentimento di solidarietà, si sono dimostrate capaci di sopperire alle inefficienze dell'erogazione pubblica.

Oggetto di revisione critica da parte della più autorevole dottrina, la teoria dell'amministrazione condivisa evidenzia aspetti positivi e negativi. Quanto ai primi, l'instaurazione di rapporto di natura collaborativa tra PA ed ets non permette solo di registrare un cospicuo risparmio di risorse economiche pubbliche nella gestione dei SSIG, ma consente soprattutto alla PA di attingere da un patrimonio altamente specialistico, valutabile in termini di risorse, di esperienza, di competenza e progettualità innovativa, detenuto da quei soggetti/operatori del privato sociale che sono a contatto diretto con la realtà territoriale di riferimento e che, dunque, conoscono più approfonditamente le esigenze della collettività. In questo senso, diviene strumento per ripianare l'asimmetria

18 Cfr. G. ARENA, *Introduzione all'Amministrazione condivisa*, cit., 29 ss.; *Idem*, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, 1449 ss.; G. ARENA - M. BOMBARDELLI, *L'amministrazione condivisa*, Napoli, 2022. Sul concetto di condivisione dell'attività amministrativa v. originariamente F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 118 ss., poi in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1117 ss.

19 Precedentemente, la condivisione dell'attività amministrativa con gli enti *no profit* era circoscritta ad interventi innovativi e sperimentali in ambito sociale di cui all'art. 1, comma 4, della l. 328/2000 e dall'art. 7 del DPCM 30 marzo 2001. Cfr. L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022, 212.

20 Cfr. sul punto E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021, 191. Si realizza una forma di partecipazione del privato, nel caso di specie un Ente del Terzo settore iscritto all'apposito registro nazionale (Runts), già nella fase del procedimento amministrativo, 'superando' il contenuto degli strumenti previsti nel Capo III della l. n. 241/1990, e non limitandosi quindi al coinvolgimento dell'ets nella sola fase provvedimentale dell'aggiudicazione.

informativa sussistente tra le amministrazioni e gli Enti del Terzo settore.²¹ Quanto, invece, agli aspetti critici, parte della dottrina dimostra il proprio scetticismo su un elemento imprescindibile dell'amministrazione condivisa, ossia lo spirito di spontanea solidarietà di cui il tessuto sociale dovrebbe essere permeato. Secondo tale corrente, infatti, sarebbe difficile immaginare che un singolo o una formazione sociale «offr[a] all'amministrazione conoscenze, competenze, risorse, soluzioni» solo per sentirsi un «cittadino migliore», nascondendo inevitabilmente e immancabilmente un interesse diretto o indiretto, anche di natura economica.²² Inoltre, la forma di *management* incentrata sulla condivisione dell'attività amministrativa rischia di schermare o, finanche, di occultare processi deliberativi solo formalmente aperti, ma che in realtà sono manifestazione di dinamiche di esercizio del potere estremamente elitarie e selettive, che generano situazioni in cui «alla rappresentanza politica si sostituisce la rappresentanza di interessi».²³ Sul punto, infatti, una recentissima corrente di pensiero, richiamandosi ad una riflessione già messa in luce negli scritti del Benvenuti²⁴, ha evidenziato come l'affermarsi della teoria dell'amministrazione condivisa e del principio di sussidiarietà orizzontale su cui questa si fonda rischia di creare una frattura tra partiti politici e la società civile.²⁵

Senza pretesa di esaustività nell'offrire un'analisi delle singole disposizioni, si ritiene doveroso precisare brevemente la portata degli artt. 55, 56 e 57 del cts, in quanto determinante nella definizione dei rapporti tra il Codice del Terzo settore e il Codice dei Contratti pubblici.

L'art. 55 cts, rubricato 'Coinvolgimento degli enti del Terzo settore', è largamente rappresentativo delle evoluzioni dottrinali e giurisprudenziali nell'ambito dei SSIG e costituisce la norma generale che disciplina i rapporti tra PA ed ets nella gestione di

21 Cfr. *Ibidem*, 198; A. DONATO, *La Co-programmazione*, in *L'affidamento dei servizi sociali*, Milano, 2004, 104 e E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città* a cura di F. Di Lascio, F. Giglioli, Bologna, 2017, 38.

22 Quanto agli interessi diretti, si rappresenta che l'art. 11, co. 2 del cts ha introdotto una nozione *ad hoc* di imprenditore del Terzo settore; quanto, invece, agli effetti indiretti, può annoverarsi senza dubbio il prestigio e il ritorno d'immagine che l'Ente del Terzo settore potrebbe ottenere dalla partecipazione ad un progetto per una certa amministrazione. Sul punto cfr. C. IAIONE, *La città come bene comune*, in *Aedon*, I, 2013, par. 5.1, A. GIOVANNINI, *Terzo settore*, cit., 29 ss., e G. ARENA, *Introduzione all'Amministrazione condivisa*, cit. Questa impostazione sembra potersi superare alla luce della giurisprudenza costituzionale (n. 131/2020) che, nel chiarire i rapporti tra il Codice dei Contratti pubblici e il Codice del Terzo settore, ha stabilito l'applicabilità del d.lgs. n. 117/2017 in corrispondenza di un mero rimborso delle spese, prima interpretato dalla dottrina e giurisprudenza comunitarie come vero e proprio corrispettivo, legittimante l'applicazione della disciplina sugli appalti pubblici.

23 Cfr. E. ROSSI, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto e Società*, III, 2016, 528; M. LUCIANI, *Una discussione sui beni comuni*, in *Diritto e Società*, III, 2016, 380; R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Diritto amministrativo*, II, 2017, 223.

24 Cfr. F. BENVENUTI, *L'Amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 1978, 6 ss., *Idem*, *L'ordinamento repubblicano*, Padova, 1996.

25 Più approfonditamente v. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

quei servizi che rientrano nei settori di attività di interesse generale descritti all'art. 5 cts, ponendo a carico dell'ente pubblico il compito di coinvolgere gli enti iscritti al Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (Runts) nella programmazione, nella progettazione e nell'organizzazione dell'attività amministrativa. Dal momento che soggetto pubblico ed Enti del Terzo settore condividono i medesimi obiettivi nell'ambito delle attività elencate all'art 5 cts, la riforma del 2017 ha inteso implementare un «canale di amministrazione condivisa, alternativo a quella del profitto e del mercato»²⁶ fondato su un rapporto sinallagmatico, che coinvolga attivamente gli ets già nella fase del procedimento amministrativo, mediante forme di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento, e non più nella sola fase provvedimento di selezione del gestore ed erogazione del servizio, pur nel rispetto dei principi sanciti dalla legge 7 agosto 1990, n. 241. Per 'co-programmazione'²⁷ si intende il coinvolgimento degli ets in termini non co-decisorio, ma prettamente partecipativo al fine di individuare e selezionare i bisogni da soddisfare, gli interventi a tal fine necessari, le modalità di realizzazione e le risorse disponibili, per cui il relativo procedimento amministrativo è caratterizzato da un'istruttoria rafforzata, partecipativa e condivisa.²⁸ La 'co-progettazione'²⁹, invece, mira a definire ed eventualmente a realizzare in concreto specifici progetti di servizi o interventi volti a rispondere a determinati bisogni della collettività³⁰ e si avvicina molto, per questo, alle logiche del mercato, tant'è che la giurisprudenza ha più volte qualificato l'istituto come contratto di appalto, applicando il rito speciale di cui all'art 120 del Codice del processo amministrativo.³¹ La dottrina sul punto³² ha approfondito il rapporto tra co-programmazione e co-progettazione, specificando che la prima costituisce l'antecedente logico della seconda, per cui si può apprestare la seconda solo quando a monte vi sia stata la prima, come sottolineato anche dal d.m. n. 72/2021. In

26 Corte costituzionale, 26 giugno 2020, n. 131, punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

27 Art. 55, comma 2 del cts: «La co-programmazione è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili».

28 Più approfonditamente vedi L. GILI, *La co-programmazione e la co-progettazione su istanza di parte*, cit., 212 ss.; L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022, 25 ss.

29 Art. 55, comma 3 del cts: «La co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2».

30 V. E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, cit.; R. MORZENTI PELLEGRINI, *Le modalità di gestione dei servizi sociali nell'ambito dei servizi pubblici locali*, in *Manuale di legislazione dei servizi sociali* a cura di F. Manganaro, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari, Torino, 2020, 247 ss.; L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022, 25 ss.

31 Ciò è accaduto spesso con riferimento al rapporto tra le disposizioni della l. n. 328/2000 e la normativa regionale. V. a titolo esemplificativo TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 28 marzo 2017, n. 727 e TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 28 giugno 2016, n. 890.

32 Tra tutti v. E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, cit. e L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, cit.

ogni caso, come chiarito dal Consiglio di Stato³³, l'amministrazione precedente deve previamente stabilire gli obiettivi generali e specifici dell'intervento o del servizio, la durata, le caratteristiche e i criteri e modalità di individuazione degli enti, nel rispetto dell'art. 12 della l. n. 241/1990, che possono avvenire anche attraverso forme di accreditamento³⁴.

Gli artt. 56 e 57 cts hanno una portata più limitata rispetto all'articolo precedentemente analizzato: il primo disciplina le convenzioni che la PA può stipulare con del Organizzazioni di Volontariato (OdV) o con le Associazioni di Promozione Sociale (APS) per l'affidamento specifico dei servizi sociali; il secondo concerne l'affidamento del servizio di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza esclusivamente alle OdV. Entrambe le disposizioni presentano, quindi, un campo di applicazione limitato sia sotto il profilo soggettivo, applicandosi solo agli enti ivi indicati, sia sotto il profilo oggettivo, concernendo attività rientranti nell'ambito dei servizi sociali (art. 56 cts) o, ancora più specificamente, l'attività di trasporto sanitario di emergenza (art. 57 cts). Nell'applicazione di queste due disposizioni, come si farà cenno nel prossimo paragrafo, si sono generate tormentate vicende giurisprudenziali volte a differenziare la funzione e natura giuridica delle convenzioni disciplinate dal cts da quelle afferenti agli appalti di servizi sociali previste dal vecchio Codice dei Contratti pubblici.

4. *I rapporti tra vecchio Codice dei Contratti pubblici e il Codice del Terzo settore.*

Le dinamiche descritte che caratterizzano i rapporti tra regime concorrenziale e regime di amministrazione condivisa nella gestione dei servizi sociali permeano altresì i rapporti tra le rispettive normative di riferimento, ovvero il Codice dei Contratti pubblici e il Codice del Terzo settore. Nell'assenza di norme espresse di coordinamento, la connessione tra i predetti codici è sempre stata oggetto di nutrita attività interpretativa e di studio da parte della dottrina e della giurisprudenza, che, se parevano giunte a soluzioni concordanti e inequivoche con l'approvazione da parte del consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) delle Linee guida n. 17 del 27 luglio 2022³⁵ recanti 'Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali', sono tornate ad affrontare il problema a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti pubblici, di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

33 Consiglio di Stato, parere 31 maggio 2017, n. 927.

34 Art. 55, comma 4 del cts: «Ai fini di cui al comma 3, l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione precedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner».

35 Delibera ANAC n. 382 del 27 luglio 2022.

L'iter di progressiva legittimazione del Codice del Terzo settore e della c.d. teoria dell'amministrazione condivisa, quale forma di gestione alternativa rispetto a quella concorrenziale, può riassumersi in tre fasi distinte.

La prima fase è cristallizzata nel recente parere del Consiglio di Stato n. 2052/2018³⁶, che manifesta la parziale diffidenza emersa dalla dottrina e dalla giurisprudenza per i nuovi istituti giuridici cooperativi, da considerarsi inutilizzabili se contrastanti con la normativa comunitaria sulla libera concorrenza. In particolare, secondo i Giudici di Palazzo Spada «in considerazione della primazia del diritto euro-unitario, la disciplina recata dal Codice dei Contratti pubblici prevale in ogni caso sulle difformi previsioni del cts, ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto euro-unitario: troverà, in questi casi, applicazione il meccanismo della disapplicazione normativa, costituente un dovere sia per il Giudice sia per le Amministrazioni».³⁷ Le norme e i principi comunitari in tema di libera concorrenza, così come recepiti nel Codice dei Contratti pubblici del 2006 e del 2016, sono dunque considerati una fonte normativa gerarchicamente superiore al Codice del Terzo settore, per cui si ritiene applicabile il meccanismo della disapplicazione, affermato dalla Corte di giustizia (CGUE) fin dalla Sentenza del 9 marzo 1978, *Simmenthal*³⁸, ogniqualvolta dovesse sorgere un insanabile contrasto tra la disciplina del Codice dei Contratti pubblici e quella del Codice del Terzo settore, con prevalenza della prima sulla seconda, dimostrando chiara preferenza per il regime concorrenziale³⁹.

Alla luce delle riflessioni critiche sollevate dalla dottrina prevalente⁴⁰ nei confronti dell'orientamento sopra rappresentato, il Consiglio di Stato⁴¹ si è nuovamente espres-

36 Cfr. anche A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei Contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus. Rivista giuridica dei servizi pubblici*, I, 2019, 145 ss.; E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, cit.; *idem*, *I rapporti con la Pubblica Amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore*, in *non profit*, III, 2017, 157 ss.; L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, cit.

37 Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 26 luglio 2018, n. 2052, n. affare 01383/2018, recante 'Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC. Normativa applicabile agli affidamenti dei servizi sociali alla luce del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e del D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117'.

38 Corte di Giustizia UE. 9 marzo 1978, causa 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal SpA*.

39 La lettura in chiave prettamente pro-concorrenziale del Consiglio di Stato sembra dovuta principalmente al sospetto che l'applicazione degli artt. 55, 56 e 57 del cts possa concretamente eludere le garanzie procedurali tipiche dei contratti pubblici.

40 Secondo parte della dottrina, infatti, l'orientamento dei Giudici di Palazzo Spada non considera né valorizza le finalità della riforma del Terzo settore e i principi costituzionali su cui essa si basa, ossia quello di solidarietà e sussidiarietà orizzontale, per i quali è ammissibile un rapporto tra PA ed ets incentrato su criteri diversi da quello della libera concorrenza, senza per questo violare la normativa comunitaria. In tal senso vedi G. ARENA E ALTRI, *Il diritto del terzo settore preso sul serio*, https://www.labsus.org/wp-content/uploads/2019/03/Welfare-Oggi_estratto-1-2019.pdf, 2019; M. DEL SIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Diritto Amministrativo*, III, 2018, 587 ss.; A. ALBANESE, *I servizi sociali*, cit., p.139; S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali*, in *Pubblica amministrazione e Terzo settore* a cura di S. Pellizzari, A. Magliari, Napoli, 2019, 110.

41 Consiglio di Stato, sezione consultiva, n. 03235 del 27 dicembre 2019

so sul tema, da un lato confermando il valore autonomo e originario della disciplina contenuta nel Codice del Terzo settore e, dall'altro, affermando la equiordinazione tra gli strumenti di amministrazione condivisa e le procedure amministrative competitive. Questa posizione, peraltro ribadita anche dall'ANAC⁴², sostiene l'estraneità della co-progettazione alla normativa sugli appalti pubblici e, dunque, l'autonomia e indipendenza della relativa normativa, quando: *i*) non abbia carattere selettivo e la procedura sia aperta tutti gli operatori economici; *ii*) non sia finalizzata all'affidamento e alla co-gestione a titolo oneroso del servizio sociale; *iii*) presupponga l'affidamento del servizio sociale a titolo gratuito.⁴³

Questa seconda fase ha poi trovato pieno riconoscimento e consacrazione nella sentenza della Corte costituzionale n. 131/2020⁴⁴ che, occupandosi di chiarire la compatibilità tra Codice del Terzo settore e normativa comunitaria *antitrust* – e, dunque, i rapporti tra cts e Codice dei Contratti pubblici –, ha riconosciuto valore autonomo all'amministrazione condivisa, quale vera propria 'procedimentalizzazione del principio di sussidiarietà', ontologicamente distinta dalle procedure selettive, e ne ha affermato il valore costituzionale, in quanto espressione del pluralismo sociale e della solidarietà che l'art. 2 Cost. pone tra i valori fondanti l'ordinamento giuridico. Dall'orientamento comunitario, che, inizialmente indifferente, ha mostrato un'apertura verso la teoria dell'amministrazione condivisa a seguito del Trattato di Lisbona⁴⁵, e dallo spazio di libertà concesso agli Stati membri per la gestione dei servizi di interesse generale, la Consulta ha trovato terreno fertile per affermare l'autonomia e l'alternatività dei due corpi normativi, superando l'orientamento del Supremo Consesso amministrativo che sosteneva la subordinazione e la cedevolezza della disciplina del cts. La citata sentenza ha ispirato altresì l'intervento legislativo tradottosi nel d.l. n. 76/2020⁴⁶, che ha modificato gli artt. 30, co. 8, 59, co.1 e 140 del Codice dei Contratti pubblici del

42 Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), delibera n. 200 del 13 marzo 2019, fascicolo n. 70/2019.

43 In tal senso si è espressa anche parte della giurisprudenza, v. TAR Lombardia, sez. I, sentenza 3 aprile 2020, n. 593 e TAR Campania, sez. III, sentenza 2 luglio 2019, n. 3620, nella quale il giudice amministrativo ha chiarito che la co-progettazione e la gara d'appalto rispondono ad impostazioni, approcci e finalità diverse, per cui le rispettive normative non possono essere sovrapponibili.

44 La Corte costituzionale ha ribadito il proprio orientamento con successiva sentenza 15 marzo 2022, n. 72, confermando che il Codice dei Contratti pubblici non deve interferire sugli istituti di cooperazione previsti dal d.lgs. n. 117/2017. Il Giudice costituzionale afferma che già in sede comunitaria si è cercato di «smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà» riconoscendo in capo agli Stati membri la possibilità di utilizzare nei servizi a spiccata valenza sociale modelli di organizzazione improntati a logiche non concorrenziali, ma solidali e cooperative. Non a caso la Corte fa riferimento sia alla direttiva n. 24/2014 sia alle citate sentenze della CGUE *Spezzino* (2014) e CASTA (2016) (v. nota n.6)

45 In tema, si ricordano la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 24 del 26 febbraio 2014 e le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) *Spezzino* (2014) e CASTA (2016).

46 Cfr. d.l. 6 luglio 2020, n. 76, convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120, recante 'Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali' (Decreto Semplificazioni).

2016, stabilendo che «Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile». ⁴⁷ Alla luce della pronuncia del Giudice delle Leggi e della dichiarata autonomia ed equiordinazione dei due corpi normativi, alla Pubblica amministrazione è pertanto attribuita la facoltà di scegliere, sussistendone i presupposti necessari e sulla base delle proprie valutazioni in termini di efficienza, efficacia ed economicità, quando ricorrere alla stipula di un contratto di appalto per acquistare prestazioni e quando, invece, avvalersi delle procedure collaborative previste dal cts, pur sempre garantendo la piena trasparenza nell'assunzione della scelta. ⁴⁸

La scelta tra una o l'altra forma di gestione, oltre che dipendere da una scelta politica «legata alla discrezionalità della PA stessa, tesa a valorizzare il principio di concorrenza fra operatori economici [...] o il principio di sussidiarietà orizzontale, unitamente ai principi dell'evidenza pubblica propria dei procedimenti amministrativi» ⁴⁹, non deve mirare ad eludere i principi comunitari sulla tutela della concorrenza e sugli aiuti di Stato. ⁵⁰ Da tale premessa e alla luce della definizione di appalto come contratto a titolo oneroso deriva che la PA deve attivare una procedura concorrenziale finalizzata all'affidamento di un contratto pubblico ogniqualevolta quest'ultimo preveda lo svolgimento di prestazioni a fronte di un corrispettivo; può invece utilizzare gli strumenti previsti nel Titolo VII del cts qualora intenda costituire un rapporto di collaborazione a titolo gratuito con un ets, fondato sulla co-responsabilità e la condivisione, a partire dalla creazione del progetto fino all'erogazione del servizio. Pertanto, i procedimenti di co-programmazione e co-progettazione rimangono estranei alla disciplina contrattualistica e all'applicazione del ccp esclusivamente laddove prevedano il comprovato

⁴⁷ Art. 30, comma 8 del d.lgs. n. 50/2016, così come modificato dal d.l. 6 luglio 2020, n. 76.

⁴⁸ La gestione dei SSIG può quindi avvenire attraverso la stipula di un contratto d'appalto all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, dunque in regime concorrenziale (concorrenza per il mercato) o attraverso lo strumento dell'amministrazione condivisa, che può prevedere la stipula di patti di collaborazione ai sensi della l. n. 241/1990 o la realizzazione di una co-progettazione ai sensi dell'art. 55 cts.

⁴⁹ Per un approfondimento sulla scelta politica e/o discrezionale amministrativa della PA nella gestione dei servizi, tesa sempre al più efficace raggiungimento dell'interesse pubblico, vedi il *Vademecum 'L'affidamento dei servizi sociali nel dialogo tra Codice dei Contratti pubblici e Codice del Terzo settore'*, <https://www.anci.it/coprogetta-vademecum-affidamento-servizi-sociali/>.

