

# QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso  
da Magistratura democratica

Magistrati oltre la crisi?

Le cliniche legali

2019



# QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

## **Direttore**

Nello Rossi

## **Vice Direttori**

Vincenza (Ezia) Maccora, Rita Sanlorenzo

## **Comitato di redazione**

Maria Acierno, Silvia Albano, Giovanni Arnone, Roberto Arata, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniele Cappuccio, Anna Maria Casadonte, Giuseppe Cascini, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Piero Curzio, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Donatella Donati, Maria Elena Gamberini, Alfredo Guardiano, Mariarosaria Guglielmi, Isabella Mariani, Gualtiero Michelini, Luca Minniti, Andrea Natale, Maria Eugenia Oggero, Marco Patarnello, Egle Pilla, Luca Poniz, Carla Ponterio, Giuseppe Salmè, Enrico Scoditti, Sergio Sottani, Simone Spina, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi, Giovanni (Ciccio) Zaccaro.

## **Comitato scientifico**

Perfecto Andrés Ibañez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Simone Gaboriau, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Vittorio Manes, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo, Renato Rordorf, Alessandro Simoni.

## **Segreteria di redazione**

Mosè Carrara

**QUESTIONE GIUSTIZIA** - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583  
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Nello Rossi
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia - Piazza Cavour 00193 - Roma
segreteria di redazione:	Mosè Carrara
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

**III trimestre 2019 - chiuso in redazione in novembre 2019**

## Sommario

### Editoriale

#### **Oltre la crisi**

di *Nello Rossi*

Pag. 3

### Obiettivo 1.

#### **Magistrati oltre la crisi**

---

#### **Introduzione**

#### **Guardando all'interno della magistratura: verso un nuovo associazionismo e una nuova etica della responsabilità**

di *Vincenza (Ezia) Maccora*

” 6

#### **Formazione dei magistrati e attività della Scuola della magistratura.**

Un'intervista al presidente Gaetano Silvestri

” 11

#### **L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica**

di *Massimo Luciani*

” 16

#### **L'etica professionale dei magistrati:**

#### **non un'immobile Arcadia, ma un permanente campo di battaglia**

di *Nello Rossi*

” 44

#### **Elogio dell'associazionismo giudiziario**

di *Claudio Castelli*

” 58

#### **Crisi dell'autogoverno, crisi della magistratura:**

#### **la necessità di ricostruire una forte identità collettiva**

di *Mariarosaria Guglielmi*

” 64

#### **Quale futuro per la giustizia penale?**

#### **Fra derive populiste e inefficienze “garantiste”, cosa ci riserva il presente “giallorosso”?**

di *Marco Patarnello*

” 69

**Obiettivo 2.****Le cliniche legali****Introduzione**

di *Luca Minniti e Simone Spina* ” 75

**Perché non abbiamo avuto un caso *Brown*.****Il ruolo delle cliniche legali nelle strategie di *public interest litigation***

di *Marzia Barbera* ” 78

**La clinica legale veronese: riflessioni epistemologiche****sulla Clinica legale di diritto della famiglia, dei minori e delle persone**

di *Alessandra Cordiano* ” 91

**La «Clinica legale di giustizia penale» dell'Università degli Studi di Milano**

di *Angela Della Bella* ” 95

**Cliniche legali in carcere**

di *Patrizio Gonnella* ” 100

**Un modello di formazione giuridica esperienziale**

di *David B. Oppenheimer* ” 106

**Il diritto nel prisma delle cliniche legali:  
un antidoto alla crisi degli studi giuridici?**

di *Enrica Rigo e Maria Rosaria Marella* ” 115

**Cliniche legali e concezione del diritto**

di *Emilio Santoro* ” 122

**Dal *case law* alla discriminazione istituzionale:****la «Clinica legale per i diritti umani»****tra formazione giuridica e pratica di giustizia sociale**

di *Alessandra Sciarba* ” 133

**Lo sviluppo delle cliniche legali nelle università italiane:****un processo *bottom-up* che parte dalla reazione verso il formalismo formativo  
e arriva a ridefinire l'identità del giurista contemporaneo**

di *Laura Scomparin* ” 142

**La formazione del giurista, dell'interprete****e del traduttore nello spazio giuridico integrato europeo:****la «*Refugee Law Clinic Trieste*» e la «*Transcultural Law Clinic*»**

di *Fabio Spitaleri e Caterina Falbo* ” 149

**Lo studio del diritto tra sapere, fare e saper fare**

di *Irene Stolzi* ” 156

**Testimonianze di studenti dei corsi di clinica legale**

” 160

**Gli autori**

” 171

## Oltre la crisi

Lentamente, faticosamente, non senza scontri interni, sbandamenti ideali e persistenti contraddizioni, la magistratura italiana sta lavorando per superare la vera e propria emergenza etica rivelata dalla vicenda romana delle nomine.

Sotto la guida del suo Presidente, e grazie alla sensibilità istituzionale dei suoi stessi componenti, il Consiglio superiore della magistratura ha fatto valere un metro rigoroso di misura della “responsabilità” dei suoi membri, riaffermando che essa è ben più incisiva e cogente delle ordinarie responsabilità dei magistrati.

Questa linea di condotta ha segnato una sensibile differenza dai comportamenti di altri settori della classe dirigente, spesso inclini a minimizzare le proprie colpe e cadute o a sollevare su di esse dense cortine fumogene, confidando di volta in volta nella partigianeria cieca, nella disattenzione o nella disinformazione dell’opinione pubblica.

Grazie all’adozione di un metodo severo, l’organo di governo autonomo – dopo essere stato a un passo da uno scioglimento traumatico e senza precedenti – ha potuto recuperare un minimo di serenità e proseguire il lavoro, impegnandosi a rinnovare le sue prassi di azione.

L’Associazione nazionale magistrati, dal canto suo, dopo l’indignazione e la ripulsa espressa nelle assemblee infuocate svoltesi in tutta Italia, tiene un congresso – il XXXIV della sua lunga storia – inevitabilmente “straordinario” per l’asprezza dei temi che è chiamato ad affrontare.

La stessa Scuola della magistratura ha partecipato, con gli strumenti e i metodi che le sono propri, all’impegno di ripensamento e di rigenerazione, promuovendo un’iniziativa di studio e di riflessione che ha investito la “questione giustizia” nei suoi diversi aspetti: l’ordinamento giudiziario, il sistema elettorale del Csm, il funzionamento del circuito del governo autonomo, l’efficacia e la credibilità della giurisdizione.

La magistratura sta, dunque, guardando dentro se stessa.

E deve continuare a farlo, senza indulgenze, ma con la necessaria freddezza, se vuole evitare che la crisi inneschi interne pulsioni distruttive o apra la porta a iniziative esterne miranti a mortificarla o a comprometterne la capacità di azione e di intervento.

Di entrambi questi rischi – interni istinti autolezionistici ed esterne ostilità – ci sono non poche evidenze.

### Le voci di dentro

Sul primo fronte – quello delle voci di dentro – ci si misura con la svalutazione e, talora, l’aperta denigrazione del modello di associazionismo pluralistico che la magistratura italiana ha creato nel corso della sua storia e, per taluni, anche del modello costituzionale di un Consiglio superiore realmente e fedelmente rappresentativo delle diverse componenti culturali e professionali della magistratura.

A questa realtà si contrappone, a volte, l’immagine suggestiva del magistrato più indipendente e laborioso perché “solo”, a volte la prospettiva di un sindacalismo asfittico, che esaurisca il suo compito nel definire carichi di lavoro e *working rules* e nel contrattare le retribuzioni; a volte, infine, l’idea che l’associazionismo dei magistrati debba divorziare dal pluralismo che lo ha caratterizzato in passato per dar vita a una rappresentanza il più possibile unitaria degli interessi istituzionali e professionali del corpo della magistratura. Con il corollario – solo nella versione critica più estrema – di un Consiglio superiore che, essendo concepito come un ufficio di gestione del personale, ben può essere composto per sorteggio, senza che ci si preoccupi della sua rappresentatività, sciocca ubbia dei Costituenti da accantonare disinvoltamente.

È, questo, un terreno sul quale non sono possibili confusioni e cedimenti.

Non sono pochi i magistrati che, avvertendo i disagi del presente, sperano di trovare sollievo semplicemente cambiando posizione.

Ma non sarà ripudiando il ruolo e la pratica dell'associazionismo – che ha reso la magistratura italiana una componente grande e vitale della vita democratica del Paese e un esempio per i giudici di altri Paesi – che i magistrati possono sperare di migliorare la propria condizione professionale e istituzionale e di salvaguardare l'assetto disegnato dalla Costituzione.