⁵⁰ Cfr. R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 209-234; A. ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e Terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, in *Istituzione del Federalismo*, I, 2022, 662 ss.; S. S. COCA, *L'amministrazione condivisa nei servizi sociali: una complessa strada ancora da percorrere*, in *Il Diritto dell'economia*, III, 2021, 83-112.

requisito della gratuità, dal momento che la normativa antitrust si interessa dei soli affidamenti onerosi.⁵¹

Sul significato del termine ‘gratuità’ nell’attività di co-progettazione (art. 55 cts) si è dibattuta a lungo sia la dottrina che la giurisprudenza comunitaria e nazionale, dividendosi prevalentemente in due fazioni. Da una parte vi è quella corrente di pensiero che adotta una nozione di gratuità rigida ed assolutistica, secondo la quale tale requisito sussiste quando vi è «un aumento patrimoniale da parte della collettività, cui corrisponde una diminuzione patrimoniale di altro soggetto»⁵²; altra corrente di pensiero, invece, sostiene una nozione pubblicistica di gratuità, secondo la quale è sufficiente l’assenza di un incremento patrimoniale dell’Ente del Terzo settore per l’attività svolta.⁵³

Il diverso significato del termine in oggetto incide direttamente sull’ammissibilità del rimborso delle spese sostenute dall’ente nell’erogazione della prestazione. Adottando la prima – e più risalente – tesi esposta, la sussistenza del requisito della gratuità per l’applicazione della normativa del cts dipende dall’assenza di qualsivoglia forma di remunerazione, anche indiretta, dei fattori produttivi. In tal senso, i rimborsi spese conseguiti dagli enti affidatari vengono qualificati come veri e propri corrispettivi che giustificano l’applicazione della normativa del ccp, equiparando le convenzioni ai contratti d’appalto.⁵⁴ Adottando la seconda tesi, invece, il requisito della gratuità sussiste anche in presenza della corresponsione di un mero rimborso spese («documentate spese vive, correnti e non di investimento») sostenute dall’ente per l’erogazione del servizio. Quest’ultima tesi ha cominciato ad affermarsi a partire dalle sentenze della CGUE *Spezzino* e *CASTA*⁵⁵ e ha trovato adesione anche nella dottrina e nella giurisprudenza italiane⁵⁶. Secondo l’orientamento oggi prevalente, nonostante persistenti

51 Sul concetto di gratuità si veda Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2021, n. 6232;

52 V. Consiglio di Stato, parere n. 2052/2018.

53 Cfr. L. GORI, *Il tema della gratuità nell’amministrazione condivisa*, <https://www.cantiereterzosettore.it/il-tema-della-gratuita-nellamministrazione-condivisa/>, 27 giugno 2023.

54 La possibilità che i rimborsi corrisposti alle OdV celino forme surrettizie di corrispettivo è stata evidenziata dalla sentenza della CGUE, C-119/06, Commissione c. Regione Toscana, che ha dichiarato illegittimi i rimborsi forfettari e onerose le relative prestazioni.

55 V. nota n.6. Cfr. anche la sentenza della CGUE, C-119/06, Commissione c. Regione Toscana. Sul tema cfr. A. ALBANESE, *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, in *Munus*, I, 2012, 115 ss.; F. SANCHINI, *L’affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di Giustizia e del giudice amministrativo: il problematico contemperamento tra principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in *Federalismi.it*, 4 maggio 2016; E. CARUSO, *L’evoluzione dei servizi alla persona nell’ordinamento interno e in quello europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2017, 1113 ss.

56 Cfr. D. D’ALESSANDRO, *Funzione amministrativa e causa negoziale nei contratti pubblici non onerosi*, Napoli, 2018, 10; A. LOMBARDI, *Gli strumenti collaborativi tra PA e Terzo settore nel sistema delle fonti*, in *I rapporti fra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore*, a cura di A. Fici, L. Gallo, F. Gigliani, Napoli, 2020, 42 ss.; P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, cit.; A. ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell’ambito dei servizi sociali*, cit.; Consiglio di Stato, parere n. 01382 del 2018; TAR Campania, sez. staccata di Salerno, sez. I, 19 gennaio 2021, n. 158; TAR Toscana, sez. III, 4 ottobre 2021, n. 1260.

e recenti contrasti⁵⁷, se in via generale l'affidamento dei servizi sociali deve rispettare la normativa pro-concorrenziale dettata dal diritto comunitario in quanto genericamente configurabile come appalto, è possibile e legittima una deroga ogniqualvolta l'affidamento a un ets abbia ad oggetto l'erogazione di un servizio sociale a titolo integralmente gratuito, salva l'ammissibilità del mero rimborso dei costi variabili, fissi e durevoli nel tempo, che non procuri alcun profitto ai membri dell'ente.⁵⁸

Meno controverso è invece il tema dell'onerosità/gratuità nei successivi artt. 56 ("Convenzioni") e 57 ("Servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza") cts, che, sebbene recenti pronunce contrarie⁵⁹, sembra assestarsi nel senso che la corresponsione di un mero rimborso esclude la necessità di espletare una gara d'appalto.⁶⁰

Sul tema dell'applicabilità o meno del ccp in presenza di attività di co-progettazione tra PA e gli ets, dottrina⁶¹ e giurisprudenza⁶² hanno altresì affrontato l'interessante questione legata alla concezione 'naturalistica' di impresa, rilevante nell'ordinamento comunitario, di cui si vuole fare un brevissimo cenno. Superando quella prassi che si era affermata con gli anni, per la quale la gestione dei servizi sociali poteva avvenire sempre attraverso un affidamento diretto alle OdV tramite stipula di apposita convenzione, ritenendo aprioristicamente escluso l'Ente del Terzo settore dalla definizione di impresa e negando la possibile sinallagmaticità del rapporto tra questo e la PA, la giurisprudenza europea ha affermato l'irrilevanza della natura *no profit* dell'ente affidatario ai fini dell'applicazione delle norme pro-concorrenziali quando questo svolge attività economica.⁶³ Secondo l'orientamento euro-unitario, infatti, «l'impresa è un concetto non normativo ma, per così dire, naturalistico, attenendo ad ogni fenomeno oggettivamente economico»⁶⁴, per cui deve ritenersi errato considerare in modo perentorio

57 V. Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2021, n. 6232; TAR Basilicata sez. I, 12 gennaio 2022, n. 44 e TAR Brescia, sez. I, 27 dicembre 2022, n. 1380. In tali pronunce, il giudice ha ritenuto che qualora ad un soggetto non profit sia consentito produrre introiti di natura commerciale non si è più in presenza di un rapporto giuridico fondato sulla gratuità.

58 In tal senso, v. Consiglio di Stato, parere n. 2052/2018; Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2021, n. 6232; Direttiva UE n. 24/2014; A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei Contratti pubblici*, Cit., 178. Secondo l'A. «[...] a connotare la co-progettazione quale strumento di tipo sussidiario e solidaristico e a differenziarla dal partenariato di tipo contrattuale, previsto dal ccp, regolato dal principio di concorrenza e basato sulla reciproca convenienza, innanzitutto economica, dei soggetti coinvolti, strettamente legata ai modi di funzionamento del mercato» solo la partecipazione attiva degli ets e proprio l'individuazione delle risorse messe in campo dalle parti per la realizzazione del servizio. V. anche A. ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e Terzo settore nell'ambito dei servizi sociali*, cit., 662.

59 TAR Toscana, sez. I, 1° giugno 2020, n. 666, commentata da L. GORI, *Tanti giudici e poco Legislatore? A proposito di rapporti tra P.A. – Terzo settore*, in *Impresa sociale*, 2 giugno 2020.

60 V. Consiglio di Stato, sez. III, n. 5199/2020; TAR Campania, sez. V, n. 2227/2021; TAR Piemonte, sez. I, n. 719/2022.

61 Cfr. F. GASPARI, *L'agenda digitale europea e riutilizzo dell'informazione del settore pubblico: il riutilizzo dei dati ipotecari e catastali*, Torino, 2016, 41 ss.

62 In sede consultiva, v. Consiglio di Stato, parere n. 2052/2018.

63 V. E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, cit., 231.

64 Consiglio di Stato, parere n. 2052/2018.

e apodittico esclusa la co-progettazione da qualsivoglia profilo di contrasto con la normativa europea *antitrust*: ogni volta che un Ente del Terzo settore si qualifica come impresa ai sensi dell'art. 2082 cod. civ. ed è riconosciuto per l'erogazione del servizio un corrispettivo «idoneo ad assicurare un utile di impresa, determinato sulla base dell'importo a base d'asta [...], si applicherà il [Codice dei Contratti pubblici], venendo ad esistenza un rapporto a prestazioni corrispettive»^{65, 66}.

Un passo ulteriore è stato fatto con l'adozione delle Linee guida ANAC 2022⁶⁷, che hanno inteso fornire alle amministrazioni pubbliche indicazioni concrete sulle modalità di svolgimento delle procedure per l'applicazione degli strumenti previsti nel Titolo VII del cts. In tale contesto, le citate Linee guida hanno dichiarato estranei all'ambito di applicazione del ccp gli strumenti della co-programmazione, co-progettazione e le convenzioni di cui all'art. 56 cts, alla luce del novellato art. 30 ccp, specificando che agli stessi è comunque applicabile la disciplina della l. n. 241/1990 e le norme in materia di pubblicità e trasparenza previste dal d.lgs. n. 33/2013. Hanno chiarito, inoltre, con espressione poco felice, che deve considerarsi ammissibile e ordinario l'impiego degli strumenti predisposti dal cts ogniqualvolta sia ritenuto opportuno e conveniente alla luce del principio di buon andamento della PA e dei suoi corollari, anche se questi sono realizzati a «titolo oneroso».⁶⁸ L'infelicità di quest'ultima formulazione deriva proprio dal fatto che la nozione di onerosità è normalmente utilizzata per caratterizzare i contratti di appalto.⁶⁹ Secondo l'orientamento ampiamente prevalente⁷⁰, tuttavia, tale formulazione deve essere letta in modo sistematico, contestualizzandola nell'ambito in cui è inserita, riferendosi non all'attribuzione di un corrispettivo per le prestazioni erogate, ma alle risorse messe a disposizione dalla PA per la realizzazione delle attività oggetto

65 Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 31 marzo 2021, n. 72, par. 1.1, 6.

66 L'art. 11, comma 2 del cts ha introdotto una definizione *da hoc* di 'imprenditore del terzo settore', che si affianca a quella generale di cui all'art. 2082 cod. civ. e a quella di cui alla disciplina dell'Impresa sociale (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112). Cfr. A. GIOVANNINI, *Terzo settore: il profilo sociale come nuovo genere di ricchezza*, in *Rivista di diritto tributario*, I, I, 2022, 32.

67 Linee guida n. 17 approvate dal Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione con delibera n. 382 del 27 luglio 2022. Cfr. D. CALDIROLA, *Il terzo settore nello stato sociale in trasformazione*, Napoli, 2021, 209; L. GALLO, *Le linee guida sul rapporto tra PA ed ETS negli istituti collaborativi del Codice del Terzo settore*, in *Tertjus*, <https://terzjus.it/articoli/note-e-commenti/le-linee-guida-sul-rapporto-tra-pa-ed-ets-negli-istituti-collaborativi-del-codice-del-terzo-settore-nota-al-decreto-ministeriale-n-72-del-31-03-2021-di-approvazione-delle-linee-guida/>

68 Proprio in ragione della complessità dei rapporti tra il Codice del Terzo Settore (che si ispira al principio di solidarietà) e il Codice dei Contratti Pubblici (che si ispira invece al principio della libera concorrenza), la Sezione consultiva del Consiglio di Stato, con parere 3 maggio 2022, n. 802, aveva sospeso per approfondimenti istruttori la pubblicazione delle Linee guida ANAC per gli affidamenti dei servizi sociali agli ets. Cfr. L. GORI, *La sentenza 255 e i confini interni del Terzo settore*, forum online della rivista *Impresa sociale*, 2020.

69 V. direttiva UE n. 24/2014, art 2, n. 5.

70 Cfr. A. ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali*, cit., 666.

della co-progettazione o dell'affidamento, che non consentono agli ets di conseguire un utile, quanto, piuttosto, di raggiungere l'equilibrio finanziario.

L'importanza chiarificatrice delle citate Linee guida è stata sottolineata anche dal Consiglio di Stato in sede di valutazione preliminare delle stesse, il quale ha preso atto della «linea evolutiva della disciplina degli affidamenti dei servizi sociali che, rispetto a una fase iniziale di forte attrazione nel sistema della concorrenza e del mercato, sembra ormai chiaramente orientata nella direzione del riconoscimento di ampi spazi di sottrazione a quell'ambito di disciplina»⁷¹, fornendo un importante sostegno al «processo di ricomposizione del conflitto fra l'approccio solidaristico e quello concorrenziale nelle modalità di rapporto fra enti pubblici ets [...]»⁷².

5. *Brevi cenni al nuovo Codice dei Contratti pubblici e ai profili di criticità.*

Si ritiene doveroso, in questa sede, accennare brevemente alle nuove frontiere che dottrina e giurisprudenza sono chiamate oggi ad esplorare alla luce dell'entrata in vigore nel nuovo Codice dei Contratti pubblici, approvato con d.lgs. n. 36/2023 ed entrato in vigore il 1° luglio 2023. La riforma, infatti, se da un lato completa il cammino avviato con la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020, riconoscendo la coesistenza e l'equivalenza di due modelli organizzativi alternativi, quali il modello concorrenziale e quello dell'amministrazione condivisa, dall'altro genera qualche tensione applicativa nella disciplina dei rapporti tra i due codici.

L'art. 6 del nuovo ccp⁷³ consente alla Pubblica Amministrazione, in attuazione dei principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale, di avviare modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, con gli Enti del Terzo settore per la gestione di attività a spiccata valenza sociale. L'alternatività tra concorrenza e co-progettazione viene ulteriormente sottolineata dall'ultimo periodo del citato articolo, ove si prevede che non rientrano nel campo di applicazione del codice gli strumenti di amministrazione condivisa disciplinati nel Titolo VII del cts. Dunque, sulla scia di quanto già affermato nelle Linee guida ANAC, il nuovo ccp intende confermare l'esistenza di «uno spazio giuridico distinto, governato da presupposti, discipline procedurali, relazioni giuridiche e obiettivi differenti da quelle del Codice dei contratti

71 Consiglio di Stato, sez. consultiva per gli Atti Normativi, 3 maggio 2022, n. 802.

72 A. ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali*, cit., 667.

73 D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, art. 6: «In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi i contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017».

pubblici»⁷⁴. In tale contesto, viene valorizzato il principio del risultato, definito all'art. 1 del nuovo ccp e strettamente legato al principio di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), quale criterio attraverso cui la PA esercita il proprio potere discrezionale per l'individuazione della regola da applicare ai casi concreti. Secondo tale principio, la PA è tenuta a scegliere gli strumenti e le forme di gestione che meglio perseguono l'interesse pubblico, in termini di efficienza, efficacia, libera accessibilità, tempestività e qualità/prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Come già accennato, tuttavia, la Riforma ha altresì creato nuovi profili di criticità in relazione ai casi di applicabilità dell'una o dell'altra disciplina, su cui dottrina e giurisprudenza saranno chiamate a fornire i loro prezioso contributo chiarificatore.

In *primis*, è controverso l'esatto significato della formulazione «attività a spiccata valenza sociale», che sembra volersi differenziare da quello di attività di interesse generale, già disciplinata nel nostro ordinamento, e genera dubbi sull'effettiva portata della stessa, potendosi intendere limitata a quei servizi sociali di cui all'art. 5, co 1, lett. a) o estesa a tutte le attività declinate nello stesso art. 5 cts.

In secondo luogo, parte della dottrina si interroga su quale sia stato il motivo che ha spinto il Legislatore a specificare nell'art. 6 ccp che gli ets devono perseguire finalità sociali «in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente», quando l'art. 55 del cts già impone il rispetto di tali principi, sia rinviando espressamente alle norme della l. n. 241/1990, sia disponendo al comma 4 che «l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento».

Infine, autorevoli giuristi⁷⁵ mettono in discussione la stessa necessità e rilevanza del primo periodo dell'art. 6 ccp, che fornisce una 'descrizione' di amministrazione condivisa, qualificandolo come norma non precettiva che si limita a ripetere ciò che è già compiutamente disciplinato dal Codice del Terzo settore. Inoltre, mancando il Legislatore di uniformità linguistica, si pone il dubbio sull'effettiva sovrapponibilità del concetto di amministrazione condivisa descritto all'art. 6 del nuovo ccp e quello previsto nel Titolo VII del cts. Alla luce delle recenti acquisizioni ottenute con le ultime Linee guida ANAC, infatti, non sarebbe stato necessario introdurre «nuove e contraddittorie disposizioni in un quadro normativo e interpretativo che ha faticato ad

74 G. SEPIO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici legittima l'amministrazione condivisa*, <https://gabrielesepio.com/il-nuovo-codice-dei-contratti-pubblici-legittima-lamministrazione-condivisa-riconoscere-valenza-sociale-a-tutte-le-attivita-degli-enti-del-terzo-settore/>, 6 aprile 2023.

75 L. GORI, *Codice dei contratti pubblici, alcune osservazioni sul rapporto tra Pa e Terzo settore*, <https://www.cantiereterzosettore.it/codice-dei-contratti-pubblici-alcune-osservazioni-sul-rapporto-con-il-terzo-settore/>, 12 gennaio 2023.

afferinarsi nella sua ‘versione’ attuale [...] e che, proprio per questo, richiede ora un auspicio e necessario periodo di armonico consolidamento e di lineare applicazione»⁷⁶.

6. *Riflessioni conclusive.*

La nutrita elaborazione dottrinale venutasi a creare nell’ambito della disciplina di coordinamento tra il Codice dei Contratti pubblici e il Codice del Terzo settore, originata talvolta a monte e talvolta a valle delle pronunce giurisprudenziali, ha permesso, come si è visto, di sopperire alle lacune e alla disorganicità normativa, mantenendo uno sguardo critico sulle norme introdotte dal Legislatore e permettendo un adeguamento continuo dell’ordinamento nazionale ai principi comunitari e all’evoluzione delle esigenze sociali. La disciplina sul Terzo settore e sulle interazioni tra questo e la normativa *antitrust* si è sviluppata ed è in costante ricerca della giusta dimensione proprio grazie all’incessante lavoro degli operatori del diritto e alla irrinunciabile dialettica tra la dottrina e la giurisprudenza, che insieme costituiscono i binari su cui viaggia e si evolve la cultura giuridica. In questo ambito, l’operato degli studiosi e pratici del diritto ha giocato e gioca tutt’oggi un ruolo fondamentale e più che mai delicato – specialmente per le conseguenze sugli equilibri politici e sociali –, trattandosi di una materia che presenta categorie e definizioni concettuali *border line* tra garanzie pubblicistiche e autonomia privata (con tutti i corollari che l’applicazione della rispettiva disciplina comporta), che necessitano di continue interpretazioni, adeguamenti e aggiornamenti per tenere il passo di una società in costante mutamento. La riforma del Terzo settore, in questo senso, nonostante non sia riuscita a sedare definitivamente le tensioni fra il modello concorrenziale e quello solidaristico/sussidiario nei rapporti tra PA ed ets, ha avuto l’innegabile merito di aver fatto da «catalizzatore per un percorso di riflessione non solo teorica, ma anzi dotata di evidenti risvolti applicativi»⁷⁷. L’elaborazione scientifica e l’esperienza giurisprudenziale, in particolare, sono state in grado di percepire e concretizzare l’esigenza di superamento del modello tradizionale bipolare, favorendo un modello multipolare allargato di gestione dei servizi governato dalla logica del risultato, per la quale la PA è tenuta a scegliere nel suo agire discrezionale quegli strumenti che permettano la più efficace, efficiente ed economica amministrazione dei servizi e, dunque, l’ottimale raggiungimento dell’interesse sociale. Hanno valorizzato il principio di sussidiarietà orizzontale, quale strumento per raggiungere il contesto sociale più vicino alla persona, correggendo e limitando quella cultura di matrice neoliberale⁷⁸

76 G. MAROCCHI, A. SANTUARI, *Terzo settore e Pa: dal nuovo Codice degli appalti più dubbi che certezze*, <https://www.cantiereterzosettore.it/terzo-settore-e-pa-dal-nuovo-codice-degli-appalti-piu-dubbi-che-certezze/>, 16 dicembre 2022.

77 A. ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e Terzo settore nell’ambito dei servizi sociali*, cit., 644.

78 Cfr. P. DARDOT, C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, trad. it., Roma, 2013.

che ha confinato la PA a mera intermediaria fra i fabbisogni e il mercato dei servizi, aprendo così la possibilità di «marcare la differenza, di tornare a rappresentare una alternativa al meccanismo del semplice scambio economico»⁷⁹.

Tuttavia, nonostante il peso che la Letteratura e le decisioni dei Giudici hanno avuto sull'evoluzione normativa, sul versante pratico è evidente che l'intenso contenzioso che ha caratterizzato questi ultimi anni è indice di una persistente incertezza e oscurità della disciplina, che ha spesso condizionato le scelte degli enti pubblici in sede di affidamento dei servizi agli ets, scoraggiando oltremodo il ricorso agli strumenti collaborativi previsti nel Titolo VII del cts in assenza di una chiara norma di coordinamento con il ccp. Il novellato Codice dei Contratti pubblici, se da un lato ha ribadito e confermato l'autonomia della disciplina del cts, ha dall'altro mantenuto un coefficiente di 'ibridazione' che, pur comprensibile «nell'ottica di integrare elementi e requisiti che potrebbero rafforzare le procedure di affidamento in taluni comparti di servizi alla persona, rischierebbe[ro] tuttavia di ingenerare incertezze interpretative e forse una eccessiva 'neutralizzazione' delle diverse tipologie giuridiche soggettive non profit»⁸⁰, di fatto scaricando nuovamente sugli studiosi e operatori del diritto l'onere di pervenire a soluzioni interpretative più adeguate, con il rischio di un'applicazione eterogenea della disciplina.

ABSTRACT: L'evoluzione del pensiero e della cultura giuridica in tema di libera concorrenza ha influenzato in modo significativo la produzione normativa nazionale e sovranazionale, specialmente a partire dal processo di integrazione europea. Il paradigma della concorrenza non esaurisce la sua portata nell'ambito del Secondo settore (mercato), ma orienta e condiziona altresì i rapporti tra la pubblica amministrazione (Primo settore) e il Terzo settore, originando fervide dispute circa la disciplina applicabile, con particolare riferimento ai servizi sociali di interesse generale (SSIG). L'originaria e prevalente corrente classica, fautrice della libera concorrenza come obiettivo fondamentale per un Mercato Unico Europeo e su cui poggiano il Codice dei contratti pubblici del 2006 e del 2016, sembra ora lasciare spazio ad una corrente più moderna, sostenitrice del principio di solidarietà e sussidiarietà orizzontale, che si riflette nella disciplina del Codice del Terzo settore e trova altresì riconoscimento nel nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023. La concorrenza diviene non più un obiettivo da raggiungere, ma uno dei mezzi attraverso i quali la Pubblica amministrazione realizza l'interesse collettivo, a cui si affiancano forme diverse di economia che possono dimostrarsi nel caso concreto più efficaci, efficienti ed economiche. In questo contesto, emerge il concetto di 'amministrazione condivisa' che trova attuazione negli artt. 55,

79 A. PIOGGIA, *Pubbliche amministrazioni e terzo settore: intersezioni e trasformazioni*, in *Istituzioni del Federalismo*, III, 2022, 569.

80 C. GOLINO, A. SANTUARI, *Gli Enti del terzo settore e la co-amministrazione: ruolo della giurisprudenza e proposte de jure condendo*, in *Istituzioni del Federalismo*, III, 2022, 693.

56 e 57 del cts, quali strumenti di gestione alternativi alla concorrenza e incentrati sulla collaborazione e sulla condivisione dell'attività amministrativa. Nella regolamentazione dei rapporti tra concorrenza e amministrazione condivisa – e, dunque, tra Codice dei Contratti pubblici e Codice del Terzo settore – ha assunto un ruolo importante l'elaborazione dottrinale, che, nell'oscurità del dettato normativo, si è occupata di predisporre soluzioni di coordinamento, poi adottate anche dalla giurisprudenza.

PAROLE CHIAVE: Concorrenza – Amministrazione condivisa – Principio di sussidiarietà – Co-progettazione – Terzo settore.

Oswaldo Nicolò Rasa*

ISTIGAZIONE AL SUICIDIO. DICHIARAZIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ,
TRA SPINTE ETICHE, SOCIALI E SCIENTIFICHE PER IL RIDIMENSIONAMENTO
DELLA FATTISPECIE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il fine vita: autodeterminazione e consenso informato. – 3. Vicende umane e giudiziali: Welby, Englaro, Antoniani. – 4. La Corte Costituzionale: cultura giuridica e procedure scientifiche per la creazione di una ‘scriminante procedurale’. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

L'esplorazione del rapporto tra cultura giuridica e giustizia fornisce un contesto propizio per analizzare il delitto di istigazione o aiuto al suicidio, delineato dall'articolo 580 del codice penale italiano, e la sua recente reinterpretazione orientata alla prospettiva costituzionale. Il tema della vita e della sua conclusione ha dato origine a vivaci discussioni¹ tra giuristi e Corti, intrinsecamente intessute di sfumature etiche e morali che hanno reso complesso un approccio normativo al fenomeno.

È da notare che un intervento legislativo significativo sulla tematica del «fine vita» si è materializzato con l'introduzione dei concetti di «consenso informato» e «autodeterminazione terapeutica» nella legge 217 del 2019. Questa legislazione, derivante dall'articolo 32, comma 2, della Costituzione italiana, è emersa dopo un dibattito approfondito nel Parlamento, enfatizzando la valorizzazione della libertà di autodeterminazione come diritto inviolabile e supremo. Al di là di ciò, la legge ha voluto identificare nella

* Dottorando di ricerca in Giurisprudenza nell'Università di Padova

1 Cfr., in via meramente esemplificativa, L. IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate*, Milano, 2000, 45 ss.; P. CENDON, *Le direttive anticipate*, in *Pol. dir.*, 2002, 639 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate*, in *Famiglia*, 2004, 1084 ss.; G. SPOTO, *Direttive anticipate, testamento biologico e tutela della vita*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 179 ss.; C. DONISI, *Testamento biologico: quale rilevanza?*, in *Diritto e diritti di fronte alla morte: dall'eutanasia al diritto di morire*, a cura di M. Corleto, Napoli, 2006, 102 ss.; D. MALTESE, *Il testamento biologico*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 1, 526 ss.; L. BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in *Famiglia*, 2006, 435 ss.; ID., *L'autodeterminazione nel 'fine vita'*, in *Riv. trim.*, 2011, 1009 ss.; G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, in *Vita not.*, 2007, 4 ss.; M. SESTA, *Riflessioni sul testamento biologico*, in *Fam. dir.*, 2008, 407 ss.; E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, Milano, 2008, 34 ss.; F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, 72 ss. Più di recente, M. FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in *Cont. impr.*, 2009, I, 255 ss.; A. GORASSINI, *Appunti sparsi sul cd. testamento biologico*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 44 ss.; G. SALITO, *Il testamento biologico, cure mediche e tutela della vita*, in *Iustitia*, 2007, 127 ss.; ID., *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Torino, 2012, 141 ss. Si veda anche D. CARUSI, *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, a cura di S. Castiglione e G. Ferrando, Torino, 2012.

dignità umana un confine incommensurabile, assegnando ad essa un ruolo centrale nel plasmare il contenuto e l'estensione del potere connesso al consenso.

Il processo evolutivo, plasmato dal dialogo interdisciplinare tra giuristi, professionisti sanitari e istanze giurisdizionali, comprese quelle sovranazionali², ha delineato il modello attuale di matrice liberale. Fondato sul principio di autonomia, questo modello si basa sulla convinzione che la volontà del soggetto non possa essere compromessa, neanche quando l'intenzione sia agire per il bene. Come affermato, «[...] ogni potere o dovere del medico sul paziente trova in radice la sua unica ed esclusiva fonte nel consenso del paziente stesso, che rappresenta il momento focale della stessa autorizzazione legislativa dell'attività medica»³.

Il mutamento di paradigma riguarda il ruolo del paziente, non più fruitore passivo della prestazione terapeutica ma si configura come un soggetto che «tende a diventare sempre più attivo, nella dinamica comunicativa col medico, perché solo al paziente spetta formulare quelle indicazioni concrete (di carattere economico, familiare, più in generale esistenziale) che, integrandosi con quelle strettamente scientifiche elaborate dal medico, consentono di giungere, partendo da un astratto vaglio di opzioni (tutte di principio plausibili e legittime), ad una scelta concreta di trattamento»⁴.

2 Si richiamano solo in questa sede le numerose pronunce in cui la Corte EDU è tornata ad occuparsi del tema a più riprese: cfr. Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02, sentenza 29 aprile 2002; Corte EDU, *Koch c. Germania*, ricorso n. 497/09, sentenza 19 luglio 2012; Corte EDU, Il sezione, *Gross c. Svizzera*, ricorso n. 67810/10, sentenza 14 maggio 2013; Corte EDU, Grande Camera, *Lambert e altri c. Francia*, ricorso n. 46043/14, sentenza 5 giugno 2015; Corte EDU, *Ada Rossi e altri c. Italia*, ricorsi n. 55185/08 et altri. Per un'analisi delle principali decisioni: U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Rivista AIC*, 2/2016, fruibile presso <https://www.rivistaaic.it>; P. MERKOURIS, *Assisted Suicide in the jurisprudence of the European Court of Human Rights: a matter of life and death*, in *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care: Regulating Advance in International and Comparative Perspective*, Leiden, 2012, 107 ss. Si veda altresì, C. CAMPIGLIO, *Decisioni di fine vita: la sentenza del tedesco nel contesto della prassi europea*, in *DUDI*, 2010, 543 ss.

3 F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, 201. Il principio del consenso agli interventi medici sulla propria persona costituisce il naturale corollario del più ampio principio della libertà personale. La configurazione del consenso quale elemento imprescindibile del rapporto di cura è la dimostrazione del fatto che, nell'ambito del rapporto medico-paziente, il nuovo cd. modello personalistico ha sostituito quello cd. paternalistico. In questo senso, il consenso «riveste natura di principio fondamentale in materia di tutela della salute in virtù della sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute» (Corte cost. 23 luglio 2009, n. 253); non può essere compromesso in nessun modo, e diventa diritto irretrotrattabile dell'individuo (Cass. civ., sez. III, 28 luglio 2011, n. 16543). «Il consenso informato mira cioè a porre al centro dell'attenzione del medico non solo, o non soltanto, la malattia, ma la persona bisognosa di cure; cosicché, ai doveri di informazione del medico corrisponde oggi la figura del malato partecipe, che può considerare l'informazione come un suo diritto irrinunciabile e non più come una gentile concessione». Di recente, il legislatore nazionale (legge n. 219/2017) ha stabilito espressamente che «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata (...)» (art. 1).

4 Cfr. F. D'AGOSTINO e L. PALAZZANI, *Bioetica. Nozioni fondamentali*, Brescia, 2007, 15.

A conferma di ciò, l'autodeterminazione terapeutica è assurda al rango di diritto soggettivo e la sua violazione è risarcibile a prescindere dall'esito fausto o infausto dell'intervento del medico, qualificandosi come fatto illecito⁵.

Nonostante il processo evolutivo abbia raggiunto un *quid minimum* di tutela dei pazienti, permane problematica la risoluzione dello specifico caso in cui la scelta terapeutica porti all'interruzione di trattamenti salvavita.

La questione, infatti, non riguarda solo la scelta di interrompere le terapie ma, soprattutto, il modo in cui il paziente voglia raggiungere l'esito finale, ovvero senza sofferenze e con dignità. Tuttavia, tali condizioni spesso non possono essere garantite dalle terapie palliative di accompagnamento alla morte naturale.

Le situazioni a cui si fa riferimento sono quelle in cui i pazienti non possono esprimere autonomamente la propria volontà o compiere il proposito suicidiario, ma devono essere coadiuvati da un soggetto che ne curi gli interessi.

Si tratta di contesti in cui emergono tutti i pericoli inerenti alle decisioni sul fine vita che, data l'assolutezza dell'incisione sul bene fondamentale, devono essere espresse nella piena consapevolezza e libere da condizionamenti esterni.

Emerge, infatti, il problema della vulnerabilità dei soggetti che scelgono di interrompere la propria vita e la necessità della loro protezione da indebite influenze. Tale scelta, infatti, potrebbe generare ipotesi di abuso nella situazione in cui a dover esternare la volontà sia un soggetto terzo che li rappresenti.

Le considerazioni sopra riportate sono la sintesi dell'attività, giuridica e non, che hanno suscitato in Italia i noti casi giurisprudenziali in cui i giudici si sono trovati costretti a supplire all'inerzia legislativa per garantire la tutela di cittadini che manifestavano l'esigenza di autodeterminarsi nelle scelte sulla loro vita.

Il riferimento, evidentemente, è alle vicende di Piergiorgio Welby ed Eluana Englaro⁶ che, pur ontologicamente diverse, erano accomunate dalla necessità del riconoscimento del diritto al rifiuto delle cure, all'esito delle quali ne sono stati enucleati i principi fondamentali.

I casi precedentemente citati hanno agito come catalizzatori significativi nel processo evolutivo, il quale continua a manifestare una situazione priva di una conclusione univoca. Tale dinamica di progressiva evoluzione si evidenzia particolarmente nell'ultimo

5 La Suprema Corte (Cass. civ., sez. III, 28 giugno 2018, n. 17022), ha ribadito che, «In tema di trattamenti sanitari vige il principio di libera determinazione del paziente quale diritto inviolabile della persona, che trova tutela nell'art. 32 Cost., a mente del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizioni di legge, e nell'art. 13 Cost., che, sancendo l'invulnerabilità della libertà personale, ben ricomprende nel proprio ambito applicativo anche la libertà di decidere in ordine alla propria salute e al proprio corpo».

6 I casi Welby ed Englaro rappresentano veri e propri *leading cases* sul diritto all'autodeterminazione terapeutica in Italia. Per le sentenze: Welby (Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Roma sentenza 23 luglio- 17 ottobre 2007, n. 2049), Englaro (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748).

sviluppo relativo alla vicenda Antoniani/Cappato, che ha suscitato l'intervento della Corte costituzionale⁷.

Come noto, la perenne difficoltà di trattazione della materia e soprattutto di addivenire ad un consenso relativamente ad una disciplina normativa in materia deriva dal fatto che tali questioni intersecano non solo le diverse sfaccettature del diritto civile, penale e costituzionale, ma anche la dimensione etico - morale - religiosa - sociale.

D'altro canto, si tratta di un ambito nel quale il dialogo tra giuristi e corti non può che essere fondamentale e imprescindibile per regolamentare il fenomeno e garantire i diritti umani della dignità e della libertà della persona. L'attività legislativa, infatti, non può che passare, di conseguenza, attraverso un contemperamento degli interessi individuali con le sensibilità sociali ed etico morali che intersecano il difficile binomio tra gli essenziali diritti alla «autodeterminazione» e alla «vita».

2. *Il fine vita: autodeterminazione e consenso informato.*

Il tema intrinseco al fine vita impone una riflessione approfondita sulle manifestazioni del diritto in relazione al rapporto individuale con l'esistenza. In questo contesto, si evidenziano aspetti fondamentali quali il corpo, la dignità e la vita stessa. Questi concetti, talvolta illusoriamente idealizzati come sfere di dominio completo, meritano un'analisi che li riporti alla loro dimensione originaria, riconoscendo la loro essenzialità e concretezza materiale⁸.

Questa riflessione non può che passare attraverso i principi costituzionali e la politica legislativa messi di fronte al suicidio per comprendere come la cultura giuridica, intesa come insieme di norme, atteggiamenti e valori che muovono il giurista nella dimensione spazio-temporale in cui opera, abbia influito sulla concezione del fine vita o, al contrario, del rischio che la dimensione normativa possa influenzare la cultura giuridica mutandone prospettive valoriali, etiche e morali⁹.

Orbene, né la Corte Costituzionale né le vigenti formulazioni legislative prendono una posizione sulla liceità o illiceità del suicidio, non tanto con riferimento al moribondo sofferente, ma al suicidio dell'individuo sano, in grado di autodeterminarsi e capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

Si assiste, invece, allo scontro tra Bioetica¹⁰ e Biodiritto¹¹, la seconda immersa nella convinzione di essere l'unica paladina dei diritti umani fondamentali. È necessario,

7 Corte Cost., 22 novembre 2019, n. 242.

8 G. D'ALESSANDRO - O. DI GIOVINE, Prefazione a *La corte costituzionale e il fine vita: un confronto interdisciplinare sul caso Cappato - Antoniani*, Torino, 2020.

9 D. MIETH, *Scegliere la propria fine? La volontà e la dignità dei morenti*, in *Giornale di teologia*, Brescia, 2020. Come afferma Mieth «i cambiamenti nella legge generano anche cambiamenti imprevisi nella coscienza morale».

10 F. D'AGOSTINO, *Bioetica. Questioni di confine*, Roma, 2019, 36 s.

11 S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 11 ss.; 63 ss.

invece, notare che il pluralismo di bioetica, nelle diverse declinazioni (laica e cattolica)¹², e biodiritto hanno un comune denominatore, ovvero quello secondo cui la sacralità della vita trova il suo *alter ego* laico nel principio dell'uguale rispetto dovuto ad ogni essere umano.

Tale principio si declina non solo in una dimensione relazionale, in cui il diritto si pone quale primigenio regolatore, ma anche nella dimensione dell'autonomia personale, intesa come potere sovrano di governare se stessi.

È l'autonomia che si estrinseca in sovranità sul proprio corpo e sui suoi confini, autonomia di decidere, anche di errare. È questa la considerazione che traspare dal modello di Joel Feinberg¹³ in cui, oltre ad ammettersi la possibilità di un paternalismo¹⁴ *soft*, legato ad un intervento preventivo dello Stato da una condotta lesiva contro se stessi derivante da condotta involontaria o volto a stabilire la volontarietà o meno della condotta stessa, afferma che immaginare norme penali che vadano oltre questo minimo intervento determinerebbe una forzatura dei limiti morali del diritto penale così che la sovranità su se stessi non sarebbe più completa.

Per Feinberg, quindi, il nocciolo duro della questione sarebbe unicamente la volontarietà della scelta e dell'accertamento della medesima. In questo modo, una volta che il connotato della libertà sia stato accertato non si giustificerebbe più alcuna limitazione. Nella scelta della morte, per il liberale, conta solo la volontarietà della richiesta, mentre parametri quali sofferenza, dolore, qualità o brevità della vita residua non sono necessari a legittimarla¹⁵.

La concezione opposta, fondata sulla priorità logica ed ontologica della vita¹⁶, esprime l'esigenza di una tutela penale rigorosa, ma non afferma la preminenza del

12 G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2009, 14 ss.

13 J. FEINBERG, *The moral limits of criminal law*, in quattro volumi pubblicati negli anni '80. Al paternalismo legale è dedicato il terzo volume, *Harm to self*, Oxford 1986, 11.

14 M. ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 985. Si definisce *paternalistica la norma penale che protegge il soggetto da decisioni in suo danno, ponendolo se egli stesso agisce od omette opponendo un terzo se agisce od omette per lui con il suo consenso*. Paternalismo diretto, se la norma si rivolge contro il soggetto cui intende prestare tutela (es.: obbligo del casco o altri mezzi di protezione personale). Paternalismo indiretto se la norma si rivolge contro un terzo, come nell'art. 580 cod. pen.; C. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 229.

15 J. HERSH, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, Milano, 2008, 90 s., ove si afferma quanto al diritto alla vita propria di ciascuno che esso «salvaguarda la vita come dato biologico, non la possibile libertà responsabile. Da solo non implica né rispetto né dignità. Si situa sul limite, là dove la natura (la vita) attende da altrove il suo senso umano. L'assoluto in cui si radicano i diritti umani può sempre mettere la vita in questione, e, lungi dal salvarla ad ogni costo, indurre a preferire la perdita della vita alla mutilazione della libertà».

16 M. RONCO, *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, in *Cristianità*, 2007; M. PALMARO, *Eutanasia: diritto o delitto? Il conflitto tra i principi di autonomia e di indisponibilità della vita*, Torino, 2012; F. BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, a cura di L. Stortoni, Trento, 1992, 211 e ss. A. CADOPPI, *Una polemica fin de siècle sul 'dovere di vivere: Enrico Ferri e la teoria dell'omicidio-suicidio'*, in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, a cura di L. Stortoni, Trento, 1992, 125 ss.

diritto alla vita su tutti gli altri diritti della persona, seppure le convergenti prospettive di tutela rischiano di generare situazioni conflittuali che portano a contemperamenti aperti a più soluzioni, storicamente condizionate e variabili, anche per il diritto penale.

Se si guarda al problema da un punto di vista astratto, fuori dall'agone delle concezioni etico morali, pur tenendole in debita considerazione, il divieto di aiuto al suicidio non deriva dal giudizio negativo sulla scelta suicida e, al contrario, l'apertura alla possibilità di uno spazio di non punibilità dell'aiuto non si riduce alla valutazione morale positiva della richiesta di aiuto, ma corrisponde ad un ritrarsi della valutazione giuridica negativa della sua prestazione in certi casi limite¹⁷.

In questo contesto, dopo un lungo dibattito, in Parlamento è stata approvata la legge sopra citata sul consenso informato e sulle DAT¹⁸ che, con valore prescrittivo e non meramente informativo, non solo risponde ad una esigenza regolativa interna emersa dai casi giurisprudenziali ma è ricognitiva di una tendenza sovranazionale al riconoscimento del diritto al rifiuto di trattamenti salvavita¹⁹.

17 D. PULITANÒ, *Di fronte al suicidio. Fra principi costituzionali e politica legislativa*, in *La corte costituzionale e il fine vita: un confronto interdisciplinare sul caso Cappato - Antoniani*, a cura di G. D'Alessandro e O. Di Giovine, Torino, 2020, 398 ss.

18 F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine vita*, in *Criminalia*, 2006.; B. MAGLIONA, *Il consenso informato: da enunciazione di principio a criterio che legittima l'attività medico chirurgica*, in *Dir. pen. e proc.* 1996, 776 e ss.; A. MARCHIO, *Principio di autodeterminazione, consenso informato e decisioni di fine vita*, in *Le decisioni di fine vita*, a cura di M. Bianca, Milano, 2011.

19 F. VIGANÒ, *Diritti fondamentali e diritto penale al congedo dalla vita: esperienze italiane e straniere a confronto*, in *Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino, 2022, 305 ss., «Sovrapponibile negli esiti, e nella sostanza dell'itinerario argomentativo al di là delle differenti basi giuridiche, è lo stato del diritto in materia di rifiuto di trattamenti salvavita in numerosi altri ordinamenti contemporanei. In Germania, già in una famosa sentenza del 1957 il Tribunale Supremo Federale aveva stabilito che il diritto alla inviolabilità fisica riconosciuto (espressamente) nell'art. 2, paragrafo 2, della Legge Fondamentale attribuisce al paziente il diritto a che il medico rispetti la sua decisione di non sottoporsi a un'operazione chirurgica pure necessaria per la sua sopravvivenza, come l'amputazione di una gamba in cancrena¹⁴. Il dovere del medico di salvare la vita del paziente e di lenire le sue sofferenze, argomenta il Tribunale, trovano il proprio limite invalicabile nella libera autodeterminazione della persona sul proprio corpo. Questo principio si è imposto come pacifico presso la dottrina e la giurisprudenza successive; ed è oggi scontato, in quell'ordinamento, che ogni intervento medico realizza una ingerenza (Eingriff), assieme, nel diritto fondamentale alla inviolabilità fisica della persona e in quello al libero sviluppo della propria personalità, sicché esso necessita di una speciale giustificazione dal punto di vista del diritto costituzionale giustificazione normalmente rappresentata dal consenso libero e informato del paziente, allorché questi possiede la capacità di formare decisioni autoreponsabili. Altrettanto significativa la situazione negli Stati Uniti. Sino all'incirca alla metà degli anni Settanta del secolo scorso, varie corti statali avevano invero autorizzato interventi medici necessari alla sopravvivenza su pazienti dissenzienti, argomentando sulla base della prevalenza dell'interesse alla salvaguardia della vita del paziente rispetto alla tutela della sua libertà e della sua stessa integrità corporea. La situazione mutò però completamente quando alcune corti statali cominciarono ad utilizzare in questa materia il diritto alla privacy, sviluppato negli anni Sessanta dalla Corte Suprema federale come diritto della persona 'ad essere lasciata sola' nelle decisioni che più intimamente concernono la propria esistenza, prime fra tutte quelle che attengono al proprio corpo e che di tale diritto è titolare anche il paziente incapace, che lo esercita attraverso i suoi rappresentanti legali. Tale diritto alla fine avallato, nonostante qualche ambiguità, dalla stessa Corte Suprema federale è stato così applicato a pazienti capaci ma sottoposti a

Tale articolato di legge non ha ignorato le posizioni succedutesi nel corso degli anni e si è ispirato ai principi costituzionali, di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost., e sovranazionali, di cui agli artt. 1, 2, e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE nel richiamo allo sviluppo della personalità umana e la salvaguardia di diritti della persona quali identità e dignità. Da ultimo, è centrale nell'articolato normativo l'art. 13 Cost. che sancisce il diritto inviolabile alla libertà personale quale nucleo indefettibile dell'individuo, assieme al diritto alla vita e all'integrità fisica.