Sotto questo profilo, l'attenzione costante che questa Rivista dedica alla storia della magistratura costituisce uno dei suoi maggiori contributi alla consapevolezza del proprio ruolo e all'orientamento ideale dei magistrati, soprattutto dei più giovani.

L'analisi e la ricostruzione di ciò che la magistratura è stata ed è nelle vicende dell'Italia repubblicana mostra infatti, ad ogni passo, quanto un associazionismo vivace, colto e tutt'altro che monolitico abbia contribuito ad affermare i valori del giudiziario e a difendere da attacchi reiterati lo *status* di indipendenza di ciascun magistrato. E dice quanto sia sconsiderato rinnegare il valore di questa esperienza invece di impegnarsi, con tutta l'energia possibile, a rivitalizzarla in forme adeguate alle esigenze del presente.

Ci si può certo augurare che la giovane magistratura sappia rinnovare e reiventare le modalità e gli strumenti di pensiero e di azione collettiva per conformarli ai suoi peculiari bisogni, ma non che abbandoni il metodo di “pensare insieme”, imboccando una strada che porta inesorabilmente verso una interpretazione burocratica della funzione.

### «Non fare nulla per sentirsi superiori a tutto»

Per quanto intellettualmente sgangherate, ignare della storia e tuttora minoritarie nel corpo della magistratura, queste “voci di dentro” hanno offerto, nella fase più acuta della crisi, una sponda consistente a chi dall'esterno è avverso all'autonomia istituzionale – ritenuta incompatibile con il predominio della politica – della nostra magistratura e giudica eccessiva l'indipendenza di giudici e pubblici ministeri.

Ne è scaturito un accresciuto vigore delle iniziative “riformatrici” miranti ai punti nevralgici dell'attuale assetto del giudiziario.

Iniziative che vanno dalla prospettiva di svisare il Consiglio, sorteggiandone i membri togati, alle proposte, da sempre ricorrenti, di separare le carriere di giudici e pubblici ministeri, di modificare il giudizio e il giudice disciplinare, di intervenire sull'obbligatorietà dell'azione penale.

Come sia possibile affrontare una fase che si preannuncia così insidiosa senza far perno su forme di impegno collettivo, di critica e di controproposta è una domanda da porre a quanti, seguendo la moda del momento, rivendicano la distanza da ogni istanza

associativa o la superiorità di un sindacalismo economicistico.

«Non facevano nulla per sentirsi superiori a tutto»: questo l'ironico rimprovero che – se la memoria non mi inganna – Elena Croce muoveva alle signorine bene del suo tempo.

Non è il caso che siano dei magistrati, pochi o tanti non importa, a meritare un simile rimprovero, se non altro perché quell'ingenuo snobismo nuoceva solo a chi ne faceva una regola di vita, mentre nella vicende del giudiziario sono sempre in gioco le aspettative e i diritti dei cittadini.

### I giudici e il Paese profondo

Per le ragioni sinora ricordate, questo numero della Rivista è centrato, più di altri, sui mondi della cultura giuridica e della magistratura.

La Trimestrale dedica infatti uno dei suoi due “obiettivi” alle cliniche legali – laboratori di studio e riflessione nei quali teoria e prassi, il diritto dei testi e quello della vita si fondono, dando vita a esperienze in grado di rispondere a esigenze professionali e a bisogni sociali – mentre, nell'altro obiettivo, l'attenzione è focalizzata sui temi della magistratura, seguendo un sentiero variegato, ma internamente coerente.

Un percorso che prende la mosse dalla formazione dei magistrati, con l'intervista al presidente della Scuola superiore della magistratura, Gaetano Silvestri, e prosegue con lo scritto di Massimo Luciani che, partendo da un dato apparentemente particolare – la disciplina dell'errore di diritto –, esplora problemi di teoria generale e pone importanti interrogativi sulla legittimazione dell'attività interpretativa.

A completare il quadro di una riflessione sullo stato attuale della giurisdizione e della magistratura concorrono, infine, i contributi sull'etica professionale (che non è un'immobile “Arcadia”, ma un vero e proprio “campo di battaglia”), sull'associazionismo, sullo strumento del processo penale.

Se un impegno di questa natura è stato reso urgente e indispensabile dalla crisi, la magistratura e, con essa – per la piccola parte che le compete –, questa Rivista dovranno continuare a guardare il mondo esterno con l'attenzione, la curiosità e lo stupore che generano conoscenza e comprensione.

Diciamolo con sobrietà: molto di quello che vediamo nel presente e intravediamo all'orizzonte non è confortante. Ma resta il dovere di scrutare il Paese profondo, di capire anche ciò che non si condivide, di comprendere senza essere corrvivi, di difendere i principi senza spocchia e, soprattutto, senza estraniarsi dai timori e dalle ansie del nostro popolo.

Solo a questa condizione i magistrati potranno cooperare, con il loro quotidiano lavoro, nella ricerca

di soluzioni utili, praticabili, civili alle questioni che preoccupano i loro concittadini: il grumo di problemi posto dai fenomeni migratori; la sicurezza reale e percepita; le crescenti difficoltà dei lavoratori, in un contesto produttivo nel quale prima regola dell'efficienza sembra essere divenuta la riduzione degli occupati e scompare ogni idea di "ripensare" il lavoro, e così via, in un lungo elenco di nodi spinosi che tutti, in diversa maniera, toccano e coinvolgono l'operato della magistratura.

Sarà forte, e se ne avvertono i segnali, la tentazione di rinchiudersi in una nuova torre.

Non più la torre del formalismo tecnico-giuridico e dell'asserita neutralità, abitata dai giudici dell'immediato dopoguerra, ma una nuova – fatta di principi, di convenzioni internazionali, di insegnamenti giurisprudenziali e dottrinari – che è, però,

destinata a essere fragile e indifesa se mancherà l'intelligenza della società, dell'economia, della politica, di "ciascuno" dei magistrati, soprattutto di quelli che operano nel merito, nella prima linea della giurisdizione.

Con una brutta parola, questo atteggiamento si chiama "autoreferenzialità".

È stato superato in passato, quando, a partire dalla fine degli anni sessanta, una nuova generazione di magistrati ha incontrato le correnti più vitali e dinamiche della società italiana. Può essere evitato oggi, se giudici e pubblici ministeri resteranno capaci di muovere in permanenza lo sguardo dalle norme alla realtà sociale ed economica nell'interpretare e nell'applicare il diritto.

*Nello Rossi*

Novembre 2019

## Introduzione.

# Guardando all'interno della magistratura: verso un nuovo associazionismo e una nuova etica della responsabilità

di Vincenza (Ezia) Maccora

Siamo di fronte a una magistratura frammentata, individualista e in parte anche corporativa, a un governo autonomo attraversato da una crisi profonda, a un associazionismo in preda a tensioni opposte che impediscono l'elaborazione di una efficace politica associativa. La finalità di questo obiettivo è analizzare tutto ciò da diversi angoli visuali (la legittimazione dell'interpretazione, la formazione dei magistrati, l'etica professionale, l'associazionismo, la ricostruzione di una forte identità collettiva, il processo penale) per meglio descrivere quanto si agita nel corpo della magistratura e nei suoi organi rappresentativi.

Avevo appena concluso di scrivere l'articolo per il numero 1 della Trimestrale, *Populismo, associazionismo giudiziario e Consiglio superiore della magistratura*, quando è venuto alla ribalta delle cronache giudiziarie lo scandalo delle nomine che ha coinvolto il Consiglio superiore della magistratura, l'associazionismo giudiziario, e ha ferito profondamente la magistratura, incrinando la stessa fiducia che i cittadini nutrono per una istituzione fondamentale per la democrazia. Un sondaggio del giugno 2019 ha evidenziato infatti che, dopo quei fatti, la fiducia nei magistrati ha raggiunto il minimo storico (35 per cento), dato che il 55 per cento degli italiani non crede più nella magistratura e nel suo ruolo<sup>1</sup>.

Eppure, quando scrivevo che «*la complessità che [era] sotto i nostri occhi*», a far data dalla attuazione del nuovo ordinamento giudiziario, «[richiedeva] una paziente opera di ricostruzione, senza la tentazione di cedere a semplificazioni o ammiccamenti con atteggiamenti populistici per ottenere un facile, ma aleatorio, consenso»<sup>2</sup>, non potevo minimamente

immaginare la valanga che, da lì a poche settimane, avrebbe travolto il Consiglio superiore della magistratura e l'associazionismo giudiziario e dalla quale, ancora oggi, la magistratura fa fatica a riemergere.