La legge, quindi, valorizza la libertà di autodeterminazione del paziente quale diritto inviolabile, fondamentale nella costruzione dell'identità personale e tale da portare, come anticipato, ad una rilettura della relazione medico - paziente e ad un bilanciamento tra libertà e i valori di uguaglianza, solidarietà e dignità umana, parimenti intangibili²⁰.

In questo modo si è voluto favorire l'utilizzo di «negozi» intesi come atti di volontà individuale dotati di rilevanza giuridica non nella logica patrimoniale del contratto²¹, ma nella logica personalistica del consenso informato²², fondato negli artt. 2, 13 e 32 Cost., a dimostrazione della sua funzione di sintesi di diritti fondamentali della persona.

I diritti all'autodeterminazione e quello alla salute²³, infatti, sono difficilmente bilanciabili senza risaltare il primato della dignità della persona nella interconnessione tra personalismo e solidarismo²⁴.

Il consenso, inoltre, rappresenta l'atto finale di un percorso delicato in cui ruolo centrale viene assunto dal rapporto medico - paziente ed in particolare quell'obbligo di informazione²⁵ che in ambito sanitario ha un valore ancor più accentuato data la

sofferenze intollerabili, che rifiutavano trattamenti di sostegno vitale come la ventilazione artificiale o l'alimentazione enterale».

20 P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso San Raffaele)*, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, 2000, II, 8 ss.

21 La non riconducibilità degli atti in questione alla logica del mercato è ben sottolineata, in via meramente esemplificativa, da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 116, nt. 166; D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1998, 1 s.; G. ANZIANI, *Identità personale e 'atti di disposizione della persona'*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 218 ss.; G. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e 'atti di disposizione del corpo'*, in *Eur. e Dir. priv.*, 2002, 778.

22 In questa direzione si muove esplicitamente l'art. 3 della Carta dei diritti UE quando afferma che «nell'ambito della biologia e della medicina deve essere rispettato il consenso libero ed informato della persona interessata».

23 Sulla centralità del consenso Corte Cost., 9 luglio 1996, n. 238, in *Foro it.*, 1997, I, 58, che ricollega in modo significativo la libertà personale ex art. 13 Cost. al «contiguo e strettamente connesso diritto alla vita e all'integrità fisica con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona».

24 A. URCIUOLI, *Fine vita: antichi dilemmi e questioni irrisolte*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile, Edizioni Scientifiche Italiane*, Napoli, 2020, 18.

25 P. STANZIONE, *Consenso e situazioni esistenziali: valori e limiti*, in P. STANZIONE, *Itinerari del diritto privato*, Salerno, 2007, 149, ntt. 14 s.

serietà e delicatezza degli argomenti²⁶ e la difficile condizione psicologica del paziente, di fronte a scelte che coinvolgono la sfera più intima.

Pertanto, già dal punto di vista normativo, si è caratterizzato il consenso non solo con la connotazione informata, ma anche con alcuni limiti funzionali al paziente conformi alle garanzie costituzionali e sovranazionali. Infatti, sono stati specificamente individuati i caratteri del consenso, qualificato come un atto personale, attuale, libero, consapevole, informato, specifico e volontario. Il carattere informato, quindi, è imprescindibile ma non può essere l'unico, in quanto diviene necessario che la manifestazione di consenso sia l'esito di una scelta non equivoca, espressa²⁷ e preferibilmente scritta.

La manifestazione per iscritto, come principio generale del diritto civile, è spesso pretesa proprio in ragione dell'importanza dei beni che vengono in gioco, ed è prevista come necessaria per attivare la presunzione che il soggetto che ne «dispone» lo faccia nella massima consapevolezza, serietà e ponderazione.

Tuttavia, il principio della manifestazione per iscritto va calato nel caso concreto, ove si può immaginare un temperamento del formalismo quando vengano in gioco atti di disposizione del proprio corpo non irreversibili né concretamente incidenti in modo definitivo sulla salute o sull'integrità fisica²⁸.

L'importanza dei beni in gioco ha necessitato di una maggior sensibilità rispetto ai nodi da sciogliere in ordine al fenomeno rappresentativo in questo ambito²⁹. In effetti, le regole sulla rappresentanza sono state investite di questioni di incostituzionalità nella parte in cui stabiliscono che l'amministratore di sostegno, in assenza di DAT, possa rifiutare le cure salvavita senza autorizzazione del giudice tutelare³⁰ come previsto dall'art. 3 co. 4 e 5 della l. 22 dicembre 2017, n. 219.

In questo caso, il Tribunale *a quo*, faceva notare come il rifiuto di cure salvavita andrebbe scomposto in due momenti essenziali che sono la formazione dell'intimo volere e la manifestazione della volontà formatasi, così che «l'essenza personalissima del diritto di rifiutare le cure determina necessariamente l'intrasferibilità in capo al terzo del primo, più pregnante, momento», si ha perciò che il rifiuto deve promanare sostanzialmente dall'interessato».

26 G. CRISCUOLI, *Ragionevolezza e consenso informato del paziente*, in *Rassegna. Dir. civ.*, 1985, 480; G. CASSANO, *Obbligo di informazione, relazione medico-paziente, difficoltà della prestazione e responsabilità sanitaria*, in *Danno e reso*, 2001, 159 ss.

27 La necessità che il consenso sia espresso è stata spesso affermata in giurisprudenza, Cfr., per tutti, Cass., 12 giugno 1982, n. 3604, in *Arch. civ.*, 1982, 1124 e, più di recente, Cass., 6 giugno 2014, n. 12830, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 1171 ss.

28 D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1998, 12.

29 M. PICCINNI, *Decidere per il paziente: rappresentanza e cura della persona dopo la l. n.219 del 2017*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1118.

30 Si veda l'ordinanza, commentata da G. STAMPONI BASSI, in *www.giurisprudenzapenale.com*, nonché in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2018, 1118 ss., con nota critica di M. PICCINNI, *Decidere per il paziente*, cit.

Nel sistema dell'amministrazione di sostegno, infatti, è sempre il giudice tutelare che, con il decreto di nomina, individua l'oggetto degli atti da compiere in sintonia con la volontà del beneficiario soprattutto con riguardo «le decisioni circa il conferimento del potere di rifiutare eventuali cure salvavita»³¹.

Il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace esclude che il potere di rappresentanza in capo al tutore risulti un potere incondizionato di disporre della salute altrui. Il potere del tutore, infatti, si dovrebbe considerare come il potere di ricostruire la scelta migliore per l'incapace³². Lo strumento dell'amministrazione di sostegno, infatti, nel combinato disposto dei co. 3 e 4 dell'art. 3 attribuisce un mero potere di controllo sulla raffigurazione delle scelte, decisioni e volontà del soggetto amministrato³³.

Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale che, ricordando che il rifiuto attiene anche ai trattamenti fine-vita, ha escluso la configurabilità in capo all'amministratore di sostegno di un «potere incondizionato di disporre della salute altrui, essendo chiamato esclusivamente a ricostruire la volontà dell'incapace», in quanto è pur sempre necessario tener conto della volontà del beneficiario.

L'amministrazione di sostegno, infatti, non attiene solo alla sfera eminentemente patrimoniale, ma pone l'accento sulla necessità di una maggiore autonomia e dignità della persona disabile che è in primo luogo «persona», nei cui confronti nessuna limitazione o disconoscimento di diritti sarebbe lecita. Pertanto, anche all'incapace come «persona» deve essere riconosciuto e tutelato il diritto all'autodeterminazione e al rifiuto delle cure, «potendo la condizione di incapacità influire solo sulle modulazione di esercizio del diritto»³⁴.

L'art. 3 della legge in esame, tuttavia, costituisce un elemento fondamentale nella individuazione degli strumenti più adeguati per garantire eguale dignità, identità e libertà ad ogni malato, valorizzandone al massimo la libertà di autodeterminazione in conformità al diritto costituzionale di cui all'art. 3 Cost. In questo modo, si è aperta la strada alla configurazione di tali diritti non solo ai cosiddetti incapaci, ma anche ai minori dotati di sufficiente capacità di discernimento³⁵, come d'altra parte la stessa Convenzione di Oviedo sancisce espressamente all'art. 6: «l'opinione del minore deve essere presa in considerazione in proporzione al suo grado di maturità».

31 Cass., (ord), 26 luglio 2018, n. 19866, in *Dir. giust.*, 2018, 267; Cass., 15 maggio 2018, n. 11749, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1644.

32 M. PICCINNI, *Decidere per il paziente*, cit., 118.

33 M. PICCINNI, *Decidere per il paziente*, cit., 1126 s.; ID., *Amministrazione di sostegno e disposizioni anticipate di trattamento, protezione della persona e promozione dell'autonomia*, in *Riv. trim.*, 2014, 728 ss.

34 Corte Cost., 13 giugno 2019, n. 144, in *Federalismi.it*, 2019.

35 Il nuovo codice deontologico, non a caso, prevede all'art. 37 che il medico debba tenere «in adeguata considerazione le opinioni espresse dal minore in tutto il procedimento che lo riguarda».

Sul punto, ha suscitato perplessità una legge belga del 2014³⁶ che ha previsto la possibilità, senza limiti di età, per i minori che soffrono una malattia incurabile, allo stadio terminale e una sofferenza costante ed insopportabile, di chiedere l'eutanasia. Nel prendere questa decisione, tuttavia, non sono lasciati soli ma la legge prevede l'assistenza di uno psicologo per valutare la capacità di intendere e di volere, nonché del consenso dei genitori.

Da quanto emerso sinora, si potrà notare come le esperienze straniere siano state fondamentali anche nella presa di posizione della Corte Costituzionale n. 242 del 2019, intervenuta di recente con riferimento alla vicenda giudiziaria di Cappato e DJ Fabo, il cui nucleo essenziale può individuarsi icasticamente nel sintagma «uguaglianza della dignità e nella dignità». Con tale espressione si intende che la dignità nella morte non può essere appannaggio esclusivo di chi è in grado di commettere la condotta attiva su se stesso ponendo fine ad una vita che per condizioni e sofferenze, accertate medicalmente, è destinata a non migliorare.

La dignità nella morte, invece, deve essere garantita anche a chi si trovi nella stessa condizione e non abbia la possibilità di «premere il pulsante» o debba essere aiutato a raggiungere il luogo in cui assumere la terapia finale.

Il problema che si pone, infatti è che in Italia una tale condotta rientrerebbe a pieno nella tipicità dell'art. 580 cp rendendo, pertanto, punibile qualunque soggetto che dovesse accettare di prestare al malato l'aiuto richiesto e vanificando l'esercizio concreto dell'autodeterminazione terapeutica del malato.

3. *Vicende umane e giudiziali: Welby, Englaro, Antoniani.*

Nel corso dell'evoluzione del rapporto tra diritto ed *ethos*, dottrina e giurisprudenza sono intervenute cercando di fissare i confini dell'autodeterminazione con riferimento al diritto a morire del malato terminale *compos sui*, di chi si trovi in stato vegetativo permanente, e, da ultimo, sul diritto ad essere aiutati a morire.

La riflessione nel mondo della cultura, non solo giuridica, sorge necessariamente in una situazione in cui in rapporto al diritto non si pone solo l'*ethos* ma anche la *techne* che nel campo medico ha raggiunto risultati impensabili, riuscendo ad incidere sul corso naturalistico degli avvenimenti della nostra vita. Tale capacità della tecnica, tuttavia, fa emergere un carattere anche chiaroscurale del diritto alla salute che manifesta la sua natura insaziabile³⁷.

36 In Belgio l'eutanasia dei minori è stata introdotta con la legge del 28.02.2014, che ha modificato la legge del 28.05.2002, che aveva ammesso l'eutanasia nei confronti delle persone maggiori di età, nello specifico intervenendo sull'art. 2 lett a), c) e d) della stessa legge. Per un commento, cfr., M. RONCO, *L'eutanasia dei minori in Belgio*, in <https://www.centrostudilivaitino.it/leutanasia-dei-minori-in-belgio>, 23 settembre 2016.

37 M.B. MAGRO, *Il lato oscuro del diritto umano alla salute: l'evoluzione tecnologica e l'aspirazione alla longevità (o all'immortalità)*, in *The last dance. Riflessioni a margine del caso Cappato, relazione svolta al convegno 'istigazione e aiuto*

Il diritto alla salute, nella dimensione di diritto umano, infatti consente di dare accesso alla giuridicizzazione di qualunque bisogno o aspettativa, «nella sua ombra è cura tutto quel che rispecchia la prospettiva del malato in prima persona»³⁸.

Infatti, la scienza medica ha subito un'evoluzione tecnologica tale per cui oggi è possibile sostenere la vita artificialmente, mantenendo attive le funzioni vitali di un soggetto attraverso macchine adibite ad assicurargli nutrienti ed idratazione sufficienti, ovvero la respirazione. Con queste tecniche, chi un tempo sarebbe stato destinato a spegnersi, oggi resta sospeso e simbioticamente legato alle macchine³⁹.

Tali considerazioni, inoltre, riguardano non solo situazioni in cui i soggetti malati siano coscienti e capaci di esprimere la propria volontà in modo chiaro e consapevole, ma ancor di più soggetti che, trovandosi in stato vegetativo permanente, non sono in grado di esternare pensieri, volontà e sentimenti. Uomini e donne bloccati in una crisalide che non si romperà mai e nella quale possono essere aiutati a non soffrire mediante cure palliative che, tuttavia, indirettamente producono l'accorciamento della vita⁴⁰.

In questa dimensione concreta si sono verificate nel corso degli anni alcune difficili vicende che hanno condotto ad uno scontro di giurisprudenza - politica - religione - società nell'intero Paese, sulla questione dell'eutanasia⁴¹ e sull'esistenza di un diritto a morire, figlio del principio fondamentale di autodeterminazione terapeutica,

al suicidio e valori costituzionali, organizzato da Accademia Aletbeia, Dipartimento di Scienze giuridiche e politiche dell'Università G. Marconi, e Camera Penale di Roma, presso il Senato della Repubblica, 15 marzo 2019.

38 U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999, 160 ss.; J. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt a. M., 2001, tr. it. *Il futuro della natura umana*, Torino, 2002, 32 ss.; v. pure N. CHOMSKY, M. FOUCAULT, *De la nature humaine: justice contre pouvoir* (Paris, 1994), tr. it. *Della natura umana. Invariante biologico e potere politico*, Roma, 2005.

39 La tecnologia ha ampliato gli orizzonti della bio-medicina, concretizzando la possibilità delbinserimento nel corpo umano di impianti e innesti bionici, a fenomeni di ibridazione uomo-macchina. In proposito, J. HABERMAS, *The future of Human Nature*, Polity Press, Cambridge, 2003; M.B. MAGRO, *Enhancement cognitivo, biases e principio di precauzione*, in *Diritto penale e neuroetica*, a cura di O. Di Giovine, Padova, 2013, 139 ss.; O. ERONIA, *Potenziamento umano e diritto penale*, Milano, 2013; A. CARONIA, *Il cyborg. Saggio sull'uomo artificiale*, Milano, 2008, 12; C. SALAZAR, *Umano, troppo umano...o no? Robot, androidi e cyborg nel 'mondo del diritto' (prime notazioni)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, I, 2014, 255; P. BENANTI, *The Cyborg: corpo e corporeità nell'epoca del post-umano*, Assisi, 2012.

40 Sulla qualificazione di queste forme di eutanasia indiretta cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 702 ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2001, 155 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Le forme dell'eutanasia*, cit., 1824 ss.; S. CANESTRARI, *Relazione di sintesi*, cit., 220 ss. Molto più interessante peraltro appare la realtà e la prassi delle cure palliative e della sedazione terminale che operano di fatto come alternativa al riconoscimento giuridico dell'eutanasia. Cfr. G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2015.

41 M. RONCO, voce *Eutanasia*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, aggiornamento 5, Torino; S. SEMINARA, *Riflessioni*, cit., 670 ss.; S. CAGLI, *La rilevanza penale dell'eutanasia, tra indisponibilità della vita e principio di anto-terminazione*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. Canestrari e G. Fornasari, Bologna, 2001, 99 ss.

Nell'evoluzione del diritto a morire, come anticipato precedentemente, sono stati emblematici i casi Welby⁴² e Englaro⁴³. Il caso Welby, in particolare, ha chiarito la portata precettiva dell'art. 32 co. 2 della Costituzione, attraverso il quale il malato ha il diritto di richiedere l'interruzione della ventilazione meccanica, con il correlativo dovere del medico di acconsentire a tale richiesta. Questa pronuncia riconosce, de iure condito, il diritto del malato terminale conscio di rifiutare trattamenti sanitari di sostegno vitale, e di conseguenza impone al medico l'obbligo di conformarsi, caratterizzando così l'art. 32 co.2 della Costituzione con un'eccezione in bianco prevista dall'art. 51 del codice penale. Per quanto concerne l'esercizio di tale diritto, va considerata la piena facoltà del paziente autoresponsabile di rifiutare trattamenti medici che reputi lesivi del rispetto alla persona. Sul versante dell'adempimento del dovere imposto dalla norma giuridica, si configura un obbligo del sanitario di rispettare la volontà del malato, tralasciando questioni di ordine etico che potrebbero influenzare la coscienza individuale del paziente o del sanitario.

Il caso Englaro, d'altro canto, è stato caratterizzato da una particolarità che lo ha reso diverso sia dalla vicenda Welby che da quella di DJ Fabo, ossia l'impossibilità della paziente di esprimere la propria volontà, trovandosi Eluana Englaro in uno stato vegetativo permanente. La situazione di incapacità nel manifestare in modo inequivocabile e chiaro la propria volontà di interrompere le terapie che la mantenevano in vita ha reso necessario che un altro soggetto si esprimesse al suo posto. Questa necessità è stata al centro del dibattito politico-etico-religioso e giuridico, poiché non era possibile sapere con certezza cosa avrebbe espresso concretamente Eluana nell'esercizio della sua autodeterminazione.

Nel caso in questione, la Prima Sezione civile ha prospettato una soluzione storica, capace di conciliare le esigenze dell'attività medica con lo stato vegetativo permanente, nel pieno rispetto del principio di autodeterminazione responsabile. La Cassazione, dopo aver escluso che l'alimentazione e l'idratazione artificiali tramite sondino naso-gastrico, considerate come una modalità di trattamento sanitario, potessero essere attribuite a una forma di accanimento terapeutico, ha ritenuto che il giudice potesse autorizzarne l'interruzione su richiesta del tutore, qualora si verificassero contemporaneamente le due circostanze del carattere irreversibile, secondo gli standard scientifici,

42 Trib. Roma, 23 luglio 2007, in Foto it., 2008, II, 105 ss.; F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e 'attivismo giudiziale'*, in Riv. It. Dir. proc. pen., 2008, 1605 ss.; Sul caso Welby cfr. M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, in Cass. Pen., 2007, 902 ss.; F. VIGANÒ, *Esiste un diritto a 'essere lasciati morire in pace'? Considerazioni a margine del caso Welby*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, 5 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in Dir. pen. proc., 2007, 1561 ss.; D. PULITANÒ - E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, in Riv. it. med. legale, 2008, 330 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Piergiorgio Welby e Giovanni Nuvoli: il punto sul diritto a rifiutare le cure*, in Ins17@unibo.it, 2008, 543 ss.; A. VALLINI, *Lasciar morire chi rifiuta le cure non è reato. Il caso Welby nella visuale del penalista*, in *Dialoghi del diritto, dell'avvocatura, della giurisdizione*, 2008, 54 ss.

43 Cass. sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, per un commento cfr., S. CANESTRARI - F. MANTOVANI - A. SANTOSUOSSO, *Riflessioni sulla vicenda di Eluana Englaro*, in *Criminalia*, 2009, 331 ss.

dello stato vegetativo e della chiara manifestazione di dissenso del paziente nel proseguire il trattamento. Questa decisione si basa su un «affollamento probatorio», utilizzando elementi del vissuto, della personalità e dei convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici del paziente che guidavano le sue decisioni e comportamenti durante la vita.

Si nota, quindi, che nell'evoluzione del diritto a morire si è passati da una concezione in cui la volontà dominava, a una situazione in cui, data l'inesprimibilità della volontà, si fa appello sia alla sfera laico-scientifica sia a quella etico-religiosa. Entrambe le dimensioni, infatti, convergono verso lo stesso obiettivo: garantire la tutela della dignità umana nella vita e nella morte. La dignità è intesa non come un diritto, ma come un sostrato ontologico di ogni essere vivente che l'ordinamento è chiamato a riconoscere e tutelare.

Le basi del superamento del tabù della morte «assistita» sono due, apparentemente opposte: la portata precettiva dell'art. 32 co. 2 Cost. e il concetto sfuggente di dignità umana che si compendiano nell'osservazione della Corte Costituzionale. In questo contesto, l'autodeterminazione responsabile non si limita al diritto di decidere di porre termine alla propria vita o di ricevere assistenza per farlo, ma si manifesta nella incoercibilità del vivere⁴⁴, consentendo al malato cosciente di essere il padrone del proprio destino terapeutico. Il paziente deve poter scegliere se lottare contro la patologia fino alla fine o arrendersi, specialmente quando la prognosi è infausta e non offre possibilità di sopravvivenza né cure palliative dignitose.

La dignità umana, pur essendo un concetto sfuggente, ispira la Carta dei diritti fondamentali dell'UE⁴⁵ e la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e della biomedicina del 1997⁴⁶. Tuttavia, è difficile affrontare questo concetto senza elementi etici che potrebbero farlo diventare una voce media, suscettibile di giustificare soluzioni giuridiche opposte e manipolabili dalle forze politico-sociali del momento.

Infine, va considerata la vicenda di Fabiano Antoniani (DJ Fabo) e il medico Cappato⁴⁷, in cui la principale differenza rispetto ai casi precedenti è che non è coin-

44 V. ONIDA, *Dignità della persona e diritto di essere malato*, in *Quest. giust.*, 1982, 364 ss.

45 L'art. 1 della carta di Nizza afferma l'inviolabilità della dignità umana, cui è d'altronde dedicato l'intero Capo I del documento qui in esame. Tale concetto viene ulteriormente specificato dagli artt. 2 e 3, che tutelano rispettivamente il diritto alla vita e quello all'integrità fisiopsichica della persona (che si specifica nel consenso libero ed informato del paziente nell'ambito dell'attività medico - chirurgica, nel divieto di pratiche eugenetiche, nel divieto di trasformare il corpo umano parte di esso in fonte di lucro e nel divieto di clonazione riproduttiva degli esseri umani). Completano il quadro di tutela della dignità della persona l'art. 4, che proibisce espressamente la tortura o pene o trattamenti inumani o degradanti, e l'art. 5, che vieta ogni forma di riduzione in schiavitù. Nulla si dice in merito all'opportunità di una tutela rafforzata dell'embrione o alla necessità di tutelare la naturalità della procreazione.

46 Il richiamo alla tutela della dignità umana è effettuato per ben tre volte nel preambolo della convenzione e poi di preso espressamente dall'art. 1, che afferma che «le parti di cui alla presente convenzione proteggono l'essere umano nella sua dignità e nella sua identità e garantiscono ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina».

47 Corte di Assise di Milano (ord.), 14 febbraio 2018, in *Corr. giur.*, 2018, 737 ss.

volto un trattamento di mantenimento in vita che, se interrotto, porterebbe alla morte del paziente. Invece, si tratta di un'alimentazione artificiale senza sondino, integrata da un'assistenza sanitaria necessaria e frequente, configurante una sorta di «sostegno vitale» atipico. Tuttavia, ciò che caratterizzava la malattia di Antoniani era un dolore centrale, acuto e insopportabile, rendendo necessario assumere terapie che gli offuscassero la mente, privandolo di fatto dell'unico aspetto rimasto della sua esistenza.

Il Sig. Fabiano Antoniani manifestò in maniera decisa il suo proposito di porre fine alla propria esistenza. Dopo aver declinato le opzioni di interruzione dell'alimentazione e di sedazione profonda, prese contatto con Marco Cappato attraverso la sua fidanzata. Cappato, a sua volta, lo indirizzò verso l'associazione svizzera *Dignitas*, autorizzata dalla normativa elvetica all'accompagnamento alla morte volontaria. Una volta espletate le procedure e accertata la sussistenza dei requisiti per il suicidio assistito, Dj Fabo si tolse la vita azionando con un morso lo stantuffo della siringa contenente il farmaco letale⁴⁸.

In seguito al decesso di Fabiano Antoniani, Cappato si costituì in Italia affermando di aver accompagnato Antoniani in Svizzera dopo averlo messo in contatto con l'associazione *Dignitas*. La richiesta di archiviazione⁴⁹ del PM si basò su una lettura restrittiva dell'art. 580 cp fondata sugli artt. 32 Cost. e 2 CEDU. Questa interpretazione suggerisce un'applicazione del diritto alla vita come indisponibile solo relativamente, tenendo conto delle finalità umanitarie che hanno motivato l'agire dell'imputato.

Il PM nell'archiviazione dice che Cappato ha solo partecipato materialmente e non ha agito, rafforzando l'intendimento suicidiario di Antoniani, che preesisteva alla conoscenza di Cappato.

Coinvolti nella catena causale, inoltre, non c'erano solo soggetti di nazionalità italiana ma i soggetti della clinica svizzera che ebbero gli ultimi colloqui con lui e gli fornirono lo strumento per azionare lo stantuffo della siringa con la dose letale, non perseguibili per assenza di doppia incriminazione, ma in astratto ancor più determinanti dal punto di vista causale.

La condotta di aiuto, poi, riguarderebbe solo un segmento della catena causale, ma secondo la *conditio sine qua non*, la stessa può essere vista come agevolativa o di aiuto al suicidio. Tuttavia, si dà una interpretazione restrittiva per cui l'aiuto al suicidio deve riferirsi solo alla fase finale esecutiva, per cui non si può dire che la condotta di accompagnamento in Svizzera sia determinante causalmente per la realizzazione dell'evento morte.

Il Giudice dell'Udienza Preliminare, in contrasto con la prospettiva avversa dell'archiviazione, ordina l'imputazione coatta e afferma che, senza il coinvolgimento di

48 Si rinvia a V. MANES, *Aiuto a morire, dignità del malato, limiti dell'intervento penale*, in *Pol. dir.*, 2020, 41 ss., «è ancora suicidio il congedo della vita scelto, dolore, drammaticamente, chi vive in una situazione in cui il corpo si è ormai congedato dalla persona?».

49 P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017.

Cappato, Antoniani non avrebbe potuto attuare il suicidio, il cui proposito è stato potenziato e agevolato proprio dal metodo di esecuzione. Nonostante l'opposizione del GIP all'archiviazione, la Corte di Assise adotta una posizione innovativa, riconoscendo la necessità di reinterpretare l'articolo 580 del codice penale alla luce dei principi introdotti dalla Carta Costituzionale.

La Corte sottolinea il principio cardine dell'ordinamento, il personalismo, che pone al centro il soggetto e i suoi diritti inviolabili. Pertanto, in conformità con la Costituzione italiana e i principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, la Corte ritiene imprescindibile riconoscere la libertà dell'individuo di decidere sulla propria vita. Di conseguenza, la Corte adotta un orientamento che colloca i principi sanciti dalla legge 219 del 2017 come fondamento dell'interpretazione dell'articolo 580 del codice penale, guidando l'interprete nell'identificazione del bene tutelato e delle condotte in grado di comprometterlo. Alla luce di tali considerazioni, la Corte d'Assise ritiene opportuno sollevare una questione di costituzionalità, invocando la violazione degli articoli 2, 13, 32 della Costituzione italiana e degli articoli 2 e 8 della CEDU.

4. *La Corte Costituzionale: cultura giuridica e procedure scientifiche per la creazione di una 'scriminante procedurale'.*

La sentenza della Corte costituzionale è preceduta da un'ordinanza del 2018⁵⁰ dove la Corte, sottolineando la competenza esclusiva del Parlamento su un tema tanto delicato, complesso e intriso di implicazioni umane ed etiche, afferma che il Legislatore deve intervenire e rinviare l'udienza.

La Corte costituzionale, inoltre, sostiene l'inesistenza di un diritto a morire, poiché gli articoli 2 della Costituzione italiana e 2 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo esprimono i diritti alla vita e alla sua tutela. Tuttavia, nel sottolineare la necessità di bilanciare la disponibilità della vita con la libertà di autodeterminazione terapeutica, afferma che è fondamentale evitare l'assolutizzazione dell'incostituzionalità dell'articolo 580 del codice penale e giungere a una rilettura costituzionalmente orientata di una norma che trova la sua giustificazione nella protezione dell'individuo da decisioni dannose, creando una sorta di cintura protettiva intorno al soggetto vulnerabile.

Il richiamo è particolarmente alla dignità della persona, un valore interno alla sfera di estensione della libertà di autodeterminazione terapeutica. Quest'ultima, nella

50 L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale, in Il caso Cappato. Riflessione a margine dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Marini - C. Cupelli, Napoli, 2019, 131 ss.; dello stesso autore, *Un diritto costituzionale a morire 'rapidamente'? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (ord) n. 207/2018*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2018, 415 ss.; U. ADAMO, *La Corte è 'attendista'...m^a facendo leva sui poteri di gestione del processo costituzionale*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in *Forum quaderni costituzionali*, 2018; P. CARVALE, *Incappare in ...Cappato' Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n.207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consultaonline*, 2019.

prospettiva patologica, trova nell'articolo 580 del codice penale una tutela per interessi legati al diritto alla vita delle persone più deboli e vulnerabili. Tuttavia, la disposizione rimane figlia di un'epoca storica in cui mancavano trattamenti scientifici e tecnologici in grado di prolungare la vita oltre i limiti immaginabili di allora, trascurando la considerazione della dignità della persona.

Trascorso un anno dall'ordinanza e pervenuta l'udienza precedentemente rinviata senza alcun intervento del Legislatore, la Corte Costituzionale ha emesso una decisione⁵¹ cercando un bilanciamento. Non riconoscendo esplicitamente il diritto a morire, la Corte valorizza invece la tutela della dignità umana, rafforzando la libertà di autodeterminazione terapeutica con l'identificazione di limiti e condizioni precisi⁵². Con la sua decisione, la Corte introduce una cosiddetta «scriminante procedurale»⁵³, applicabile a coloro che accettino di coadiuvare il proposito suicidiario di altri.

La Corte individua una categoria di soggetti fragili: coloro che sono sostenuti da trattamenti di sostegno vitale⁵⁴ e affetti da patologie irreversibili, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche considerate intollerabili. Tali condizioni sono sottoposte a verifica mediante l'assistenza di comitati etici, i quali devono autorizzare la prosecuzione della procedura a carico del servizio sanitario nazionale. L'obiettivo è sfuggire, nel rispetto della dignità, dal mantenimento artificiale in vita, un diritto che si può rifiutare secondo la lettura precettiva dell'articolo 32, comma 2, della Costituzione.

Si evidenzia che la tutela dell'autodeterminazione debba essere garantita anche per chi scelga di concludere la propria vita con l'assistenza di altri, considerandola una soluzione più dignitosa. In questo contesto, il divieto incondizionato di assistenza al suicidio entra in conflitto con la libertà di autodeterminazione terapeutica del malato e i principi di ragionevolezza ed uguaglianza.

Non solo, la Corte ha messo in luce la necessità che il proposito di suicidio si sia autonomamente e liberamente formato nella mente di un soggetto che deve essere pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, dotato di piena capacità di discernimento. La distinzione tra capacità giuridica e d'agire, ha, infatti, «una sua

51 M. ROMANO, *Aiuto suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, e eutanasia (sulle recenti pronunce della corte costituzionale)*, in *Sistema penale*, 2020. Nello stesso senso anche C. CUPELLI, *Il caso (Cappato) è chiuso, ma la questione (agevolazione al suicidio) resta aperta*, in *Sistema penale*, 2020. Dello stesso autore, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018. A. RUGGERI, *'Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà luce alla preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. 242 del 2019)'*, in *Giustizia Insieme*, 2019; M. D'AMICO, *Il fine vita davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (considerazioni margine della sent. n. 242 del 2019)*, *AIC*, 2020.

52 C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in *Sist. pen.*, 12/2019, 49 s.

53 M. DONINI, *'Liberata nos a malo'. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male. Note a margine delle 'procedure legittimanti l'aiuto a morire' imposte da Corte cost. n. 242/2019*, in *Sist. pen.*, 2020, 1 ss.

54 L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, II, 2019, 193 ss.

valenza logica nel campo patrimoniale, ma non è assolutamente trasferibile nel settore dei diritti della persona. Una persona è tale a prescindere dalla sua capacità d'agire []. La sua dignità prescinde dalla sua autonomia, anzi la precede»⁵⁵.

La Corte ha delineato un procedimento per evitare abusi, indicando una modalità di verifica medica dei presupposti per accertare la capacità di autodeterminazione del paziente e il carattere libero e informato della sua scelta. In attesa che la materia sia disciplinata dal legislatore, la Corte ha subordinato la non punibilità al rispetto delle modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua (artt. 1 e 2 della l. 219/2017), nonché alla verifica delle condizioni e delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica del SSN, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente⁵⁶.

La sentenza n. 242/2019 non ha affrontato in modo risolutivo le esigenze dei potenziali richiedenti l'assistenza suicidaria, già evidenziate nell'ordinanza del 2018.

La configurazione degli eventuali doveri di assistenza e cura della persona gravemente sofferente che contempla il suicidio come soluzione rimane una problematica che solo il legislatore può affrontare.

Il dispositivo della sentenza del 2019 delinea i soggetti legittimati a prestare assistenza al suicidio, ma la dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto incondizionato di aiuto al suicidio apre la possibilità di assistenza legittima in determinati casi, senza obblighi di prestare aiuto al suicidio. Questo costituisce una differenza significativa rispetto alla disciplina della legge n. 219 del 2017, costruita sui diritti e correlati doveri, poiché la sentenza non fonda un diritto al suicidio assistito.

Quindi, emerge la necessità di un intervento legislativo chiaro e stringente, che regoli anche l'apertura al privato senza ostacolare la libertà di autodeterminazione del malato nelle scelte terapeutiche, comprese quelle volte a alleviare le sofferenze⁵⁷. Questo

55 P. PERLINGIERI, *Dignità della persona e questioni di fine vita*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2017, 81 ss.

56 F. VIGANÒ, *Diritti fondamentali*, cit., 305, «Anche la corte italiana ha dunque ritenuto che la disciplina penale dell'aiuto al suicidio fosse parzialmente in contrasto con i diritti costituzionali di pazienti gravemente sofferenti, allorché non necessariamente terminali, che abbiano espresso liberamente e consapevolmente la propria decisione di congedarsi dalla vita, subordinatamente però alla condizione che la loro vita già dipenda da trattamenti di sostegno vitale. Quest'ultima condizione che limita in maniera rilevante l'ambito di applicazione della sentenza n. 242 del 2019 deriva a ben vedere dalla ratio decidendi essenziale della pronuncia: che non risiede né nel diritto alla vita (né tantomeno in un suo opposto 'diritto a morire', o 'diritto al suicidio'), né in quello all'autodeterminazione individuale, né ancora in quello al rispetto della vita privata; quanto piuttosto nella riscontrata congiunta violazione della dignità della persona e, soprattutto, del principio di eguaglianza-ragionevolezza (espressamente evocato dalla sentenza quale componente essenziale della stessa dignità umana) da parte di una disciplina positiva che da un lato permette a un paziente in quelle condizioni di morire rifiutando i trattamenti, e dall'altro non gli consente di pervenire al medesimo risultato in una modalità più rapida e diretta, in ipotesi considerata più conforme al proprio concetto di dignità».

57 Questo potrebbe rappresentare un passo verso la direzione indicata dalla Corte Costituzionale tedesca, che affidava all'attivarsi spontaneo di aiuti al di fuori delle strutture pubbliche il ruolo necessario per l'effettivo esercizio del diritto all'autodeterminazione nella morte. Nella sentenza del 26 febbraio

solleva la questione della previsione dei doveri pubblicistici per i servizi di assistenza al suicidio, inclusa l'obiezione di coscienza.

Il diritto penale rivelerebbe i suoi limiti affrontando il piano etico-politico caratterizzato da posizioni divergenti. La problematicità e i limiti del diritto penale nell'affrontare la questione sono legati all'art. 580 cod. pen., che incrimina autonomamente l'aiuto al suicidio basandosi sul concetto di vulnerabilità.

Il nucleo dei problemi e delle possibili deviazioni riguarda la tutela delle persone vulnerabili⁵⁸, e l'incriminazione dell'aiuto al suicidio sembra necessaria anche quando chi assiste non è un istigatore, ma agisce su una persona incapace, di capacità ridotta o manipolata da altri comportamenti istigatori.

Le visioni contrastanti riguardo al tradizionale principio di indisponibilità della vita e al presunto «diritto a morire» sono evidenti. Per i sostenitori del primo principio, l'art. 580 cod. pen. conferma che la vita è indisponibile, poiché la mancata incriminazione del tentato suicidio sarebbe giustificata da ragioni di opportunità e non implicherebbe la liceità dell'aiuto al suicidio. L'incriminazione dei comportamenti di terzi volti a favorire il suicidio dimostrerebbe un illecito effettivo o una mera tolleranza da parte dell'ordinamento, simile ad altri atti non puniti solo se compiuti personalmente e non derivanti da un effettivo diritto. La rilevanza penale di atti che facilitano l'esercizio del diritto altrui sarebbe inconcepibile in virtù del principio di non contraddizione.

2020, 2 BvR 2347/15, la Corte tedesca ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del § 217 StGB, affermando la sua limitazione sproporzionata al pieno esercizio del diritto di autodeterminarsi nella morte. La Corte tedesca sostiene che questo diritto, derivante dal «diritto generale della personalità», non dovrebbe subire condizionamenti esterni nelle scelte esistenziali che riguardano l'identità e l'individualità della persona. Riconosce un 'diritto a una morte auto-determinata' basato su decisioni libere e consapevoli che si estendono al rifiuto di trattamenti e al compiersi attivo della morte.

La Corte ritiene che questo diritto debba essere garantito anche nella dimensione intersoggettiva del ricercare o avvalersi dell'aiuto prestato da terzi, rischiando di essere svuotato dal § 217 StGB. Dopo aver dichiarato l'illegittimità della norma, la Corte ribadisce che la sua caducazione non impedisca al legislatore di predisporre una disciplina che regolamenti l'assistenza al suicidio, nel riconoscimento dell'autonomia morale dell'uomo e dello spazio effettivo per esercitare tale libertà. Tuttavia, esclude che si possa mai configurare un dovere di prestare assistenza al suicidio altrui. Per un'analisi della decisione si veda, G. FORNASARI, *Paternalismo hard, paternalismo soft e anti paternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in *Sistema penale* 2020. N. RECCHIA, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht. Spunti di riflessione in merito al controllo di costituzionalità sulle scelte di incriminazione*, in *Diritto penale contemporaneo* n. 2/2020.

58 S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, 2021. È alle soglie di questo «universo chiaroscurale», in effetti, che il giudizio dell'Autore si fa più tormentato, dove «regna il dubbio», poiché «appare altamente problematica □ anche se certo non del tutto preclusa □ la verifica di una 'lucida' e 'stabile' richiesta di avvalersi dell'aiuto al suicidio». All'interno di questo ambito, le uniche ipotesi di assistenza medica a morire nelle quali l'Autore pare comunque ostracizzare un intervento liceizzante dell'ordinamento sono quelle nei confronti di persone con disturbi cognitivi o psichiatrici.

D'altra parte, se si abbraccia la seconda tesi del presunto «diritto a morire», questo verrebbe realizzato nel contesto del diritto all'autodeterminazione dell'individuo, mettendo così l'art. 580 cod. pen. in contrasto con i principi costituzionali.

Al di fuori di questo nucleo, la questione della depenalizzazione avrebbe senso e le soluzioni dipenderebbero dall'equilibrio legislativo tra diversi interessi in gioco: da un lato, la necessità di tutelare la vita e riconoscere l'autonomia morale di chi richiede aiuto, dall'altro, la rilevanza attribuita alle ragioni della richiesta d'aiuto e/o di chi fornisce assistenza.

In merito, la decisione della Corte si inserisce nella logica del principio di eguaglianza, illuminato dal riferimento alla dignità della persona. La Corte mira a rimuovere una disparità di trattamento irragionevole creata dal legislatore, il quale, in ottemperanza all'obbligo costituzionale ex art. 32 co. 2 Cost., già riconosce la legittimità della scelta di morire del paziente mantenuto in vita da strumenti di sostegno vitale, non considerando questo diritto prevalente rispetto al dovere di solidarietà verso i pazienti più vulnerabili, secondo quanto sottolineato dalla Corte stessa.

5. Conclusioni.

Il panorama delineato evoca la necessità di una definizione più precisa attraverso un costante dialogo tra esperti e organi giurisdizionali. L'obiettivo preminente consiste nell'attuare una bilanciata convergenza tra la normativa concernente l'autodeterminazione terapeutica e gli altri imperativi costituzionali, con particolare riferimento al diritto alla vita. La determinazione di porre termine alla propria esistenza, unitamente alle modalità di attuazione di tale decisione, si manifesta come elemento intrinseco all'autodeterminazione. Sorge, pertanto, la questione cruciale dell'autorità statale nel limitare questa prerogativa, specialmente in situazioni in cui la scelta non sia connessa a una sofferenza acuta e irreversibile.

Parallelamente, emerge un dibattito sostanziale inerente a se questa libertà si configuri come un diritto «a una morte dignitosa» o, inverò, quale «diritto al suicidio», concetti avvalorati dalle giurisdizioni tedesca ed austriaca. Impera, di conseguenza, la necessità di armonizzare tali concetti al fine di sviluppare una legislazione rispondente alla complessità dei diritti costituzionali fondamentali.

Il presente interrogativo conduce alla riflessione sulla pronuncia della Corte Costituzionale n. 242 del 2019, particolarmente focalizzata sul peso da attribuire alle circostanze contingenti di natura economica, sociale, familiare e caratteriale, le quali condizionano la decisione. Tale sentenza sollecita tanto le Corti quanto il Legislatore a fornire una risposta all'interrogativo se la libertà e consapevolezza della scelta di porre termine alla propria vita possano essere valutate esclusivamente attraverso la verifica dell'assenza di vizi della volontà e, di conseguenza, l'affermazione di una generica capacità di discernimento.

In particolare, la sentenza pone in evidenza la complessa dinamica tra la libertà di autodeterminazione e il dovere di solidarietà nei confronti della sofferenza, che

giustifica la decisione di mettere fine alla propria esistenza. Si interroga se l'ordinamento debba fornire risposte più ampie, andando oltre il mero rispetto della libertà di scegliere la morte, e piuttosto adottando misure concrete ed efficaci che possano offrire al malato un motivo supplementare per perseverare nella vita.

Queste considerazioni trovano riscontro nei molteplici schieramenti dell'opinione pubblica, emersi recentemente grazie al caso di «Anna» (nome di fantasia). Quest'ultima rappresenta la prima donna italiana, nel 2023, ad aver beneficiato del percorso finalizzato ad ottenere l'eutanasia in Italia⁵⁹, conformemente a principi e procedimenti delineati dalla menzionata sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale.

La questione del bilanciamento concreto di diritti correlati al nucleo fondamentale dei diritti dell'uomo rimane aperta, riconoscendo che tali diritti sono intrinseci e non derivano direttamente dall'ordinamento. Questo bilanciamento richiede particolare attenzione, specialmente considerando l'insegnamento della Corte costituzionale che sottolinea l'assenza di diritti tiranni soprattutto quando sono coinvolti beni giuridici di fondamentale importanza e delicatezza.

La soluzione a questa complessa dinamica non può derivare esclusivamente dall'interno del contesto nazionale, ma necessita di attingere alle esperienze sovranazionali per trarre ispirazione dalle migliori costruzioni normative già in vigore⁶⁰. In questo processo, nel costante dialogo tra giuristi, professionisti e Corti, emerge l'opportunità di raggiungere risultati che assicurino la tutela dei diritti, tenendo presente che questa evoluzione è modellata dalle esigenze e sensibilità in continua evoluzione nelle concezioni etico-sociali.