Ma andiamo con ordine e analizziamo gli accadimenti occorsi dalla primavera del 2019 e le risposte, interne alla magistratura, che essi hanno prodotto.

Quello che Nello Rossi ha definito «*lo scandalo romano delle nomine*»<sup>3</sup>, emerso grazie alle indagini della magistratura perugina, rappresenta un salto di qualità negativo assoluto e non comparabile rispetto al fenomeno ben più conosciuto della «*lottizzazione*» delle nomine, se si considera che alcuni componenti del Csm hanno accettato di ritrovarsi in un albergo romano in tarda serata a discutere della nomina del procuratore della Repubblica di due importanti uffici – Roma e Perugia – con imputati e indagati di quelle stesse Procure, ammessi a interloquire su strategie complessive utili a influenzare chi doveva esprimere un voto per consentire quelle nomine. Soggetti anche esterni alla magistratura e appartenenti al mondo

1. Vds. [www.corriere.it/politica/19\\_giugno\\_21/fiducia-minimi-35per cento-il-61per cento-scandalo-che-avra-conseguenze-58f46582-9464-11e9-bbab-6778bdcd7550.shtml](http://www.corriere.it/politica/19_giugno_21/fiducia-minimi-35per cento-il-61per cento-scandalo-che-avra-conseguenze-58f46582-9464-11e9-bbab-6778bdcd7550.shtml).

2. Vds. V. Maccora, *Populismo, associazionismo giudiziario e Consiglio superiore della magistratura*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 1/2019, p. 134, [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2019-1\\_18.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2019-1_18.pdf).

3. Vds. N. Rossi, *Lo scandalo romano: un bubbone maligno scoppiato in un organismo già in fiacchito da mali risalenti*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2019, pp. 4-6, [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2019-2\\_01.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2019-2_01.pdf).



della politica. Un *vulnus* senza precedenti per l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, che ha comportato le dimissioni in tempi diversi di tutti i consiglieri che a quell'incontro hanno partecipato e l'indizione, da parte del Presidente Mattarella, di nuove elezioni. Quelle per ricoprire le qualifiche dei pubblici ministeri (due posti) si sono tenute nella prima settimana di ottobre, mentre a dicembre si terrà quella per ricoprire un posto di giudice.

La gravità dell'accaduto risuona nelle parole del Presidente Mattarella, pronunciate il 21 giugno 2019 all'assemblea plenaria straordinaria del Csm: «*Il coacervo di manovre nascoste, di tentativi di screditare altri magistrati, di millantata influenza, di pretesa di orientare inchieste e condizionare gli eventi, di convinzione di poter manovrare il Csm, di indebita partecipazione di esponenti di un diverso potere dello Stato, si manifesta in totale contrapposizione con i doveri basilari dell'Ordine giudiziario e con quel che i cittadini si attendano dalla Magistratura*».

Parole doverosamente nette e dure, che hanno dato voce alla ferita profonda che quei fatti hanno provocato in un corpo comunque sano, composto da donne e uomini che quotidianamente sono impegnati a rendere giustizia tra mille difficoltà, credendo profondamente nella funzione svolta e nei doveri conseguenti.

Quei magistrati, sgomenti per quanto appreso dai *media*, si sono riuniti in partecipate e vivaci assemblee locali dell'Anm e, da più parti, si è alzata la richiesta di dimissioni immediate di tutti i consiglieri coinvolti, indipendentemente dall'accertamento di specifiche responsabilità, al fine di salvaguardare l'Istituzione Consiglio superiore, nella consapevolezza che le istituzioni prescindono dai soggetti che momentaneamente le abitano<sup>4</sup>.

Gli organismi centrali dell'Anm hanno fatto propria quella richiesta con il deliberato del Cdc del 5 giugno 2019. Nelle tappe successive, fino alla relazione generale del presidente dell'Anm all'assemblea generale tenutasi il 14 settembre 2019, in vista delle elezioni suppletive indette per ricoprire due posti nella categoria del pm, sono stati invitati sia i singoli magistrati sia i gruppi associativi a favorire una pluralità di candidature per restituire agli elettori la scelta di indicare i propri rappresentanti a fronte di una legge elettorale che, di fatto, per più elezioni, ha imposto di avere tanti candidati quanti erano i posti da ricoprire, consegnando così la scelta dei designati/eletti ai gruppi organizzati.

Alle elezioni di ottobre vi sono state 16 candidature per 4 posti, diversamente da quella di luglio 2018, dove si erano avute 4 candidature per 4 posti: di fatto, una non elezione. La richiesta dell'Anm di favorire più candidature è stata seguita solo dal gruppo di AreaDG, dato che si sono candidati più magistrati espressamente appartenenti o solo appoggiati da questo gruppo, mentre gli altri gruppi, quantomeno quelli che sostengono il governo della Giunta centrale dell'Anm, non hanno seguito l'indicazione che la stessa Associazione si era data e, infatti, non hanno favorito una pluralità di candidature e hanno concentrato i loro voti su un solo candidato. Una delegittimazione evidente della rappresentanza associativa, se si considera che nemmeno i gruppi che compongono la Giunta esecutiva centrale hanno ritenuto di rispettare le indicazioni decise per le elezioni suppletive. Una delegittimazione che, ad oggi, non ha comportato alcuna conseguenza nel governo dell'Associazione: come se disattendere le linee politiche che caratterizzano il programma di una giunta sia ininfluenza per la vita stessa del governo dell'associazione. Nessuna richiesta di verifica politica è stata

4. Di seguito, il documento approvato all'unanimità dall'assemblea dell'Anm, Milano, 3 giugno 2019:

**NON NEL NOSTRO NOME**

«Le recentissime notizie della stampa nazionale circa le indagini relative a vicende di inaudita gravità che coinvolgono consiglieri del Csm e altri magistrati, e che fanno emergere l'esistenza di una questione morale nella magistratura, hanno suggerito l'urgente necessità della convocazione dell'assemblea plenaria della magistratura del distretto milanese.

I magistrati del distretto di Milano, all'esito della partecipata assemblea e dell'ampia discussione:

- ESPRIMONO CON FORZA il proprio sdegno rispetto a condotte che, ove confermate, gettano il discredito sull'istituzione che ha assicurato per 60 anni la autonomia e l'indipendenza della magistratura, E CHE CONTEMPORANEAMENTE LEDONO GRAVEMENTE IL RUOLO DI GARANZIA DEL NOSTRO ORGANO DI AUTOGOVERNO, E CON ESSO DI TUTTI I SINGOLI MAGISTRATI CHE NELL'ISTITUZIONE SONO RAPPRESENTATI;
- RIBADISCONO che la scoperta delle vicende censurate si è dovuta proprio alle indagini della magistratura e che l'autonomia del Csm è imprescindibile baluardo costituzionale delle garanzie e dei diritti dei cittadini;
- RITENGONO ESSENZIALE per l'esercizio della loro altissima funzione che I CITTADINI possano CONTINUARE AD AVERE RISPETTO E FIDUCIA nella MAGISTRATURA, fatta di donne e di uomini che quotidianamente svolgono la loro funzione con sacrificio e dedizione, senza obiettivi di carriera, mentre queste condotte suggeriscono l'idea di una magistratura corrotta, vicina, se non parte, di centri di poteri occulti, che pretendono di pianificare dall'esterno le nomine dei direttivi;
- CHIEDONO che i consiglieri e tutti i magistrati, come espressamente previsto dall'art. 10 del codice etico, non abbiano alcun rapporto con centri occulti di potere politico o affaristico, da chiunque rappresentati;
- Chiedono che, PER SALVAGUARDARE e non coinvolgere LE ISTITUZIONI, I CONSIGLIERI che sono o dovessero risultare COINVOLTI DIANO IMMEDIATAMENTE LE PROPRIE DIMISSIONI».

avanzata neanche dall'unico gruppo che oggi esprime la Presidenza dell'Associazione e che ha attuato quella linea politica, senza peraltro eleggere alcun candidato proprio a causa della naturale dispersione dei voti conseguente alla pluralità di candidature in un sistema elettorale maggioritario a collegio unico nazionale<sup>5</sup>.

I due pubblici ministeri eletti hanno avuto il sostegno espresso di Magistratura indipendente (per Antonio D'Amato), paradossalmente il gruppo a cui appartenevano tre dei consiglieri che si sono dimessi dal Csm avendo partecipato all'incontro serale emerso dall'inchiesta perugina, e di Autonomia & Indipendenza (per Antonino Di Matteo)<sup>6</sup>.