Particolare rilevanza assume la proposta legislativa regionale sul fine vita votata il 16 gennaio 2023 in Veneto. La proposta, come esplicita nella relazione di accompagnamento, mira a disciplinare le diverse fasi del percorso, inclusa quella del Comitato etico, seguendo le indicazioni della Corte costituzionale del 2019.

L'intento è eliminare incertezze e problematicità legate alla fornitura di servizi sanitari strutturati in fasi, quali l'esame delle condizioni, le modalità di autosomministrazione, fino alla selezione del farmaco che assicuri un passaggio più rapido, indolore e dignitoso⁶¹.

59 Per la completa disamina dell'iter si veda *il caso di 'Anna', 2023*, in *associazionelucacoscioni.it*.

60 In Spagna, il legislatore ha da poco licenziato importanti interventi di riforma per la cui ricostruzione si veda F. LAZZERI, *'Dum Romae (non) consulitur', la Spagna approva una legge che disciplina l'eutanasia legale*, in *Sist.Ppen.*, 22 marzo 2021.

61 Articolo 3 «Tempi per l'erogazione delle verifiche sulle condizioni e modalità di cui alla sentenza della Corte costituzionale n.242 del 2019 per l'assistenza al suicidio medicalmente assistito».

Il procedimento di verifica delle condizioni di accesso e delle modalità di erogazione del suicidio medicalmente assistito è attivato su richiesta della persona malata all'Azienda sanitaria territorialmente competente, la quale esaurisce il procedimento di verifica entro il termine complessivo di venti giorni dal ricevimento della richiesta stessa.

L'obiettivo dichiarato di questa legislazione⁶² è garantire l'assistenza completa e la presa in carico delle persone individuate dalla Corte costituzionale da parte del Servizio Sanitario Regionale, anche durante la procedura di autosomministrazione.

La non definitività del dibattito sulla questione emerge ulteriormente attraverso la recente questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Firenze⁶³. In data 17 gennaio 2024, il Giudice dell'Udienza Preliminare ha contestato la legittimità costituzionale dell'articolo 580 del codice penale, come modificato dalla sentenza 242/2019 della Corte Costituzionale. La censura riguarda la condizione che restringe l'esclusione della punibilità di chi agevola il suicidio al solo caso in cui la persona assistita sia «tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale». Questo aspetto è contestato per presunto contrasto con gli articoli 2, 3, 13, 32 e 117 della Costituzione, quest'ultimo facendo riferimento agli articoli 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Il requisito sostanziale che richiede che il malato sia effettivamente «tenuto in vita» da trattamenti di sostegno vitale, e non solo necessari di tali trattamenti, è stato oggetto di analisi critica. L'interpretazione estensiva di questo requisito, compresa l'assistenza prestata da terzi, non risulta fattibile in quanto potrebbe portare a considerare situazioni non contemplate dalla Corte del 2019, anzi possibilmente escluse, generando risultati *contra legem*.

Sorge, pertanto, il sospetto di incostituzionalità di tale requisito, poiché l'impossibilità di accesso al suicidio assistito per categorie di pazienti privi di tale condizione potrebbe costituire una lesione ingiustificata dei loro diritti fondamentali, in particolare la libertà di autodeterminazione terapeutica. La dipendenza da trattamenti di sostegno

Nello specifico, la Commissione medica multidisciplinare permanente, di cui all'articolo 2, deve effettuare le verifiche previste dall'articolo 2 della presente legge entro dieci giorni dal ricevimento della richiesta della persona malata.

L'Azienda sanitaria territorialmente competente invia la relazione medica, relativa all'esito delle verifiche effettuate, al Comitato etico per la pratica clinica competente entro e non oltre cinque giorni dal completamento delle verifiche.

Il Comitato etico, ricevuta la relazione medica, emette un parere nei successivi cinque giorni e lo invia alla Commissione medica multidisciplinare permanente. L'Azienda sanitaria trasmette senza ritardo l'esito della procedura, con allegati la relazione e il parere, alla persona malata che ne abbia fatto richiesta.

Qualora la verifica delle condizioni dia esito positivo, l'accesso alle prestazioni e ai trattamenti di autosomministrazione, di cui all'articolo 2 della presente legge, devono essere erogate nel termine massimo dei successivi sette giorni dalla richiesta effettuata dalla persona malata.

L'erogazione del trattamento di autosomministrazione può essere rinviata a seconda della volontà e della richiesta della persona malata che in ogni momento può decidere di posticipare, sospendere o annullare la prestazione.

In ogni caso, le strutture sanitarie pubbliche della Regione conformano i procedimenti disciplinati dalla presente legge ai principi fondamentali dettati dalla rilevante disciplina statale, anche sopravvenuta.

62 Tale finalità risulta in sintonia con le indicazioni del Ministro della Salute, già espresse nel contesto dell'aggiornamento dei Livelli Essenziali di Assistenza con il DPCM 2017, in un quadro di assistenza alle decisioni sul fine vita, coerentemente con quanto già implementato dalla legge 219/2017 che ha rinvigorito i trattamenti palliativi con prestazioni integrate nei Livelli Essenziali di Assistenza.

63 Tribunale di Firenze, Sezione GIP, Ordinanza, 17 gennaio 2024

vitale emerge come un limite al diritto di autodeterminazione terapeutica, il quale può essere considerato legittimo solo se giustificato da controinteressi di analoga rilevanza.

La questione sollevata mette in luce il rischio di costringere o indurre le persone ad accettare trattamenti di sostegno vitale al solo scopo di soddisfare la condizione posta dalla Corte. Tale situazione non solo limiterebbe la libertà del paziente, ma anche lederebbe il suo diritto alla salute, prolungando eventualmente le sofferenze quando avrebbe potuto rifiutare tali trattamenti fin dall'inizio.

In conclusione, la questione sollevata dal Tribunale di Firenze offre uno sguardo critico sulla definizione dei requisiti per l'assistenza al suicidio, evidenziando la complessità etica e giuridica connessa a questa tematica.

ABSTRACT: Il contributo affronta la fattispecie penale dell'aiuto o istigazione al suicidio, la quale non si limita alla dimensione individuale del rapporto tra ethos e tecnica, ma attraverso le diverse branche del nostro ordinamento: civile, penale, religiosa e sociale. L'obiettivo è di esaminare criticamente il tema dell'autodeterminazione terapeutica e del diritto al suicidio, ripercorrendo le tappe principali del dibattito pubblico, parlamentare e giurisprudenziale, al fine di coglierne l'essenza e mettere in luce eventuali carenze di tutela dovute al mancato intervento normativo. Dopo aver analizzato la dimensione civilistica della regolamentazione in materia di autodeterminazione terapeutica e diritto alla salute, si procederà con un'esplorazione dei principali casi giurisprudenziali che hanno influenzato la cultura giuridica e sociale del paese, stimolando il dibattito dottrinale. Questo dibattito non è soltanto basato su principi fondamentali di diritto, ma riflette anche le visioni del mondo insite nel retaggio culturale di ciascun individuo.

Il contributo intende esaminare la problematica dell'istigazione o aiuto al suicidio non solo dal punto di vista tecnico-giuridico, ma anche nell'ambito etico-valoriale che coinvolge naturalmente il tema della vita e della sua dominabilità. La pronuncia della Corte Costituzionale del 2019 ha catalizzato un intenso dibattito sul diritto al suicidio e sull'autodeterminazione terapeutica, evidenziando le complesse questioni sociali ed etiche ad esse associate. Pur riconoscendo il diritto dei cittadini a decidere autonomamente sulla propria vita, anche in situazioni di sofferenza insopportabile, la Corte ha mantenuto il reato di aiuto al suicidio, stabilendo limiti e garanzie per prevenire abusi e discriminazioni. Questa decisione ha sollevato interrogativi su come bilanciare i diritti individuali con le preoccupazioni pubbliche per il benessere sociale, stimolando una profonda riflessione sull'eticità e sulla moralità delle decisioni riguardanti la vita e la morte. In questo contesto, l'autodeterminazione terapeutica emerge come principio guida fondamentale, richiedendo tuttavia un equilibrio delicato tra libertà personale e tutela della vita umana.

PAROLE CHIAVE: Istigazione al suicidio - Autodeterminazione terapeutica - Diritto alla salute - Art. 580 cp - Corte Costituzionale - Diritto al suicidio - Persona - Vita - Eutanasia - Cure palliative.

Dario Sandonà*

LA 'RECIPROCA COLLABORAZIONE':
IL RUOLO DELLA DOTTRINA ECCLESIASTICISTICA
IN GENESI ED EVOLUZIONE DI UN PRINCIPIO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il principio di reciproca collaborazione nei rapporti Stato Chiesa e con le altre confessioni religiose. – 3. Il ruolo della dottrina nell'affermarsi della reciproca collaborazione. – 4. Questioni aperte e reciproca collaborazione: le possibili funzioni della dottrina. – 5. Conclusioni

1. *Introduzione.*

L'intenzione, comune ai contributi del presente volume, è quella di rileggere criticamente le fonti e il diritto vigente nel proprio settore scientifico disciplinare, in tal caso il diritto ecclesiastico, analizzando il ruolo che la cultura giuridica ha avuto nello sviluppo dell'ordinamento giuridico.

Anzitutto è opportuno delinearne l'ambito della presente indagine. La nozione di cultura giuridica in sé risulta essere infatti molto ampia e tesa a ricomprendere diversi elementi, diverse strutture, tra di loro anche piuttosto eterogenee. Con il lemma cultura giuridica, ad esempio, è agevole riferirsi tanto alla cultura dei pratici del diritto (avvocati, magistrati, notai ecc.) che quotidianamente si occupano di applicare la normativa astratta concretizzandola nei rapporti tra privati, enti pubblici, imprese, ecc. La stessa espressione potrebbe essere altresì riferita al prodotto giurisprudenziale, ovvero all'insieme delle decisioni quotidianamente emanate dai giudici che si trovano a risolvere i casi sottoposti alla loro attenzione. E così via con innumerevoli altre accezioni¹.

Nel corso di questo saggio si farà diffusamente riferimento alla cultura giuridica quale dottrina. In particolare, alla dottrina intesa come commento, interpretazione e approfondimento, da parte degli studiosi del diritto ecclesiastico, del diritto vivente, delle questioni di politica ecclesiastica più rilevanti, degli arresti dei giudici di diverso

* Dottorando di ricerca in Giurisprudenza nell'Università di Padova

1 Si noti, a conferma della varietà delle possibili declinazioni di cultura giuridica, che numerose riviste scientifiche contengono tale dicitura nel proprio nome, pur occupandosi disparatamente di decisioni giudiziarie, commento dottrinale, guide pratiche per gli operatori del diritto. Per citarne alcune cfr. *Diritto & questioni pubbliche*, *Rivista di filosofia e cultura giuridica*, Università degli Studi di Palermo; *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Il mulino; *Teoria del diritto e dello Stato*, *Rivista di cultura europea e di scienza giuridica*, Aracne editrice. Forse, fra le varie possibili accezioni, quella più ricorrente nella prassi è quella di cultura giuridica come teoria generale del diritto, identificando quindi il concetto esposto con quel settore delle scienze giuridiche che si occupa di coglierne le macro-strutture in una visione d'insieme.

grado, statali e non solo, più significativi per le materie rientranti nell'oggetto del settore scientifico di riferimento².

Ecco che, sgomberato il campo d'indagine da possibili equivoci e fraintendimenti, si può quindi fare un passo oltre addentrandosi nel merito del presente lavoro. L'intenzione di questo contributo è analizzare la nascita e il contenuto di un principio fondamentale del diritto ecclesiastico italiano: il c.d. 'principio di reciproca collaborazione'.

Tale principio si è affermato nei reciproci rapporti tra Stato e Chiesa cattolica dopo secoli di faticosi conflitti ed è stato definitivamente 'costituzionalizzato'³ negli Accordi di Villa Madama del 1984, all'articolo 1⁴. Nel corso del tempo ha conosciuto, poi, una notevole implementazione per il tramite di numerosi strumenti e accordi giuridici, di varia denominazione, aventi natura negoziale e volti a disciplinare principalmente le materie di interesse comune⁵.

La 'reciproca collaborazione' non è rimasta però fenomeno circoscritto ai soli rapporti con la Chiesa cattolica, divenendo, dopo l'approvazione della Costituzione e durante gli ultimi decenni di vita repubblicana del nostro ordinamento, un vero e proprio principio di sistema, applicato non solo alla confessione religiosa di maggioranza, quella cattolica, cui gli accordi di revisione concordataria del 1984 sono destinati, ma altresì alle confessioni religiose di minoranza. Si pensi, su tutti, al sistema delle Intese disegnato e strutturato dall'articolo 8 della Costituzione quale espressione del fenomeno⁶.

2 In tal senso si vuol qui ricorrere ad una nozione ampia di dottrina, rinviando a tutte le possibili sfumature che il termine può avere all'interno dell'ordinamento. Non si tratta, pertanto, semplicemente dell'attività di commento al diritto vivente, ma più in generale dell'influenza che la stessa ha avuto nel corso degli anni nella vita del particolare ramo dell'ordinamento cui qui ci si riferisce.

3 Cfr. L. GUERZONI, *Gli Accordi del 1984 tra la Repubblica italiana e la Santa Sede: dall'ideologia del Concordato «nuovo» alla realtà del nuovo Concordato*, in *Studi in onore di L. Spinelli*, II, Modena, 1989, 771, il quale sostiene che l'art. 1 avrebbe costituito una «vera e propria clausola fondativa del nuovo concordato». Analogamente ritengono G. LO CASTRO, *Ordine temporale, ordine spirituale e promozione umana. Premesse per l'interpretazione dell'art. 1 dell'accordo di Villa Madama*, in *Il Dir. Eccl.*, 1984, 508, la disposizione in parola «sembra manifestare lo spirito che ha animato le parti contraenti», pertanto essa rappresenterebbe «la premessa di carattere generale delle norme finali (art. 13, 2o co. e anche art. 14) che indicano la linea pratica di condotta nello svolgimento dei rapporti Stato-Chiesa in Italia».

4 Cfr. *Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica Italiana che apporta modificazioni al Concordato Lateranense*, Villa Madama, 18 febbraio 1984, art. 1.

Per una bibliografia essenziale sugli Accordi di revisione concordataria del 1984 cfr., *ex multis*, G. DALLA TORRE, *La revisione del Concordato lateranense. Una vicenda lunga quarant'anni*, in *Justitia*, 2004, 145 ss.; F. MARGIOTTA BROGLIO, *Vent'anni fa entrava in vigore il nuovo Concordato. Un primo bilancio*, in *Nuova Antologia*, ottobre-dicembre 2005, 306 ss.

5 Si pensi, tra i tanti esempi possibili, alla disciplina delle festività religiose, cfr., *ex multis*, M. E. CAMPAGNOLA, *Festività civili e religiose: diritto pubblico*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, oppure alla disciplina del fenomeno religioso nelle comunità separate, cfr. M. BINDA, *Segregazione e religione: analisi del fenomeno dell'assistenza religiosa nelle comunità separate*, Roma, 2022.

6 Cfr., *ex multis*, la tesi di dottorato di A. CESARINI, *Il principio di collaborazione tra la Repubblica e le confessioni religiose*, consultabile presso https://boa.unimib.it/retrieve/23e30d67-5ed7-46f4-9537-01a2d81dc5c5/phd_unimib_863235.pdf, 39 ss. e la bibliografia ivi contenuta.

Si cercherà quindi di rappresentare come la dottrina (ovvero la 'cultura giuridica' nell'accezione sopra delineata), abbia avuto un ruolo considerevole nell'affermarsi di questo principio fondamentale del diritto ecclesiastico italiano e come la stessa abbia contribuito al suo sviluppo. Non si mancherà quindi di esaminare alcune questioni aperte di politica ecclesiastica, cercando di dimostrare come la dottrina, attraverso la propria sapiente opera, possa ancora indirizzare la vita di un principio che, come vedremo, attraversa una fase molto delicata della sua esistenza⁷.

2. Il principio di reciproca collaborazione nei rapporti Stato Chiesa e con le altre confessioni religiose.

I reciproci rapporti tra Stato⁸ e Chiesa cattolica sono stati storicamente fonte di dissidi e contrasti che hanno condotto con alterne fortune e al prevalere dell'uno piuttosto che dell'altro potere. Non è qui possibile ricostruire le complesse vicende che hanno coinvolto la Chiesa e lo Stato italiano⁹ nel corso dei secoli; pertanto, ci si soffermerà in via esclusiva su quanto accaduto a far data dal 1929.

Il primo strumento da cui la nostra indagine muove è il Concordato del 1929, i c.d. Patti Lateranensi¹⁰, che dopo la lunga crisi che coinvolse i rapporti tra la monarchia italiana e la Chiesa, dovuti alla c.d. Questione romana, disciplinarono in modo approfondito i rapporti tra le due entità ed in particolar modo le c.d. *rex mixtae*, le materie di comune interesse.

Lo strumento concordatario ha natura pattizia, come mette in luce la miglior dottrina¹¹, destinato a regolare i rapporti tra due ordini autonomi e distinti, come andarono profilandosi appunto dopo molti secoli Stato e Chiesa. È volto a disciplinare in via collaborativa le materie tradizionalmente 'rivendicate' da entrambi gli ordini, si pensi al matrimonio, alle festività religiose, all'insegnamento della religione nelle

7 Da più parti si afferma, infatti, che il principio di reciproca collaborazione, così come verrà ricostruito nelle sue linee essenziali, attraversò un momento di crisi. Tale condizione, secondo i più, è dovuta alla ormai ridotta capacità di dialogo in sede politica tra le confessioni religiose, in special modo con quella cattolica, ma nondimeno con le altre confessioni e lo Stato italiano, incapaci di un confronto sui temi più significativi. Per una sommaria bibliografia cfr. N. COLAIANNI, *Diritto ecclesiastico attuale*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale* (www.statoe_chiesa.it), 16, 2023; M. E. RUGGIANO, *La 'leale collaborazione tra i poteri' ha ultimato la sua parabola. Brevi considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale* (www.statoe_chiesa.it), 14, 2020.

8 Qui intendendosi non solo la Repubblica italiana o lo Stato italiano negli anni successivi all'Unità d'Italia ma in senso lato il rapporto tra lo Stato e il potere spirituale.

9 Sul punto, in particolare sulle diverse forme di rapporti tra Stato e Chiesa cattolica, si rinvia ai principali manuali istituzionali, cfr. C. CARDIA, *Manuale di Diritto Ecclesiastico*, Bologna, 1996, 13 ss.; F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Milano, 1964, 15 ss.; F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, 2020, 17 ss.

10 Il testo integrale dei Patti lateranensi è reperibile presso il sito della Santa Sede all'indirizzo https://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19290211_patti-lateranensi_it.html.

11 Cfr., in generale, P.A. D'AVACK, voce *Concordato ecclesiastico*, in *Enc. del dir.*, VIII, Milano, 1961, 441 ss.

scuole pubbliche e così via. I Patti lateranensi, però, non consacrarono in alcun modo il principio oggetto della nostra analisi, anzi, non vi è alcuna menzione di forme di reciproca collaborazione tra i due ordinamenti. Ivi si stabilì nuovamente che la religione cattolica fosse la sola religione di Stato e tutta la disciplina in seguito predisposta, intrisa dell'ideologia fascista, risultò essere maggiormente concentrata nel sanare una dimensione conflittuale piuttosto che promuovere una dimensione collaborativa.

Un momento di rottura dell'ordine così costituito si avrà pochi anni dopo con la fine della Seconda guerra mondiale e l'approvazione della Costituzione repubblicana. Ivi, come noto, si affermò per la prima volta in un testo normativo unilaterale dello Stato¹² che la Chiesa e lo Stato sono due ordini indipendenti e sovrani¹³. Non ci si spinse oltre e ci si limitò, secondo i desiderata dei costituenti, ad inserire un espresso richiamo ai Patti Lateranensi che diede vita a non pochi problemi interpretativi¹⁴.

Il principio di reciproca collaborazione venne testualmente sancito per la prima volta solo con gli Accordi di revisione concordataria di Villa Madama del 1984, in modo quasi dirompente dato che, come la dottrina ebbe ad osservare, il principio non era mai stato testualmente menzionato in alcuno strumento normativo sino a quel momento¹⁵. L'espressione venne inserita, subito dopo il preambolo che tuttora richiama il Concilio Vaticano II e l'art 7 della Costituzione italiana, all'articolo 1, disposizione incentrata principalmente nel riaffermare solennemente quanto già sancito nel detto preambolo. In particolare, l'articolo così dispone: «La Repubblica italiana e la Santa Sede riaffermano che lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani, impegnandosi al pieno rispetto di

12 Ivi ci si riferisce all'articolo 7 della Costituzione italiana il quale recita al suo primo comma che: «Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani»

13 Sulla profonda diversità tra la concezione cattolica dell'ordinamento e quella dello Stato cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *A Cesare ciò che è di Cesare. A Dio ciò che è di Dio. Laicità dello Stato e libertà delle Chiese*, Milano, 2006, 64 ss; EADEM, *Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica: indipendenza, sovranità e reciproca collaborazione (a proposito dell'art. 1 Accordo di revisione concordataria)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (nm.statoeChiese.it)*, III, 2014, 3 ss.

14 Per quanto riguarda il tema della c.d. 'costituzionalizzazione' dei Patti Lateranensi cfr., *ex multis*, P.A. D'AVACK, *I rapporti tra Stato e Chiesa nella Costituzione repubblicana*, in *Dir. Ecl.*, 1949, 8 ss., per una visione d'insieme dopo l'approvazione della Costituzione e F. FINOCCHIARO, *Manuale*, cit., 115 s., per una ricostruzione sommaria del dibattito storico.

15 Come detto la Costituzione italiana non prevede in nessun articolo alcuna forma di 'collaborazione' tra la Repubblica e le confessioni religiose, restando l'espressione meramente *in nuce* ed eventualmente desumibile in via interpretativa dal complesso normativo. L'espressione 'cooperazione', invece, compare nelle fonti apicali di altri ordinamenti, ad es. cfr. la Costituzione spagnola all'articolo 16.3. Cfr. sul punto, R. ASTORRI, *Stati e confessioni religiose: verso nuovi modelli di cooperazione*, in *Laicità e dimensione pubblico del fattore religioso. Stato attuale e prospettive*, a cura di R. Coppola, C. Ventrella, Bari, 2012, 191.

tale principio nei loro rapporti ed alla reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese»¹⁶.