Il risultato elettorale ci indica chiaramente che almeno uno dei due gruppi (Magistratura indipendente e Unicost) coinvolti nelle vicende che hanno terremotato il Consiglio, mantenendo in parte il consenso già ricevuto nelle elezioni di luglio 2018<sup>7</sup>, è riuscito a eleggere un componente e, sostanzialmente, non ha riportato alcuna effettiva sanzione dall'elettorato di riferimento.

Complice di tale risultato è sicuramente il sistema elettorale, che favorisce la concentrazione del voto, unitamente alla scelta di AreaDG di rispondere allo scandalo che ha investito il Consiglio favorendo la pluralità di candidature per le elezioni suppletive; soluzione astrattamente e indiscutibilmente positiva<sup>8</sup>, ma che di fatto, andando in rotta di collisione con l'attuale sistema elettorale e non essendo stata seguita anche dagli altri gruppi associativi, è stata penalizzante in termini di risultati.

Di ciò AreaDG si è dimostrata essere assolutamente consapevole, rivendicando la scelta in termini

positivi nel comunicato del 9 ottobre 2019: «*Constatiamo che la nostra scelta, coerente e innovativa, è stata premiata dai tanti voti ottenuti dai candidati che pubblicamente si sono riconosciuti nei valori di AreaDG (...). La linea indicata dall'Anm, seguita nei fatti solo da alcuni, ha consentito, per la prima volta da quando l'attuale pessimo sistema elettorale è in vigore, l'ampliamento della platea dei candidati; ha incentivato la partecipazione al voto che altrimenti sarebbe stato ampiamente disertato e ha posto i magistrati nella possibilità di scegliere; ha restituito all'opinione pubblica ed alle altre istituzioni un'immagine della magistratura vitale, reattiva verso gli scandali ed il malgoverno, desiderosa di cambiamento e proiettata verso il futuro*».

Non vi è dubbio che la linea politica proposta dall'Anm e attuata da AreaDG ha avuto il merito di favorire in parte la partecipazione effettiva; non è un caso, infatti, che nelle elezioni suppletive si siano registrate solo 301 schede bianche, mentre in quelle di luglio, nella categoria dei pm, le schede bianche erano 785, quindi più del doppio.

Restano, però, alcuni interrogativi di fondo: l'aver in parte favorito la partecipazione al voto può considerarsi di per sé un risultato soddisfacente e, soprattutto, esaustivo? Quanto accaduto evidenzia la crisi di rappresentanza di un'associazione che non rispetta e non attua le linee politiche che delibera, peraltro nel momento di massima crisi per il governo autonomo della magistratura?

A questi due interrogativi se ne aggiunge un terzo. Il messaggio che l'Associazione, nelle prime esternazioni pubbliche, ha veicolato come reazione allo scan-

5. Già solo la somma dei voti di preferenza conquistati da Anna Canepa, Gabriele Mazzotta e Fabrizio Vanorio, soggetti sicuramente riconducibili al gruppo di AreaDG, avrebbe permesso di conquistare un seggio (1350 voti).

6. I risultati delle elezioni sono pubblicati sul sito del Consiglio superiore della magistratura ([www.csm.it/web/csm-internet/-/elezioni-suppletive-ottobre-2019](http://www.csm.it/web/csm-internet/-/elezioni-suppletive-ottobre-2019)):

Antonio D'Amato: 1.460; Antonino Di Matteo: 1.184 voti; Francesco De Falco: 950 voti; Fabrizio Vanorio: 615 voti; Anna Canepa: 584 voti; Tiziana Siciliano: 413 voti; Simona Maisto: 163 voti; Gabriele Mazzotta: 151 voti; Alessandro Milita: 146 voti; Grazia Errede: 134 voti; Andrea Laurino: 127 voti; Alessandro Crini: 105 voti; Francesco Vittorio Natale De Tommasi: 79 voti; Anna Chiara Fasano: 51 voti; Lorenzo Lerario: 25 voti. Totale schede scrutinate: 6.799; schede bianche: 301; schede nulle: 0.

7. Nelle elezioni del luglio 2018 per la categoria del pm, Antonio Lepre, sostenuto da Magistratura indipendente, è stato eletto con 1997 voti di preferenza. Tra le elezioni di luglio e quelle di ottobre, Mi registra, nella categoria del pm, una perdita di 537 voti.

8. Si ricorda che il 23 novembre 2013 il Comitato direttivo centrale dell'Anm approvò (27 voti a favore e 2 astenuti) l'indizione di consultazioni primarie per le elezioni del Csm, proprio per restituire la scelta dei rappresentanti agli elettori a fronte di una legge elettorale che dava tale potere solo alle correnti: «*È approvata la proposta di svolgimento di consultazioni primarie gestite dall'Anm con la partecipazione di tutti i magistrati aventi diritto di voto alle elezioni del Csm, anche se non iscritti all'Anm. Il sistema elettorale sarà a collegio unico nazionale sul modello delle regole ora vigenti per l'elezione dei componenti dei Consigli giudiziari, e quindi: numero di candidati non superiore a quello dei componenti da eleggere per ciascuna categoria (4 pm, 10 giudici merito, 2 giudici legittimità); una scheda di voto per ciascuna categoria, con la possibilità di esprimere per ognuna il voto di lista ed una sola preferenza. A tali consultazioni potranno concorrere liste presentate da almeno 25 magistrati aventi diritto di voto per il Csm. La Giunta esecutiva centrale dovrà organizzare la consultazione in tempi utili; le singole liste, se alla votazione avrà partecipato almeno il 70% degli aventi diritto, saranno tenute a rispettare l'esito di tali consultazioni, presentando alle successive elezioni esclusivamente candidati che abbiano partecipato alle "primarie" nell'ordine delle preferenze ricevute*» (vds. [www.associazionemagistrati.it/doc/436/il-comitato-direttivo-centrale-sulle-consultazioni-primarie-per-elezioni-del-csm.htm](http://www.associazionemagistrati.it/doc/436/il-comitato-direttivo-centrale-sulle-consultazioni-primarie-per-elezioni-del-csm.htm)).

dalo che ha colpito il Consiglio è stato l'ormai noto "passo indietro delle correnti"<sup>9</sup>. Si è trattato di un messaggio politico adeguato? Può aver rafforzato la convinzione, già molto estesa nel corpo della magistratura, che quanto accaduto rappresenta l'apice di un sistema di gestione di potere che tutti conoscevano e di cui le correnti sono state la culla che ha alimentato "quel metodo occulto" scoperto dall'inchiesta perugina?

Sono tutti interrogativi importanti, a cui l'associazionismo dovrebbe dare risposte.

Un dato possiamo ritenere ormai acquisito: il tratto caratterizzante la candidatura dei magistrati cd. "indipendenti" si è concretizzato, da un lato, nel rivendicare la "discesa in campo" per la loro qualità di soggetti che non hanno mai partecipato in prima persona all'attività associativa; dall'altro, nella richiesta di fiducia rivolta agli elettori sulla base essenzialmente della propria storia professionale. Come ci ricorda in questo obiettivo Mariarosaria Guglielmi, gli incontri elettorali si sono svolti «*proponendo una competizione non più fondata sul confronto fra idee e visioni diverse*» – sui temi del governo autonomo – «*ma sulla comparazione fra qualità morali e storie professionali dei singoli*»<sup>10</sup>. Un mutamento importante, soprattutto per la storia della magistratura progressista e per il valore positivo da sempre attribuito all'impegno associativo e alla valorizzazione di una identità collettiva, che richiede oggi una analisi approfondita del sentire della magistratura e soprattutto delle nuove generazioni di magistrati.

Il 4 ottobre 2019, approvando un documento specifico, la Giunta dell'Associazione ha confermato, anche per l'elezione suppletiva di dicembre 2019 per la categoria del merito, il percorso politico proposto per le elezioni suppletive del pm.

Questa volta, però, dalle sezioni distrettuali dell'Anm non sono emerse le auspiccate plurime candidature, né da parte dei singoli gruppi associativi né da parte dei magistrati cd. indipendenti, con la con-

seguenza che vi saranno solo 3 candidati per un posto di consigliere da ricoprire<sup>11</sup>.

Anche AreaDG ha preso atto dell'emergere di una sola disponibilità riferibile alla sua area culturale, mentre il gruppo di A&I non ha presentato alcuna candidatura ed ha espressamente invitato i suoi aderenti a esprimere una preferenza verso il candidato o la candidata ritenuto/a individualmente più affine culturalmente e più stimato/a.