Le parti, quindi, assunsero un impegno di carattere negoziale, frutto dell'incontro della volontà di due ordinamenti finalmente riconosciuti autonomi e sovrani nei loro rispettivi ordini. Tale impegno emerge nitidamente dal testo dell'accordo all'articolo 1, come accorta dottrina ha osservato¹⁷, ma è trattato altresì in altri punti. Il principio appare anche in altre norme dell'Accordo, nell'ambito delle diverse materie disciplinate nel documento¹⁸, tanto che attenta dottrina¹⁹ ha significativamente osservato che, forse, il principio di reciproca collaborazione deve essere inteso quale canone ermeneutico e norma primaria secondo cui interpretare l'intero testo normativo.

Quanto poi al contenuto e ai mezzi della reciproca collaborazione, si deve osservare che la stessa ha interessato nel corso degli anni diversi settori, in particolare quelli di maggior interesse per la Chiesa cattolica, e si è concretizzata nell'uso di diversi strumenti normativi variamente denominati a seconda della tecnica utilizzata.

Quanto alle altre confessioni religiose, invece, non c'è alcun riferimento espresso alla reciproca collaborazione nell'articolo 8 della Costituzione, come d'altronde all'articolo 7 per la Chiesa cattolica. La dottrina, l'opinione politica e la prassi in materia ecclesiasticistica hanno però condotto al manifestarsi del principio di reciproca collaborazione anche nei rapporti tra lo Stato e le altre confessioni religiose, attraverso l'adozione di strumenti e di modelli di cooperazione simili a quelli utilizzati per la confessione cattolica. Non è un caso quindi che vi siano diversi riferimenti al principio di reciproca collaborazione nelle disposizioni introduttive delle intese stipulate nel corso degli ultimi decenni con queste, in qualche modo volendosi concretizzare altresì, come accorta dottrina²⁰ ha osservato, il principio di tutela e promozione delle formazioni sociali tutte, ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione, ivi comprese quelle di carattere religioso.

16 Cfr. il testo normativo integrale consultabile presso https://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19850603_santa-sede-italia_it.html

17 Cfr. S. FERRARI, *Osservazioni conclusive*, in *Concordato e Costituzione: gli accordi del 1984 tra Italia e Santa Sede*, a cura di S. Ferrari, Bologna, 253

18 Solo per citarne alcuni cfr., ad esempio, tra i tanti punti in cui la reciproca collaborazione viene richiamata, l'articolo 12 in cui si afferma, con riferimento al patrimonio artistico, che «[l]a Santa Sede e la Repubblica italiana, nel rispettivo ordine, collaborano per la tutela del patrimonio storico ed artistico», rinviando quanto alla disciplina attuativa ad «opportune disposizioni» concordate «dagli organi competenti delle due Parti» al fine di «armonizzare l'applicazione della legge italiana con le esigenze di carattere religioso»; Part. 13 conclusivo il quale riserva sia a nuovi accordi tra le due Parti sia a intese tra le competenti autorità dello Stato e la Conferenza Episcopale Italiana (CEI) la regolamentazione delle eventuali «ulteriori materie per le quali si manifesti l'esigenza di collaborazione tra la Chiesa cattolica e lo Stato».

19 Cfr. L. GUERZONI, *Gli Accordi del 1984*, cit., 771, il quale considera l'articolo 1 come una disposizione su cui poggiare l'interpretazione dell'intero Concordato. Considerazioni analoghe sono svolte da A. G. M. CHIZZONITI, *Le certificazioni confessionali nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Vita e Pensiero*, 2000, 122; S. LARICCIA, voce *Stato e Chiesa cattolica (rapporti tra)*, in *Enc. del dir.*, XLIII, Milano, 1990, 923 e ss.

20 Cfr. A. CESARINI, *Il principio di collaborazione*, cit., 27 ss.

3. *Il ruolo della cultura giuridica nell'emersione della reciproca collaborazione.*

Ora, definito il contenuto e il campo di applicazione del principio di reciproca collaborazione, ci si deve soffermare sul ruolo che la dottrina ha ricoperto in relazione alla nascita, allo sviluppo e all'affermazione dello stesso nella storia della Repubblica italiana.

Come detto, tale espressione venne collocata per la prima volta negli Accordi di Villa Madama del 1984²¹. Già da tempo si discuteva però della possibilità di dare concreta attuazione all'articolo 7 della Costituzione, modificando i Patti lateranensi nelle loro parti ormai incompatibili con i principi costituzionali²². Se la giurisprudenza costituzionale²³ dal canto suo ebbe a ricoprire un ruolo fondamentale, intervenendo in diverse materie di interesse per il diritto ecclesiastico e affermando più volte la necessità di rivisitare i predetti accordi, non meno importante fu il ruolo della dottrina.

Diversi autori²⁴, infatti, ormai da tempo sottolineavano l'inadeguatezza dei Patti lateranensi di fronte al testo costituzionale e al mutare dei tempi, segnalando con dovizia quali potessero essere i più interessanti interventi da innestare nel corpo del testo normativo al fine di una sua revisione. Il pensiero dottrinale dominante non ebbe mai a mettere in discussione l'utilizzo dello strumento concordatario quale mezzo per regolare i rapporti tra stato e Chiesa cattolica²⁵, anzi, lo considerò sempre strumento imprescindibile nell'epoca moderna per regolare le *res mixtae* e le relazioni tra i due ordinamenti. Della reciproca collaborazione vi era l'idea, pur non teorizzandosi

21 Per una visione d'insieme sul complesso iter delle trattative e sulle diverse fasi che connotarono le stesse cfr., *ex multis*, l'opera di F. MARGIOTTA BROGLIO, *Sul negoziato per le modificazioni degli Accordi Lateranensi: la politica ecclesiastica italiana tra indirizzi del Parlamento e azione dell'Esecutivo (1967-1984)*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, I, 1984, 3 ss., il quale ripercorre analiticamente tutte le fasi che condussero alla conclusione degli Accordi di Villa Madama.

22 Vedi per esempio, tra le tante, le questioni legate al confessionismo di stato o la necessità di prendere posizione in materie particolarmente delicate come quella matrimoniale a seguito dell'introduzione del divorzio nell'ordinamento statale.

23 La Corte costituzionale, ormai attiva da un po' di anni, aveva iniziato ad intervenire nei rapporti Stato-Chiesa con diverse pronunce. Sul punto cfr. C. MIRABELLI, *Giurisprudenza costituzionale e riforma dei Patti lateranensi*, in *La grande riforma del Concordato*, a cura di G. Acquaviva, Venezia, 2006, 73 ss.

24 Cfr. per una accorta ricostruzione del dibattito dottrinale e politico che animò gli anni successivi all'approvazione della Costituzione la manualistica, *ex multis*, F. FINOCCHIARO, *Manuale*, cit., 59 ss.; C. CARDIA, *Manuale*, cit., 217 ss.; nonché tra le numerose opere *Documenti diplomatici sulla interpretazione dell'art. 34 del Concordato tra l'Italia e la Santa Sede (Roma, 16 giugno 1970)*, in *Dir. ecl.*, I, 1970, 179 ss.; G. DALLA TORRE, *La revisione del Concordato lateranense. Una vicenda lunga quarant'anni*, in *Justitia*, 2004, 145 ss.; A. C. JEMOLO, *Il nodo del Concordato*, in *Nuova Antologia*, 1974, 469 ss.; SERVIZIO STUDI DEL SENATO DELLA REPUBBLICA, *Quaderni di documentazione, n. 13, il dibattito sulla revisione del concordato (1965-1984)*, a cura di G. Vegas, Roma, 1984; G. SPADOLINI, *La questione del Concordato*, Firenze, 1976.

25 Vi furono comunque delle opinioni dissonanti, tanto che alcuni arrivarono a teorizzare la necessità di abolire l'intero concordato, cfr. sul punto P. TOGLIATTI, *Una proposta massimalista: abolire il Concordato*, in *Rinascita*, 5, 1957, 206 ss.

espressamente ancora un preciso istituto con analoga denominazione da porsi alla base dei rapporti tra Stato e Chiesa²⁶.

L'ampia attenzione e le riflessioni della dottrina sul tema ebbero notevole importanza nell'emersione del principio. Prova ne è il ruolo da questa ricoperto nella fase delle trattative politiche, in seno agli organi competenti, per la revisione dei Patti. Nel 1965 Mauro Ferri e Lelio Basso posero alla Camera la questione dei rapporti Stato-Chiesa e di lì a poco si formò una Commissione ministeriale incaricata di studiare il problema. Vennero a far parte di detta commissione²⁷, non a caso, eminenti esponenti della dottrina ecclesiasticistica che da anni si occupavano del fenomeno, fra questi Arturo Carlo Jemolo, Pietro Gismondi, Gaspare Ambrosini per citarne alcuni. Costoro riportarono nel dibattito parlamentare e nei negoziati con la Santa Sede le istanze accademiche e il pensiero della dottrina che ormai da decenni affermava, come detto, la necessità di rivedere il testo concordatario con la Santa Sede, offrendo per tutte le principali problematiche soluzioni originali e promuovendo il confronto con la Chiesa cattolica. Già nella genesi della reciproca collaborazione appare la sapiente opera della dottrina.

Ora, nel corso degli anni la collaborazione tra Stato e Chiesa cattolica ha avuto uno sviluppo notevole e molti sono i casi in cui la dottrina ha contribuito in modo avveduto. Pare interessante, alla luce dei limiti di spazio, osservare quanto accaduto in tempi recenti durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19.

Come noto, il dilagare delle infezioni causate dal predetto virus ha condotto in breve tempo gli organi governativi ad adottare dei provvedimenti urgenti, fondati sulla tutela della salute ex art. 32 della Costituzione, con cui si è fortemente limitata la libertà personale dei cittadini nella speranza di contingentare le infezioni²⁸.

26 In questo senso, pare corretto affermare che la dottrina dell'epoca già teorizzava l'imprescindibilità dello strumento concordatario e la necessità di soluzioni 'negoziate' per le principali questioni critiche. La dizione 'reciproca collaborazione' emerse solo in fase avanzata durante i lavori preparatori, inizialmente essendo richiamata solo all'interno degli altri articoli, in particolare il primo riferimento si introdusse nell'attuale articolo 12 del testo. Cfr. per le bozze di accordo PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *La revisione del Concordato. Un Accordo di libertà*, Roma, 1986.

27 Cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il negoziato per la revisione del Concordato tra Governo e Parlamento*, in *La grande riforma del Concordato* a cura di G. Acquaviva, Venezia, 2006, 53 ss.

28 Per una bibliografia essenziale da punto di vista costituzionale cfr. A. LAMBERTI, *Pandemia, approccio precauzionale e diritti fondamentali: normativa emergenziale e giurisprudenza costituzionale tra punti fermi e criticità diffuse*, in *Nomos*, 2, 2023; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche ai giuristi). Fiat iustitia et pereat mundus oppure fiat iustitia ne pereat mundus?*, in *Questione Giustizia*, 2020; E. RAFFIOTTA, *La legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Forum di Biolaw Journal*, 2020. Per quanto attiene il fenomeno dal punto di vista della limitazione della libertà religiosa cfr. A. CESARINI, *I limiti all'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria e la 'responsabile' collaborazione con le confessioni religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoechiese.it)*, 18, 2020; G. DALLA TORRE, *Coronavirus. Gli ordini dati dallo Stato e gli ordini interni della Chiesa*, in *Avvenire*, 22 marzo 2020; G. MACRÌ, *La libertà religiosa alla prova del Covid-19. Asimmetrie giuridiche nello 'stato di emergenza' e nuove opportunità pratiche di socialità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoechiese.it)*, 9, 2020; V. PACILLO, *Il diritto di ricevere i sacramenti di fronte alla pandemia. Ovvero, l'emergenza da COVID-19 e la struttura teologico-giuridica della relazione tra il fedele e la rivelazione della Grazia*, in *Oli.it*, 2020.

All'uopo il governo ha emanato diverse misure di carattere speciale, spesso nella forma del provvedimento amministrativo, suscitando le critiche di ampia parte della dottrina per la opacità della tecnica normativa²⁹. In questo complesso bilanciamento di diritti si è inserita nondimeno un'ampia discussione in tema di libertà religiosa.

L'esecutivo italiano, infatti, ha sostanzialmente impedito, mediante i predetti DPCM, atti di natura unilaterale, l'esercizio della detta libertà presso diverse comunità religiose, creando secondo il parere dei più un grave *vulnus* ad una libertà costituzionalmente garantita. L'esercizio della libertà, infatti, presso la quasi totalità delle comunità religiose presenti nel territorio italiano, si concretizza in dinamiche comunitarie, talvolta imprescindibili per il fedele che desidera rettamente adempiere i propri obblighi³⁰.

Se il predetto bilanciamento dal punto di vista dell'ordinamento interno potrebbe essere accettato, parte della dottrina ha rilevato una violazione degli articoli 7 comma 2 e 8 comma 3 della Costituzione, i quali avrebbero imposto una soluzione concordata con le diverse confessioni religiose³¹. Tale mancata concertazione con le singole confessioni avrebbe impedito di prendere in considerazione le esigenze teologiche ed istituzionali di ognuna; nonché si sarebbero perpetrate violazioni di accordi pattizi, ad esempio la libertà di pubblico esercizio del culto prevista dall'articolo 2.1 dell'Accordo di Villa Madama, sospeso unilateralmente senza considerare la legittimità di tale operazione in base al diritto consuetudinario dei trattati³². In sostanza si è sostenuto vi sia stato un grave *vulnus* della reciproca collaborazione.

Accorta dottrina³³, condivisibilmente, ha avuto invece il merito di ricondurre il fenomeno nella legalità. Si è evidenziato come le esigenze di celerità e la straordinarietà della situazione affrontata non hanno permesso la previa consultazione delle confessioni religiose, pur toccate nei loro diritti fondamentali dai DPCM. Il necessario bilanciamento costituzionale dei diritti ha però condotto ad una prevalenza degli interessi della collettività di carattere generale (salute) che non possono che avere la meglio sugli interessi particolari facenti capo alle confessioni religiose. Del pari si è osservato come anche la violazione dei trattati non sia in realtà da considerarsi tale, il «canone di eguale libertà ex art. 8, c. 1, Cost., dissuade dall'accordare a tale disposizione pattizia un'efficacia prescrittiva autonoma, in chiave privilegiaria rispetto a diritti che la Costituzione

29 Cfr. sul punto, *ex multis*, L. MAZZAROLLI, *Sulle fonti del diritto in tempi di virus – Parte II – La «guerra delle ordinanze»*, in *Quaderni amministrativi*, 2, 2020, 5 ss.

30 Si pensi semplicemente agli obblighi di celebrazione comunitaria domenicale della Chiesa cattolica e alla somministrazione dei sacramenti.

31 Cfr. T. DI IORIO, *La quarantena dell'anima del civis-fidelis. L'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria da Covid-19 in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoechiese.it)*, 11, 2020; V. PACILLO, *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoechiese.it)*, 8, 2020, 85 ss.

32 Cfr. F. BOTTI, *Bagattelle per una epidemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoechiese.it)*, 10, 2020, 8 ss.

33 Cfr. N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoechiese.it)*, 7, 2020, 33; A. FERRARI, *Covid-19 e libertà religiosa*, in *Settimana News*, 6 aprile 2020.

garantisce a tutte le confessioni in pari misura»³⁴. Anzi, molte confessioni religiose hanno riprodotto nel diritto interno le prescrizioni statali con atti di sostanziale recepimento, individuandosi in ciò una vera forma di reciproca collaborazione³⁵.

Non è un caso che con il mitigarsi dell'emergenza sanitaria, sono stati adottati nuovi modelli di collaborazione³⁶, concretizzatisi nell'adozione dei 'protocolli sanitari'³⁷ con la Chiesa cattolica prima e con le altre confessioni poi. Ciò in fin dei conti non fa altro che confermare che la dottrina aveva ricostruito correttamente il fenomeno, riconducendolo nell'alveo del bilanciamento dei diritti piuttosto che in un problema di violazione del principio di reciproca collaborazione, fungendo da supporto alle politiche ecclesiastiche in materia. Queste non a caso, cessata l'emergenza, si sono nuovamente incentrate su modelli normativi fondati proprio su una dinamica collaborativa tra Stato e Chiesa, nonché verso le altre confessioni religiose.

Ora, come si è detto *supra*, il principio di reciproca collaborazione nasce nell'ambito dei rapporti tra Stato e Chiesa, ed è essenzialmente di carattere negoziale. I limiti soggettivi ed oggettivi del principio sono però venuti meno nel corso del tempo grazie ad una espansione del suo ambito di applicazione. Oggi si può dire principio generale applicabile a tutte le confessioni religiose presenti nella Repubblica e ciò anche grazie alla sapiente opera della dottrina³⁸.

I limiti negoziali del principio non possono essere ignorati e l'applicazione in via analogica di una normativa di carattere pattizio destinata a regolare i rapporti tra due ordinamenti, l'uno religioso e l'altro statale, fondata sull'identica natura confessionale dell'ordinamento di destinazione non pare possibile. Il salto concettuale e la rottura dei limiti predetti però sono proprio stati teorizzati ed evidenziati dalla dottrina³⁹.

34 Cfr. A. CESARINI, *Il principio di collaborazione*, cit., 160.

35 Cfr. F. BALSAMO, *The loyal collaboration between State and religions at the testing bench of the Covid-19 pandemic. A perspective from Italy*, in *Law, Religion and Covid-19 Emergency*, 47 ss.

36 Accorta dottrina ha ritenuto che in realtà si tratti di concertazione piuttosto che di collaborazione, con tale espressione intendendosi un modello peculiare. Con il «metodo della concertazione» si opera quasi come se «le confessioni religiose, e la stessa Chiesa cattolica fossero una delle parti sociali con le quali occorre aprire un dialogo, quando si tratti di provvedimenti che possono interessarle» in R. ASTORRI, *Politica ecclesiastica e Chiesa cattolica*, in *Quad. di dir. e pol. eccl.*, II, 2013, 12, cfr. anche M. VENTURA, *L'eredità di Villa Madama: un decalogo*, in *Quad. di dir. e pol. eccl.*, I, 2014, 67 ss.

37 Il primo protocollo è stato adottato di comune intesa tra la CEI e il governo italiano in data 7 maggio 2020, ne sono poi seguiti molti altri per diverse confessioni religiose tra cui: Comunità ebraiche italiane; Chiese Protestanti, Evangeliche, Anglicane; Comunità ortodosse; Comunità Induista, Buddista (Unione Buddista e Soka Gakkai), Baha'i e Sikh; Comunità Islamiche; Comunità della Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni. Cfr. in generale M. LO GIACCO, *I 'Protocolli per la ripresa delle celebrazioni delle confessioni diverse dalla cattolica'*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (nm.statochiese.it)*, XII, 2020.

38 Cfr. A. CESARINI, *Il principio di collaborazione*, cit., 94 ss., il quale illustra come il principio possa dirsi oggi di carattere generale e debba essere considerato applicabile anche alle confessioni religiose diverse dalla cattolica.

39 *Ibidem*.

Una volta affermata la laicità dello Stato⁴⁰ e che la stessa deve, secondo una accezione positiva, essere volta alla promozione e alla valorizzazione di tutte le confessioni religiose, nonché dopo la fiorente stagione delle intese in cui vari governi hanno iniziato a dare esecuzione all'articolo 8 della Costituzione, la dottrina ha saputo ricostruire come generale un principio nato nei rapporti con la sola Chiesa cattolica, inquadrandolo correttamente e riconducendolo a sistema, fungendo da ausilio anche per le autorità politiche. Gli strumenti della collaborazione pensati per la Chiesa cattolica sono diventati molto spesso generali ed utilizzati anche nei rapporti con le altre confessioni⁴¹.

Molteplici potrebbero essere quindi gli esempi di come la reciproca collaborazione si manifesta nei rapporti tra le singole confessioni e lo Stato⁴², ma pare qui, a titolo esemplificativo, interessante soffermarsi sulla condizione dell'Islam in Italia⁴³.

Tale confessione religiosa è ad oggi priva di un'intesa con lo Stato italiano per diversi motivi. Tra questi sicuramente vi è il suo policentrismo⁴⁴, ovvero la tendenza al proliferare di diverse correnti religiose che si aggregano in una pluralità di enti che, ad oggi, operano nell'ordinamento come enti non riconosciuti, non attivando il procedimento di riconoscimento secondo la Legge sui culti ammessi. Del pari le loro guide religiose, gli imam, non godono della qualifica di ministri di culto essendo privi⁴⁵ dei requisiti richiesti da dottrina e giurisprudenza per ottenere tale status. Si tratta in sostanza di guide religiose che fungono da *primus inter pares* ma non hanno quelle funzioni

40 In tema di laicità dello stato cfr., *ex multis*, P. CAVANA, *Interpretazioni della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, Roma, 1998; S. DOMIANIELLO, *Sulla laicità nella Costituzione*, Milano, 1999; O. FUMAGALLI CARULLI, 'A Cesare', cit.; J. PASQUALI CERIOLO, Laicità, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoechiese.it)*, II, 2023; B. RANDAZZO, *Le laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoechiese.it)*, ottobre 2008. Nonché la sentenza n. 203 del 12 aprile 1989 della Corte Costituzionale in cui il principio di laicità è stato inquadrato dalla Consulta, cfr., *ex multis*, A. ALBISETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 2014.

41 Per una panoramica degli strumenti della reciproca collaborazione cfr. A. FERRARI, *La reciproca collaborazione a servizio della persona umana tra la Chiesa cattolica e gli Stati dopo il Concilio Ecumenico Vaticano II e gli accordi di Villa Madama*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoechiese.it)*, XIII, 2023; nonché A. CESARINI, *Il principio di collaborazione*, cit., 101 ss.

42 Un parziale riferimento in realtà è già stato fatto *supra* quando si è fatto riferimento ai protocolli d'intesa con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, come detto anch'essi concretizzazione della reciproca collaborazione Stato-Chiesa.