I risultati elettorali di dicembre saranno molto importanti, sia in termine di partecipazione al voto sia per la concreta scelta del rappresentante. Si aggiungerà un'altra chiave di lettura per comprendere questa nuova fase che l'associazionismo sta attraversando e dalla quale, ancora oggi, non sembra emergere una politica efficace; basti pensare, come è stato già detto, che nessuna conseguenza in termini di responsabilità politica è scaturita dalla mancata attuazione, da parte di alcuni gruppi associativi, della linea indicata dall'Anm per affrontare le elezioni suppletive.

Se si guarda con attenzione e con sguardo libero alla situazione sopra descritta, peraltro in continua evoluzione, non può non constatarsi che, a fronte della crisi profonda che attraversa il circuito del governo autonomo, nell'associazionismo dei magistrati permangono spinte contrapposte che generano una politica estemporanea, che sembra inseguire ciò che, nell'immediato, crea più consenso o che consente reazioni necessitate senza, in entrambi i casi, costruire prospettive di lungo respiro.

E soprattutto, in questo contesto non emerge con chiarezza alcuna possibile via di uscita dalle spinte individualistiche, populiste e corporative sempre più stringenti che stanno abbracciando la magistratura e che rendono difficile rappresentarla unitariamente.

Di tutti questi temi si occupa *Questione giustizia* in questo obiettivo, affrontandoli da più angoli visuali, per analizzare l'inquietudine e la trasformazione della magistratura del 2019, che tocca più aspet-

9. *Caos procure: Area, no candidati di correnti in elezioni suppletive Csm, Agi*, Roma, 16 giugno 2019: «Le correnti facciano un "passo indietro" e non avanzino candidature alle elezioni suppletive che il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella ha indetto per il prossimo ottobre per eleggere due rappresentanti dei pm al Csm, in sostituzione dei dimissionari Antonio Lepre e Luigi Spina. Questa la proposta avanzata dai magistrati progressisti di Area, e in particolare dal pm di Roma Eugenio Albamonte: "non vogliamo due candidati per due posti vacanti, ma neanche quattro candidati, uno per ogni corrente. Questa sarebbe la prova che i gruppi associativi non hanno minimamente compreso cosa sta accadendo. Vogliamo che sia restituita alla magistratura la possibilità di riconoscersi nel procedimento di selezione degli eletti e questo non è possibile se le candidature e la campagna elettorale vengono ancora una volta monopolizzate dalle correnti". Per questo le toghe di Area chiedono che "le correnti non avanzino proprie candidature: questo – rilevano – può consentire la presentazione spontanea ed autonoma di candidature dal basso di colleghi anche estranei al circuito della militanza associativa, che potranno competere con una possibilità di successo che gli è altrimenti preclusa"».

10. Così M. Guglielmi, *Crisi dell'autogoverno, crisi della magistratura: la necessità di ricostruire una forte identità collettiva*, in questo numero (par. 2).

11. Elisabetta Chinaglia, presidente di sezione presso il Tribunale di Asti; Pasquale Grasso, giudice presso il Tribunale di Genova; Silvia Corinaldesi, presidente di sezione presso il Tribunale di Ancona.

ti cruciali: dalla legittimazione dell'interpretazione (Luciani) alla formazione dei magistrati (Silvestri); dall'etica professionale (Rossi) al valore dell'associazionismo (Castelli); dalla necessità di ricostruire una forte identità collettiva (Guglielmi) allo strumento del processo penale come risposta principale all'illegalità (Patarnello).

Attraverso tutti questi temi, la Rivista, oggi come ieri, cerca di guardare all'interno della magistratura cogliendo gli aspetti negativi e i punti di forza, analizzando di rimando ciò che attraversa

anche il nostro stesso Paese e le sue istituzioni, di cui la magistratura non è che lo specchio più immediato.

Ed è per questo che, se serve un processo profondo di rifondazione del sistema politico e del Paese, come da più parti auspicato, ancor di più servono un nuovo associazionismo e una nuova etica della responsabilità capace di dare risposte efficaci alla crisi che ha investito la giurisdizione, la magistratura e i suoi organi di rappresentanza, a partire dal governo autonomo.

## Formazione dei magistrati e attività della Scuola della magistratura

### Un'intervista al presidente Gaetano Silvestri

*Gaetano Silvestri, presidente emerito della Corte costituzionale, è, dal 2016, il presidente della Scuola superiore della magistratura.*

*Il suo ricco e prestigioso percorso di studioso è sempre stato strettamente intrecciato con l'impegno civile e con intense esperienze istituzionali.*

*Nel vasto panorama dei suoi scritti, diretti ad approfondire temi centrali del diritto costituzionale – la separazione dei poteri, i principi di libertà e di eguaglianza nel costituzionalismo, il ruolo dei valori nelle democrazie pluraliste –, occupano un posto di rilievo studi che sono fondamentali per ogni magistrato: il libro Giustizia e giudici nel sistema costituzionale, del 1997, dedicato alla ricostruzione del ruolo della giurisdizione e della posizione dei giudici nel sistema disegnato dalla nostra Costituzione, e il volume del 2009, intitolato L'effettività e la tutela dei diritti nella giustizia costituzionale.*

*Ed è nell'ambito del giudiziario che Gaetano Silvestri ha svolto la sua più impegnativa attività di uomo delle istituzioni. Dapprima come componente del Consiglio superiore della magistratura nella consiliatura 1990-1994 e, successivamente, dal 2005 come giudice della Corte costituzionale, di cui è stato eletto presidente nel 2013.*

*Oggi è anche presidente dell'Associazione italiana dei costituzionalisti.*

*Al presidente Silvestri Questione giustizia ha chiesto di rispondere ad alcune domande sulle questioni della formazione dei magistrati che lo hanno impegnato nel quadriennio, che ora volge al termine.*

*Una società esigente chiede molto ai suoi giudici: approfondita conoscenza del diritto, certo, ma anche indipendenza effettiva, genuina tensione verso l'imparzialità, comprensione delle dinamiche della società, capacità di orientarsi nel complesso sistema delle fonti, attitudine e volontà di acquisire conoscenze diverse e complementari rispetto a quelle strettamente giuridiche. A quali principi e a quali*

*criteri di fondo si sono ispirate le attività di formazione per concorrere, per la loro parte, a dar vita al "giudice intelligente" di cui la società italiana ha un vitale bisogno?*

La finalità principale della Ssm è quella di fondere – non giustapporre! – adeguata e aggiornata preparazione culturale, professionalità pratica e consapevolezza etica e sociale. Spesso, queste "qualità" del magistrato sono viste e trattate separatamente. Occorrerebbe, invece, che si comprendesse sino in fondo che il giudice colto è più indipendente, più pronto a effettuare prestazioni professionali efficienti ed efficaci, più capace di valutare il contesto entro cui è chiamato a esercitare la giurisdizione. Ci sforziamo di porre in risalto l'erroneità di impostazioni formalistiche, disattente al dato sociale e incuranti del sostrato valoriale della legislazione e della giurisprudenza, come pure l'inaccettabilità di orientamenti sostanzialistici, che privilegiano in modo arbitrario finalità di "giustizia" rispetto alla corretta interpretazione e applicazione della legge. Nell'attività di formazione, ci capita di imbatterci nell'una e nell'altra tendenza. Facciamo il possibile per inserire nella trattazione di tutti i temi contenuti nell'offerta formativa le tre componenti di cui dicevo. In questo quadro, l'insegnamento di materie non giuridiche – o "metagiuridiche", come si diceva una volta dai giuristi "puri", convinti dell'autosufficienza della scienza giuridica – è fondamentale. Miriamo a formare giudici, non burocrati del diritto.

*Nei quattro anni che ci stanno alle spalle, la Scuola della magistratura si è molto aperta verso l'esterno, ricercando costantemente contatti e collaborazioni con istituzioni che producono saperi e sono portatrici di esperienze diverse da quelle del giudiziario. Quale è stato il percorso e qual è il bilancio di questa continua contaminazione? E come ha inciso nell'offerta del settore cruciale della formazione permanente?*

Le collaborazioni con istituzioni culturali di alto livello si sono molto intensificate in vari campi. Dall'Accademia della Crusca, per il perfezionamento del linguaggio dei provvedimenti giudiziari, all'Accademia dei Lincei, per il necessario interscambio in materie che richiedono competenze scientifiche diverse da quelle giuridiche (nei campi della medicina, della fisica, della chimica, etc.), alle università, per rinsaldare lo stretto legame tra dottrina e giurisprudenza, senza il quale il magistrato rischia di rimanere nel cielo delle astrazioni o di muoversi a tentoni, privo di coerenza e visione sistematica nelle sue decisioni. Non è impresa facile, giacché talvolta ci troviamo di fronte ad aspiranti filosofi o, al contrario, ad aridi seguaci dell'applicazione meramente letterale della legge. È stata importante pure la collaborazione con le istituzioni formative delle forze di polizia, per il grande patrimonio tecnico che ci hanno messo a disposizione.