43 Per una bibliografia essenziale sulla condizione dell'Islam in Italia cfr. *Comunità islamiche in Italia*, a cura di C. Cardia, G. Dalla Torre, Torino, 2015; A. S. MANCUSO, *La presenza islamica in Italia: forme di organizzazione, profili problematici e rapporti con le Istituzioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoechiese.it)*, ottobre 2012; L. MUSSELLI, *I rapporti tra islam e ordinamento italiano: una problematica intesa*, in *Il Politico*, II, 1999, 293 ss; A. PIN, *Laicità e Islam nell'ordinamento italiano. Una questione di metodo*, Padova, 2010.

44 Cfr. *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, a cura di S. Ferrari, Bologna, 2000.

45 Cfr. per un inquadramento del problema, *ex multis*, G. M. R. IURATO, *Ministro di culto e Imam*, in *Dir. eccl.*, I-II, 2022, 69 ss.

pastorali richieste per accedere, in assenza di intesa con lo Stato, alla disciplina dettata dalla Legge sui culti ammessi.

Tale quadro, già complesso, si offusca ulteriormente alla luce dei noti fenomeni di integralismo islamico che negli ultimi anni si sono verificati nel territorio nazionale e dei casi di discriminazione che si vengono così a generare nei confronti degli appartenenti alla confessione. Le complicazioni nel poter disporre di luoghi di culto adeguati, l'impossibilità di accedere ai meccanismi di finanziamento religioso e varie altre difficoltà, non fanno altro che alimentare una crescente 'ghettizzazione' che contribuisce ad alimentare i sopra descritti fenomeni.

La dottrina⁴⁶, dal canto suo, ha destinato parecchie attenzioni al fenomeno, inquadrando in modo sistematico le questioni giuridiche sottese. Da tempo si discute della possibilità di concludere un'intesa con il mondo islamico che possa riunire le istanze provenienti dai principali enti rappresentativi, concretizzando, in rapporti tanto delicati, la reciproca collaborazione che massimamente assurgerebbe a faro per la promozione della multiculturalità e della laicità c.d. positiva.

È pur vero che ad oggi non vi è ancora alcuna intesa, però, grazie anche all'importante lavoro di inquadramento giuridico e di proposta, le istituzioni politiche hanno siglato strumenti bilaterali con le organizzazioni maggiormente rappresentative che, in diverse occasioni, riprendono il lavoro e le iniziative proposte dalla dottrina nella propria opera di commento⁴⁷.

4. *Questioni aperte e reciproca collaborazione: le possibili funzioni della dottrina.*

Ora, una volta apprezzato attraverso alcuni casi concreti il ruolo della dottrina nell'affermarsi del principio di reciproca collaborazione nel corso degli ultimi decenni, preme soffermarsi, pur sempre a mero titolo esemplificativo, su un paio questioni particolarmente spinose nel dibattito ecclesiastico attuale.

Com'è noto, nell'ordinamento italiano è ad oggi vigente la c.d. Legge sui culti ammessi⁴⁸, testo normativo emanato durante il ventennio fascista destinato a regolare i rapporti con

46 Cfr., *ex multis*, *Musulmani in Italia*, cit. e i contributi dei diversi autori a commento delle proposte di intesa che si sono susseguite nel corso degli anni con alcune comunità islamiche maggiormente rappresentative. Cfr. altresì P. CAVANA, *Prospettive di un'intesa con le comunità islamiche in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoeChiese.it), giugno 2016; L. MUSELLI, *A proposito di una recente proposta di bozza d'intesa con l'Islam*, in *Dir. eccl.*, I, 1997.

47 Cfr. per esempio la creazione nel 2016 del 'Consiglio per le relazioni con l'Islam italiano' in seno al Ministero dell'Interno con il compito specifico di fornire pareri e formulare proposte in ordine alle questioni riguardanti l'integrazione islamica. Si pensi poi alla sottoscrizione, da parte dei rappresentanti delle principali associazioni e delle comunità islamiche in Italia, con la collaborazione del predetto Consiglio, del 'Patto nazionale per un islam italiano', consultabile presso https://www.interno.gov.it/sites/default/files/patto_nazionale_per_un_islam_italiano_1.2.2017.pdf.

48 La Legge sui culti ammessi è stata promulgata in data 24 giugno 1929, n. 1159 ed è consultabile nel suo testo attuale presso https://presidenza.governo.it/USRI/ufficio_studi/normativa/Legge%20

lo Stato delle confessioni religiose diverse dalla Chiesa cattolica, proclamata confessione di stato con i Patti Lateranensi. Il complesso quadro normativo che si delineò dopo l'approvazione dei Patti e della predetta legge, condusse, a seguito anche dell'approvazione di norme discriminatorie verso alcune comunità religiose (su tutte quella ebraica), ad un quadro in cui le confessioni religiose diverse dalla cattolica scontavano un trattamento deteriore in diversi ambiti. Si pensi, per esempio, al riconoscimento civile degli enti di appartenenza, alle penetranti forme di controllo sull'operato degli stessi, al trattamento dei ministri di culto e così via.

Con l'avvento della Costituzione repubblicana, vi fu un netto mutamento nei rapporti tra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica, affermandosi la distinzione tra ordini confessionali e ordine statale⁴⁹. Nel rinnovato *modus operandi*, lo strumento delle intese, a lungo inattuato, divenne veicolo per permettere l'accoglimento di buona parte delle istanze di molte confessioni religiose di minoranza.

Ciò ha dato però vita ad un nuovo problema, ancor oggi irrisolto. In particolare, le confessioni religiose che ad oggi non hanno concluso alcuna intesa con lo Stato restano destinatarie della Legge sui culti ammessi, così risultando essere particolarmente svantaggiate, se non discriminate, rispetto alla Chiesa cattolica e alle altre confessioni destinatarie di un'intesa⁵⁰ su diversi piani.

Tale condizione è stata fortemente criticata in dottrina⁵¹ e da più parti si è affermata la necessità di una legge sulla libertà religiosa generale da parte dello Stato che tenga in debita considerazione le istanze di tutte le confessioni religiose in maniera paritetica. Alla luce di quanto detto, nonostante la necessaria sintesi, si osservi come la citata dottrina⁵² si è soffermata in modo concorde sulla necessità di consultare gli enti apicali di tutte le confessioni religiose: cattolica, destinatarie di un'intesa con lo Stato ed eventualmente prive della stessa.

24%20giugno%201929,%20n.1159.pdf. Per una bibliografia essenziale sul contenuto del testo normativo e sui principali problemi legati allo stesso cfr., *ex multis*, i recenti interventi di S. BORDONALI, *La legge sui Culti ammessi, le intese e l'esigenza di una legge-base sul fatto religioso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoechiese.it)*, 4, 2020; M. TEDESCHI, *La legge sui culti ammessi*, in *Dir. eccl.*, II, 2003, 641 ss.

49 La distinzione, come apprezzato *supra*, venne sancita mediante quanto disposto agli articoli 7 e 8 della Costituzione.

50 Cfr., *ex multis*, J. PASQUALI CERIOI, *Legge generale sulla libertà religiosa e distinzione degli ordini*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoechiese.it)*, gennaio 2010, 9 ss.

51 Cfr. sul punto, tra i numerosi autori che hanno trattato la questione, i più recenti contributi *La legge che non c'è. Proposta per una legge sulla libertà religiosa in Italia*, a cura di R. Zaccaria, S. Domianello, A. Ferrari, P. Floris, R. Mazzola, Bologna, 2019; G. CASUSCELLI, *2021: sempre in attesa di una legge generale sulle libertà di religione, tra inadeguatezza e paura del cemento*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoechiese.it)*, I, 2021, 1 ss.; L. DE GREGORIO, *Laicità e progetti per una legge generale sulla libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoechiese.it)*, 21, 2020; O. FUMAGALLI CARULLI, *Legge e libertà religiosa. Dai 'culti ammessi' alla libertà religiosa: un cammino incompiuto*, in *Iustitia*, II-III, 2004, 171 ss.; P. PICCOLO, *Gli ultimi progetti di legge sulla libertà religiosa: elementi di costanza e soluzioni di continuità*, in *Dir. eccl.*, III-IV, 2011, 671 ss.

52 Cfr. la nota precedente.

Ecco che riemerge nuovamente il ruolo imprescindibile della reciproca collaborazione tra Stato e confessioni religiose nella definizione della disciplina da destinare alle stesse.

Del pari si osserva che il ruolo della dottrina nell'affermare l'esigenza di una nuova normativa in tema di libertà religiosa è stato certamente apprezzabile. Nel corso degli anni sono stati numerosi gli interventi e i contributi da parte della stessa volti ad analizzare il fenomeno, giungendo, peraltro, a proporre spesso concrete proposte di legge da destinare all'attenzione degli organi politici⁵³.

Gli studiosi del diritto ecclesiastico sono probabilmente gli unici che godono di una visione d'insieme ed in grado di comprendere con piena contezza quali temi inserire e con che modalità. È opportuno quindi che in futuro perseverino nella propria attività, cercando di offrire al decisore politico soluzioni sempre aggiornate in base alle mutevoli istanze sociali, rammentando che «compito della dottrina è di illustrare un problema nei suoi termini più chiari ed estremi; tocca poi al politico mediare con le altre componenti, selezionando tra le argomentazioni proposte quelle più utili al raggiungimento di un accettabile compromesso»⁵⁴.

Un altro tema particolarmente delicato nel dibattito tra gli ecclesiastici e non solo, in tal caso legato precipuamente alla confessione di maggioranza, la Chiesa cattolica⁵⁵, è dato dai numerosi episodi di violenza sessuale commessi da parte di presbiteri facenti capo alla Santa Sede⁵⁶ a danno di minori. Il fenomeno, ormai noto a livello internazionale, non ha

53 Cfr. gli esiti del recente incontro di studi in forma seminariale organizzato dalla Fondazione Astrid a Roma il 6 aprile 2017, i cui lavori sono stati oggetto di pubblicazione in *Rassegna Astrid*, VI, 2017. Cfr. per un quadro complessivo l'intervento conclusivo del predetto convegno da parte di S. FERRARI, *Perché è necessaria una legge sulla libertà religiosa? Profili e prospettive di un progetto di legge in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), XXI, 2017, in calce al quale è riportato anche il testo integrale di proposta di legge sulla libertà religiosa formulato nell'occasione.

54 Cfr. F. ONIDA, *Osservazioni per il Progetto di legge sulla libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), XXXVII, 2015.

55 Si noti che il fenomeno della pedofilia non è riferibile e riscontrabile esclusivamente presso la Chiesa cattolica. Lo stesso però, alla luce delle dimensioni e del rilievo avuto in giurisprudenza e dottrina viene qui ad essere trattato esclusivamente con riferimento a tale confessione religiosa.

56 Per un inquadramento del fenomeno dal punto di vista canonistico, nonché sugli innumerevoli problemi che scaturiscono nell'ordinamento della Chiesa cattolica, cfr. D. ASTIGUETA, *La persona e i suoi diritti nelle norme sugli abusi sessuali*, in *Periodica de re canonica*, IV, 2004, 623 ss.; J. P. BEAL, *The 1962 Instruction Crimen sollicitationis: caught red-handed or handed a red herring?*, in *Studia canonica*, XLI, 2007, 199 ss.; D. CITTO, *Il diritto canonico di fronte ai reati (in particolare di fronte agli abusi sui minori)*, in *Iustitia*, III, 2010, 253 ss.; ID., *Brevi note sulla Circolare della Congregazione per la Dottrina della Fede con riferimento alle linee guida per i casi di abuso sui minori da parte dei chierici*, in *Iustitia*, III, 2011, 309 ss.

Per un inquadramento dal punto di vista processuale cfr. G. BONI, *Il Libro VI De sanctionibus poenalibus in Ecclesia: novità e qualche spigolatura critica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), XI, 2022; D. SANDONÀ, *Dalla notizia de delicto all'indagine previa. Note a margine del Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, in *Arch. giur.*, II, 2023.

rilievo esclusivamente sul piano dell'ordinamento canonico⁵⁷ ma si riverbera altresì sul piano del diritto interno.

Non viene infatti meno la pretesa punitiva dello Stato, il quale è legittimato a perseguire penalmente la violenza commessa a danno del minore sul proprio territorio da una persona che, oltre ad essere un ministro di culto appartenente alla Chiesa cattolica, è normalmente cittadino dello Stato italiano. Una volta esercitata l'azione penale e conclusosi l'eventuale procedimento, si manifesta poi la pretesa da parte delle vittime di ottenere un risarcimento sul piano civile per i danni subiti a seguito della violenza sessuale perpetrata ai loro danni⁵⁸.

La prassi ha mostrato, però, come sia frequente, alla luce delle condizioni economiche dell'autore del delitto, che non vi sia un patrimonio capiente in capo al presbitero su cui la vittima, o per esso i suoi legali rappresentanti, possa soddisfare la propria pretesa risarcitoria. Ecco che nell'ambito di un importante caso, posto sotto la lente di ingrandimento da parte della dottrina⁵⁹, i giudici di Bolzano (non senza diverse critiche) hanno affermato la responsabilità vicaria, ex art. 2049 del Codice civile, di parrocchia e diocesi presso cui un vicario parrocchiale, riconosciuto autore di violenza sessuale ai danni di un minore affidato alle sue cure, era incardinato. Circa l'esatta ricostruzione della natura giuridica di tale responsabilità si sono quindi sviluppati diversi orientamenti, prevalentemente dottrinali⁶⁰, volti ad identificare talvolta una responsabilità ex art. 2043 cod. civ. in capo agli enti ecclesiastici, talvolta un'assenza di responsabilità, talaltra una responsabilità contrattuale.

A prescindere dall'esatta ricostruzione del sopracitato fenomeno su cui la dottrina ha indugiato, pare evidente come il principio di reciproca collaborazione, in un tema tanto delicato e rilevante, soprattutto a livello quantitativo oltre che qualitativo, non possa che giocare un ruolo fondamentale al fine di prevenire gli episodi di pedofilia, nonché di creare istituti assistenziali per le vittime.

Da questo punto di vista è di non poco momento l'intervento della Chiesa cattolica negli ultimi anni, in cui, soprattutto per merito delle politiche di Benedetto XVI e Francesco si è affrontato il tema con maggior consapevolezza e con provvedimenti concreti⁶¹ che

57 Qui riferendosi ad eventuali provvedimenti di diritto penale canonico, ad esempio la comminatoria di una sospensione o di una scomunica.

58 In via generale per un inquadramento del fenomeno cfr. M. CARNI, *La responsabilità civile della diocesi per i delitti commessi dai presbiteri. Profili canonistici e di diritto ecclesiastico*, Torino, 2019; P. CONSORTI, *La responsabilità della gerarchia ecclesiastica nel caso degli abusi sessuali commessi dai chierici, fra diritto canonico e diritti statuali*, in «Stato, Chiesa e pluralismo confessionale» (www.statoe chiesa.it), XVII, 2013, 1 ss.; L. GAUDINO, *La responsabilità oggettiva degli enti ecclesiastici per gli abusi sessuali a danno del minore*, in *Resp. civ. e prev.*, I, 2014, 263 ss.; A. PEREGO, C. RUSCONI, *La responsabilità verso i piccoli 'umiliati e offesi' tra diritto civile e diritto canonico*, *Nota a Trib. Bolzano 21 agosto 2013, n. 679*, in *Jus*, II, 2014, 407 ss.

59 Tribunale Bolzano sez. I, 21 agosto 2013, n. 679, in *De jure*, https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=6&idDocMaster=3949803&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&semantica=0&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false

60 Cfr. nt. 58.

61 Si pensi per esempio al fatto che oggi è consultabile presso il sito della Santa Sede un'intera sezione dedicata al fenomeno degli abusi sessuali a danno di minori da parte del clero cattolico presso cui consultare i principali documenti di indirizzo e non solo, cfr. https://www.vatican.va/resources/index_it.htm.

si spera possano condurre a risultati apprezzabili in modo celere. Questi provvedimenti restano però di carattere unilaterale, a prescindere dalla loro natura normativa o meno. Al contempo, infatti, non si può certo dire che tale problema sia stato affrontato in modo adeguato a livello interordinamentale, con un confronto sufficiente a livello politico e con l'adozione di adeguati strumenti bilaterali volti a contenere il fenomeno⁶².

Ecco che, anche alla luce di quanto detto in tema di libertà religiosa e in merito alla Legge sui culti ammessi, non pare assurdo ipotizzare che il principio di reciproca collaborazione possa essere implementato anche grazie alla dottrina e che la stessa possa avere un ruolo attivo e propositivo. In questo senso la stessa potrebbe non solo fungere da mezzo di critica e di inquadramento degli istituti giuridici applicabili nel caso di specie, ma agire sul decisore politico offrendo possibili soluzioni con cui attuare la reciproca collaborazione in un settore più che mai delicato.

5. Conclusioni.

Alla luce di quanto detto sinora, e nonostante la brevità delle presenti considerazioni, è possibile trarre alcune conclusioni in merito al tema oggetto di analisi nel presente contributo.

Il principio di reciproca collaborazione, probabilmente lungi da quanto asserito da parte di alcuna dottrina⁶³, non può dirsi giunto al suo termine. Verosimilmente è ad oggi ancora uno strumento imprescindibile per affrontare e regolare le esigenze delle confessioni religiose che agiscono nel territorio dello Stato.

Di certo la dottrina, la cultura giuridica, ha avuto un ruolo notevole nell'affermarsi di questo principio nel corso dell'ultimo secolo. Un'importanza centrale nel dibattito politico e nello sviluppo della collaborazione non solo con la Chiesa cattolica, ma anche con le altre

Tra i tanti meritano una menzione i principali provvedimenti normativi, cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Motu proprio Sacramentorum Sanctitatis Tutela*, in *Acta Apostolicae Sedis*, XCIII, 2001, 737 ss.; BENEDETTO XVI, *Norme*, in *Acta Apostolicae Sedis*, CII, 2010, 419 ss.; FRANCESCO, *Motu proprio Vos estis lux mundi*, in *L'Osservatore romano*, 10 maggio 2019; DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, 5 giugno 2022, ver. 2.0, in *L'Osservatore Romano*, 27 giugno 2022; nonché i recenti testi legislativi con cui Papa Francesco ha revisionato le norme sulla Curia della Chiesa ed il processo penale canonico: *Motu proprio Fidem servare*, ved. FRANCESCO, *Lettera apostolica in forma di Motu proprio Fidem Servare*, in *L'Osservatore Romano*, 14 febbraio 2022; FRANCESCO, *Costituzione Apostolica 'Praedicate Evangelium' sulla Curia Romana e il suo servizio alla Chiesa e al Mondo di oggi*, in *L'Osservatore romano*, 31 marzo 2022.

62 Sul punto cfr. D. SANDONÀ, *Coordinazione e responsabilità civile degli enti e della gerarchia ecclesiastica in tema di abusi sessuali commessi da chierici: alcune riflessioni alla luce del modello di Kuhn*, in *Quaderni del dottorato in giurisprudenza dell'Università di Padova*, Milano, 2022, 243 ss.

63 Cfr. sul punto, *ex multis*, N. COLAIANNI, *Diritto ecclesiastico attuale*, cit.; M. E. RUGGIANO, *La 'leale collaborazione'*, cit. In particolare, si evidenzia come in diversi temi di interesse per il diritto ecclesiastico vi sia una incapacità di concretizzare il principio di reciproca collaborazione tra Stato e confessioni religiose. In questo senso si assisterebbe soprattutto ad un crescente provvedere da parte dello Stato in via unilaterale senza consultazione con le confessioni interessate.

confessioni religiose presenti nel nostro ordinamento. Tale funzione è stata coltivata con impegno e grande senso di responsabilità, cercando sempre di fungere da guida per le scelte del decisore politico in ambito ecclesiasticistico.

Tale ruolo non può però dirsi concluso, anzi, la dottrina, la cultura giuridica nella peculiare accezione introdotta in apertura del presente lavoro, non può e non deve assolutamente smarrire il suo ruolo nell'attuazione della reciproca collaborazione. La revisione della Legge sui culti ammessi con una nuova legge sulla libertà religiosa e il fenomeno degli abusi sessuali sui minori con il connesso e spinoso problema del risarcimento dei danni sono solo due delle numerose questioni di politica ecclesiastica che potrebbero essere ragionevolmente affrontate al fine di implementare il predetto principio. Numerose sono le ulteriori criticità che per la brevità delle presenti considerazioni non possono qui essere affrontate.

Appare non confutabile quindi che la reciproca collaborazione tra Stato e confessioni religiose tutte, ivi non ricomprendendo la sola Chiesa cattolica, paradigma faticosamente raggiunto nel corso dell'ultimo secolo, è probabilmente ancora oggi essenziale nello sviluppo della disciplina del diritto ecclesiastico. A discapito di quanto detto da parte della dottrina sopra menzionata, tale metodo di normazione è ad oggi centrale per affrontare i problemi che l'ordinamento propone.

Ecco, è proprio in questa lunghezza d'onda che si deve inserire la cultura giuridica, la dottrina contemporanea, al fine di fungere da ausilio per il decisore politico nel dibattito pubblico, segnalando in modo analitico e chiaro le principali problematiche del diritto ecclesiastico attuale e offrendo spunti di riflessione nonché soluzioni e proposte concrete. In questo modo la dottrina potrà ricoprire una funzione di prim'ordine al fine di implementare il principio di reciproca collaborazione delineato nelle pagine precedenti e, per quanto possibile, collaborare attivamente alla miglior tutela possibile della libertà religiosa in un ordinamento sempre più democratico e aperto ai bisogni ed alle necessità di tutte le confessioni religiose.

ABSTRACT: Il presente contributo affronta criticamente il ruolo della cultura giuridica, in particolar modo della dottrina, nello sviluppo di un principio cardine del diritto ecclesiastico italiano, il principio di reciproca collaborazione. Una volta ricostruita la nozione nei suoi elementi fondamentali, si offrono alcune riflessioni critiche sul ruolo che la dottrina ha avuto nell'affermazione del principio e circa alcune questioni aperte che sono oggetto di attuale dibattito in ambito ecclesiasticistico.

PAROLE CHIAVE: Reciproca collaborazione – Accordi di Villa Madama – Articolo 1 – Dottrina.