*Alla Scuola spetta il compito fondamentale di completare la formazione dei giovani che, superato il concorso di ingresso in magistratura, si accingono a iniziare i differenti "lavori" del magistrato. Oggi, in particolare, dopo una riduzione protrattasi per due anni, si è ritornati al semestre pieno di formazione presso la Scuola previsto dalla legge. Che cosa chiedono alla Scuola i neomagistrati? E come si è mossa la Scuola per rispondere alle loro istanze ed esigenze?*

I giovani magistrati sono giustamente preoccupati di apprendere il "saper fare", dopo anni di preparazione teorica, per lo più manualistica. Spesso affiorano tendenze "praticistiche", orientate quasi esclusivamente ad affrontare la prassi quotidiana degli uffici giudiziari. Sarebbe sbagliato liquidare l'ansia di apprendimento professionale dei magistrati ordinari in tirocinio (mot) con un giudizio sprezzante di ristrettezza di orizzonti culturali. I corsi di formazione iniziale non devono essere inutili repliche – talvolta peggiorate – degli studi universitari. Tuttavia, non bisogna dimenticare i limiti di una preparazione al concorso che risente di un certo lassismo accademico, che ha lasciato molte lacune nel bagaglio culturale dei giovani laureati, specie con riguardo alle categorie generali. A questo occorre aggiungere l'intreccio malefico tra impostazione delle prove concorsuali e influenza delle varie "scuole" private di preparazione al concorso, sorte per effetto del sostanziale fallimento delle scuole di specializzazione alle professioni legali, queste sì, in molti casi, ripetitive delle lezioni universitarie. Accade così che i giovani frequentatori di queste scuole private – ahimè molto numerosi! – mandino a me-

moria le più recenti sentenze della Corte di cassazione, nella speranza, che spesso si avvera, di trovarsi di fronte a tracce dei temi scritti ricalcate sui contenuti di quelle pronunce. I candidati non sono chiamati, in queste evenienze, a dimostrare la loro capacità costruttiva e di applicazione delle categorie giuridiche generali ai casi concreti, ma solo ad avere buona memoria e "stampare" una fedele sintesi di qualche pronuncia delle sezioni unite. Il danno di questo collegamento tra preparazione mnemonica – che funziona solo se si "azzecca" l'argomento giusto – e una certa pigrizia dei commissari – che trovano evidentemente più facile correggere compiti per mera sovrapposizione di uno "stampino" preconfezionato – non può certo essere riparato dalla Ssm durante il periodo di tirocinio centrale, che si affianca a quello, indispensabile, presso gli uffici. Il ritorno alla vecchia misura temporale dei sei mesi, anche non consecutivi, presso la Scuola, consente oggi di svolgere attività formative di maggior spessore culturale e professionale, compito impossibile nell'unico mese previsto da un'improvvida leggina, che aveva ridotto temporaneamente il periodo di tirocinio centrale. Si è trattato di un intervento legislativo figlio della fallace convinzione che si impara a fare il magistrato limitandosi a imitare il lavoro dei colleghi più anziani, chiusi nel ristretto ambito di un singolo territorio. La Scuola mira, invece, a uno scambio proficuo di cognizioni, esperienze e prospettive, che può derivare soltanto dal confronto di giovani provenienti da tutta Italia. Né va sottovalutata l'apertura mentale che deriva dai contatti internazionali che si possono avviare nell'ambito di iniziative ideate e supportate dalla Scuola. Non sempre queste finalità vengono pienamente apprezzate dai mot, sia per insufficienze nostre, sia per il permanere delle impostazioni praticistiche e conformiste di cui parlavo prima. In questa direzione c'è ancora molto da fare, anche perché si sono perduti due anni per la sciagurata leggina cui accennavo sopra.

*Alla luce dell'esperienza di questi anni, si può ritenere che l'attuale concorso di accesso di secondo grado abbia dato buona prova di sé o vi sono ragioni a favore del ritorno – da più parti auspicato – a un concorso di accesso aperto a tutti i giovani laureati?*

Sarei decisamente favorevole al ritorno al concorso di primo grado. Il magistrato esprime le esigenze, le finalità e gli interessi della società civile, quali emergono dalle norme giuridiche che è chiamato ad applicare. Non è utile che abbia affinato la sua preparazione giuridica universitaria in percorsi professionali improntati a principi istituzionali diversi dall'indipendenza e dall'imparzialità richieste dalla funzio-

ne giurisdizionale. Il filtro intermedio derivante dal concorso di secondo grado ritarda irragionevolmente l'ingresso in magistratura delle energie intellettuali migliori, senza aumentare il bagaglio iniziale dei giovani laureati, che possono, anzi, far fatica a liberarsi dell'*imprinting* del periodo intermedio prima del concorso. Il tempo recuperato dall'abolizione del concorso di secondo grado potrebbe essere utilmente impiegato, almeno in parte, in un incremento del tirocinio teorico-pratico e avere, comunque, una positiva ricaduta in termini di ringiovanimento dell'ordine giudiziario.

*Nell'ambito dell'Unione europea e nel più ampio contesto internazionale, la Scuola della magistratura ha intessuto significativi rapporti con le istituzioni che hanno compiti di formazione dei magistrati. In termini di arricchimento culturale e di scambio di esperienze, che cosa riceviamo e che cosa siamo in grado di dare ai nostri interlocutori stranieri?*

L'attività in ambito internazionale della Scuola è un nostro fiore all'occhiello. Abbiamo assunto un ruolo centrale nella Rete europea di formazione giudiziaria – l'«*European Judicial Training Network*» (EJTN) –, entrando a far parte del Comitato di pilotaggio e assumendo il ruolo di coordinamento del gruppo «*Metodologie formative*». La Scuola ha partecipato a numerosi progetti transnazionali di formazione e ricerca. Il numero di magistrati coinvolti in attività di formazione all'estero è raddoppiato nell'ultimo quadriennio, collocando al primo posto in Europa, nel 2017 e 2018, la quota nazionale italiana di partecipazione. Questi continui contatti con le altre istituzioni formative giudiziarie di Paesi europei ed extraeuropei ci consentono non soltanto di confrontare le nostre esperienze e quelle altrui, ma ci offrono anche preziose occasioni per diffondere i nostri valori e i nostri principi, che purtroppo vengono ignorati, e persino calpestati, in altri ordinamenti, anche europei. L'aspetto puramente tecnicistico in questo campo non può bastare, altrimenti ci si ridurrebbe ad approvare, seppure implicitamente, clamorose violazioni dello Stato di diritto e dell'indipendenza della magistratura... purché effettuate in modo celere ed efficiente!

*“Organizzazione” e “dirigenza” sono state due parole chiave della riflessione e dell'iniziativa della magistratura negli ultimi due decenni. La Scuola ha partecipato a questo impegno sia organizzando i corsi, previsti dalla legge, per gli aspiranti a incarichi direttivi, sia chiamando a confrontare esperienze, in appositi corsi, i dirigenti già in carica. Che ap-*

*porto può dare una dirigenza sensibilizzata ai problemi dell'organizzazione all'efficienza e all'efficacia del servizio giustizia?*

L'obiettivo della formazione nel campo della dirigenza è quello di perfezionare una “managerialità giudiziaria” che sia il frutto di tre fattori: capacità organizzative, conoscenza dei principi e delle regole dell'ordinamento giudiziario, attitudine ad adattare le buone prassi di una gestione efficientistica degli uffici e dei servizi alla specificità delle funzioni giurisdizionali. Non è facile. Possono esistere ottimi magistrati, che scrivono splendide sentenze, ma che non sono “tagliati” per compiti organizzativi, come, per converso, possono esistere valenti organizzatori che non intendono pienamente che l'efficienza e la rapidità della giustizia devono essere tutt'uno con l'imparzialità del decidere e con le regole del giusto processo. Il cittadino non sa che farsene di una giustizia rapida che sforna provvedimenti errati e superficiali a causa della fretta ispirata dal desiderio di esporre buone statistiche. D'altra parte, va combattuto il sovrano disprezzo – per fortuna, meno diffuso di una volta – per gli aspetti pratici dell'organizzazione giudiziaria, immemori del vecchio detto che la peggiore ingiustizia è la tardiva giustizia. Come dicevo prima, non è facile coniugare qualità e speditezza del servizio. Ci stiamo provando, ma siamo ancora lontani dall'aver trovato moduli ottimali di formazione. Posso dire tuttavia, in piena coscienza, che si sono registrati progressi notevoli, anche nell'ambito di un dettato legislativo che sembra non fare differenza tra uffici giudiziari e fabbriche di bulloni. Si è rivelata utile la confluenza tra cultura aziendalistica ed esperienza dei dirigenti, che hanno ottenuto positivi risultati nella gestione degli uffici loro affidati. Sarà indispensabile continuare su questa strada.

*Una struttura complessa come la Scuola non ha bisogno solo di autonomia culturale e di una matura visione dei suoi compiti formativi, ma anche di una solida organizzazione e di leale e fattiva collaborazione con i soggetti istituzionali che operano nel giudiziario: il Consiglio superiore della magistratura e il Ministero della giustizia. Quali sono, sotto questi profili, gli aspetti positivi e quelli critici, e quali le questioni ancora aperte e irrisolte?*

La Scuola sconta l'inveterata abitudine dei nostri governanti di voler fare “le nozze con i fichi secchi”. In tutte le occasioni pubbliche, anche alla presenza delle massime autorità dello Stato, ho ribadito la drammatica insufficienza di risorse umane e materiali assegnate alla Scuola. Personale numericamente scarso, precario per l'assenza di un organi-

co proprio della Scuola, gravato di un superlavoro, che assume spesso, per necessità di cose, carattere emergenziale. Se si vuole che i servizi funzionino in modo efficiente ed efficace, si devono predisporre gli strumenti adatti a questa imprescindibile finalità. Altrimenti si fa solo retorica e si creano (in buona fede?) occasioni per polemiche infondate. I rapporti con il Csm e il Ministero della giustizia sono ottimi e improntati a collaborazione da entrambe le parti. Per fortuna, ci siamo lasciati alle spalle le incomprendimenti con il Consiglio, che sembra aver definitivamente elaborato il lutto della sottrazione, da parte del legislatore, del compito della formazione, attribuito ormai in via esclusiva alla Scuola. A volte rimangono strascichi di vecchi equivoci, ma vengono prontamente affrontati e cancellati. L'atteggiamento "caporalesco" che talvolta affiora in qualcuno è ampiamente sovrastato dalla stragrande maggioranza dei consiglieri, ben consapevoli dell'autonomia della Scuola, sancita dall'art. 33, sesto comma, della Costituzione, in quanto istituzione di alta cultura. Il Ministero della giustizia mostra cortese e attenta disponibilità alle nostre esigenze e alla nostre richieste, anche se sarebbe una buona cosa che alle belle parole seguissero bei fatti.

*Il comitato da Lei presieduto, che programma e dirige le molteplici attività formative della Scuola, è un organismo che comprende in sé membri laici e magistrati, componenti nominati dal Csm e componenti designati dal Ministro della giustizia, tra cui avvocati e professori universitari. Una tale composizione, voluta dal legislatore, ha dato vita a un effettivo pluralismo delle culture e delle esperienze?*

Certamente sì. Abbiamo avuto la fortuna di avere componenti "laici" che hanno preso sul serio l'impegno nella Scuola. Naturalmente, l'approccio "esterno" è diverso da quello "interno". Ancora diverso è, tra gli "esterni", quello dei professori e degli avvocati. Le differenti provenienze e le molteplici esperienze hanno consentito, nel complesso, di evitare chiusure autoreferenziali, di evitare la logica burocratica delle "caselle riempite" e di guardare costantemente al servizio giustizia dai differenti punti vista dello spessore culturale, dell'attenzione ai diritti delle parti e della buona fattura dei provvedimenti giudiziari. A volte, le nostre discussioni interne risentono di qualche incomprendimento, ma tutto viene superato dal confronto e dall'approfondimento. Non posso nascondere che, in qualche caso, emergono conflittualità non del tutto necessarie, che vengono risolte con molta pazienza. Nella valutazione del contributo di tutte le categorie cui appartengono i componenti del Comitato direttivo, occorre tener presente che i professori non vengo-

no, per legge, sgravati, neppure in parte, del loro carico didattico e che gli avvocati finiscono per registrare, con l'intensa partecipazione ai lavori della Scuola, una perdita secca in termini professionali.

*Oggi si discute molto – anche per l'impatto devastante dello scandalo romano delle nomine – del ruolo e del peso dei gruppi associativi nella vita della magistratura e nel circuito del governo autonomo. Vi sono state – e, se sì, di quale intensità – influenze improprie sulle attività della Scuola dei gruppi associativi della magistratura o delle componenti consiliari?*

Non posso dire che siano emerse interferenze correntizie nell'organizzazione dei corsi, nella nomina degli esperti formatori, dei relatori, dei *tutors* e di altri collaboratori della Scuola. Non pretendo certo di affermare che le scelte da noi compiute siano state le migliori possibili. Se influenze esterne ci sono state, io non le ho percepite, anche se non posso escludere qualche lavorio "a monte". Nella stragrande maggioranza dei casi ignoravo, al momento delle nomine, a quale corrente appartenessero i singoli candidati. Sono un ingenuo? Può darsi, ma oso supporre che qualche "raccomandazione", in quanto presidente, l'avrei ricevuta. E ciò non è avvenuto. La mia indipendenza ha scarso merito, perché nessuno ha tentato di influenzarmi.

*La Scuola si è sempre dimostrata consapevole di quanto, nel campo dell'etica professionale, continuo gli esempi offerti dai colleghi migliori, le buone prassi seguite negli uffici, i modi quotidiani di vivere in termini corretti e adeguati l'esercizio della giurisdizione. Ma, se è vero che "l'etica non si insegna", non è meno vero che essa si deve continuamente discutere e ridiscutere sulla base dei casi spinosi e controversi proposti dalla realtà. Qual è l'apporto che la Scuola può dare in questo ambito delicatissimo?*

Nel momento in cui do queste risposte, la Scuola sta organizzando un corso straordinario sulle garanzie istituzionali di indipendenza della magistratura – che si aprirà con la significativa presenza del Capo dello Stato –, nel quale si spera venga sviluppata una sincera riflessione, in una sede neutrale rispetto ai fatti degenerativi recentemente emersi, sull'*ethos* della giurisdizione, che integra l'essere e il saper fare del magistrato. In certi valori bisogna credere, certi principi devono guidare il lavoro quotidiano, l'imparzialità deve essere connaturata con lo svolgimento delle funzioni. Se l'etica non si insegna, si può contribuire a diffondere la cultura che produce



i principi etici cui il magistrato deve conformarsi, pena lo snaturamento del suo ruolo. Cinismo, burocratismo e carrierismo sono i mali che distruggono l'ordine giudiziario. La Scuola serve anche a dare sostanza a una deontologia non fine a se stessa, ma parte integrante della giurisdizione, senza la quale le garanzie di indipendenza si trasformerebbero in ingiustificati privilegi agli occhi dei cittadini. Negando o trasgredendo le regole deontologiche, il magistrato nega se stesso e pone le premesse per la distruzione delle garanzie incautamente recepite soltanto come vantaggi corporativi.

*All'inizio del 2020 vi sarà uno scambio di testimonianze tra l'attuale e il nuovo Comitato direttivo della Scuola. Sarà importante curare attentamente*

*la fase del passaggio delle consegne. Quali sono le indicazioni e le linee di condotta che può suggerire a chi succederà nel compito? E quali gli eventuali errori da evitare?*

Non abbiamo insegnamenti da impartire, ma solo esperienze da riferire e discutere, sicuri che coloro che ci seguiranno faranno meglio di noi. Spero che i nostri successori manifestino lo stesso impegno ed entusiasmo che ho visto negli attuali componenti del Comitato direttivo. Sarebbe troppo facile sottolineare impietosamente carenze ed errori, sia in campo didattico-scientifico, sia nell'organizzazione logistica. Siamo, tuttavia, moderatamente soddisfatti del netto rialzo delle valutazioni anonime che i corsisti hanno espresso negli ultimi anni. Auspichiamo che si vada ancora avanti. Se si vuole, si può.

# L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica \*

di Massimo Luciani

Il tema dell'errore di diritto nell'interpretazione delle norme giuridiche induce a interrogarsi sugli approdi e sulle aporie della dottrina della natura creativa della giurisprudenza e sulle insidie che essa nasconde per la legittimazione del giudice e della sua funzione.

**1. L'errore che non c'è / 2. La questione generale dell'errore giuridicamente rilevante / 3. La questione specifica dell'errore di diritto / 4. L'ambito dell'errore di diritto / 4.1. Il confine con l'errore di fatto / 4.2. Il confine con la fuoriuscita dalla stessa funzione giurisdizionale / 5. La diffusa contestazione della natura cognitiva dell'interpretazione / 6. Le plurime aporie del creazionismo giuridico / 7. Il creazionismo giuridico e la questione specifica dell'errore di diritto / 8. L'errore che c'è / 9. Conclusione**

## 1. L'errore che non c'è

L'errore di diritto nell'interpretazione delle norme giuridiche non esiste. Se non fosse salvata dalle sue stesse aporie, è questa la conclusione cui dovrebbe logicamente pervenire la dottrina della natura creativa della giurisprudenza – che d'ora innanzi (in opposizione all'*anticreazionismo*) denominerò *creazionismo giuridico*<sup>1</sup>. Poiché gravi aporie la segnano, però, a simile logica conclusione tale dottrina non perviene.

Avremo modo di soffermarci sulle sue incongruenze e sulle sue contraddizioni, ma dobbiamo segnalare sin d'ora che essa si presenta in due vesti

assai diverse. Nella prima, che potremmo denominare del *creazionismo integrale*, muove dal postulato che creatore della norma non sia il legislatore, ma l'interprete, e conclude nel senso che le pronunce di quell'interprete specializzato che è il giudice sarebbero "fonti" in senso proprio (cioè strumenti autenticamente produttivi di "norme"). Nella seconda, che potremmo denominare del *creazionismo moderato*, non va oltre l'affermazione che nell'azione interpretativa si ravviserebbero inevitabilmente dei momenti creativi, imputando questo fenomeno ora alla complessità dell'ordinamento, ora all'ambiguità del linguaggio naturale<sup>2</sup>. La prima posizione è condivisa da una parte significativa della dottrina e ha successo

\* Relazione al Convegno «Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo», Modanella, 24-25 maggio 2019.

1. La terminologia è simile a quella di L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena, 2018. Preferisco parlare, però, di creazionismo "giuridico" (e non "giudiziario") perché la questione riguarda tutti gli interpreti e non il solo giudice (per quanto i creazionisti lo collochino su un piano di assoluto spicco).

2. Anche L. Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 22, distingue due tipi di creazionismo («in senso proprio o forte» e «in senso improprio o debole»), affermando che il primo rivendica «il potere del giudice di creare nuovo diritto, al di là della legge e perfino contro la legge» e il secondo si limita a postulare «l'ampia discrezionalità interpretativa, e perciò argomentativa, inevitabilmente connessa all'applicazione della legge». A mio avviso, come appresso si vedrà, la distinzione corre lungo la linea che separa chi ritiene che l'interpretazione sia "logicamente" creativa di norme e chi ritiene che l'interpretazione (specie giudiziaria) abbia occasionali "momenti" creativi.

soprattutto tra i costituzionalisti, i civilisti e i filosofi del diritto<sup>3</sup>. La seconda, che peraltro recepisce (magari inavvertitamente) molti paradigmi e – perché no – stilemi dell'altra, emerge a singhiozzo negli arresti giurisprudenziali.

Diversa dall'una e dall'altra, poi, è la ben più prudente posizione di chi si limita a constatare che il fenomeno giuridico è alimentato anche dalla giurisprudenza (il che è assolutamente ovvio, perché lo stesso potrebbe dirsi per l'amministrazione o per l'attività dei privati). Ma diverse sono anche quella di chi qualifica la giurisprudenza fonte del diritto non perché essa abbia funzione creativa della norma, ma perché la norma *vive* nell'interpretazione che la giurisprudenza ne dà<sup>4</sup>, o quella di chi sostiene che «il significato della norma si ricava *soprattutto*» – dunque non “solo” – «osservando la quotidiana opera del giudice»<sup>5</sup>, e riconosce che la supplenza nomopoietica del giudice è patologica e la giustifica solo in forza della crisi della legislazione<sup>6</sup>.

Vedremo più avanti quanto pesi l'adesione all'uno o all'altro indirizzo sulle conclusioni che si raggiungono in tema d'errore di diritto. Prima di farlo, però, dobbiamo definire i concetti rilevanti, stabilendo cosa intendiamo quando, negli usi linguistici dei giuristi, parliamo in generale di “errore” e, in particolare, di “errore di diritto”.

## 2. La questione generale dell'errore giuridicamente rilevante

È probabile che, in tema di errore, nessuno scritto più di *Irrtum und Rechtsgeschäft*, che Ernst Zitelmann pubblicò nel lontano 1879, abbia influenzato la

discussione fra i giuristi. Per un verso, i civilisti vi trovarono una prima e salda teorizzazione della natura e della rilevanza dell'errore nel negozio giuridico; per l'altro, i pubblicisti poterono non sentirlo estraneo, considerata la posizione generale di Zitelmann sul rapporto fra diritto privato e diritto pubblico, ch'egli vedeva legati da una stretta connessione concettuale, dovuta all'unità della forma logica del diritto<sup>7</sup>.

Per Zitelmann, appunto, è falsa «*diejenige Vorstellung, welche mit dem vorgestellten Object nicht übereinstimmt*» («la rappresentazione che non concorda con l'oggetto rappresentato»), ovvero, per meglio dire, visto che a essere vero o falso è sempre un giudizio, è falso «*das Urteil, dass einem Vorgestellten das Prädikat des Existirens oder irgend ein anderes Prädikat zukomme, wenn ein der Subjectsvorstellung entsprechender Gegenstand überhaupt nicht existirt, oder wenn ihm wenigstens das Prädikat, welches ihm im Urteil zugesprochen wurde, nicht zukommt*» («il giudizio che attribuisce a un oggetto rappresentato il predicato dell'esistenza o un qualsivoglia altro predicato, soprattutto quando un oggetto corrispondente alla rappresentazione soggettiva non esiste, ovvero, quanto meno, non gli appartiene il predicato che gli è stato attribuito dal giudizio»)<sup>8</sup>. Aggiunge, poi, Zitelmann, che l'ignoranza è diversa dall'errore: «*das Nichtwissen ist wirklich nichts als eben nur ein Nichts*» («il non sapere, in realtà, non è proprio altro che un nulla»)<sup>9</sup> e l'ignoranza «*steht gleichsam als Nullpunkt zwischen der wahren und der irrigen Vorstellung*» («si situa quasi come punto zero tra la rappresentazione esatta e quella errata»)<sup>10</sup>.

Non sfuggirà ad alcuno la lontana ascendenza di queste affermazioni, che riecheggiano da vicino la tradizione aristotelica e tomistica. Per Aristotele,

3. Mi riferisco, nel testo, alla dottrina italiana. Anche in altre esperienze giuridiche, però, si registrano inclinazioni culturali simili, alimentate soprattutto dall'approccio neocostituzionalista all'analisi dell'odierno mondo del diritto. Per una visione (lucidamente) critica, invece, da ultimo, C. Yannakopoulos, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, Sakkoulas, Atene-Salonicco, 2019, *passim*.

4. In questo senso, da ultimo, G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2018, p. 20.

5. F. Patroni Griffi, *Interpretazione giurisprudenziale e sicurezza giuridica*, in *Lo Stato*, n. 12/2019, p. 369 (corsivo mio).

6. *Ivi*, p. 376: affermando che «nella fisiologia la produzione del diritto spetta al legislatore», infatti, si dà per scontato che la creazione giudiziaria sia una contingente patologia, sia pure – diciamo così – “a fin di bene”.

7. E. Zitelmann, *Die Möglichkeit eines Weltrechts*, Duncker & Humblot, Monaco-Lipsia, 1916 (ristampa dell'edizione del 1888, con una postfazione), pp. 10 ss.

8. *Id.*, *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Duncker & Humblot, Lipsia, 1879, p. 320.

9. *Ivi*, p. 323.

Si deve segnalare, però, il singolare atteggiarsi di questo stesso “nulla” in quegli ordinamenti in cui il processo civile si ispira al modello inquisitorio e – dunque – rende il giudice *dominus* della ricerca della “verità” (sul punto, L.P. Comoglio, *Istruzione e trattazione nel processo civile*, in *Dig. disc. priv.*, vol. X, Utet, Torino, 1993, p. 233). Dispone, infatti, il §138 della *Zivilprozessordnung* che «*Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind*».

10. *Ivi*, p. 326. La distinzione fra errore e ignoranza appare logicamente ineccepibile. Curiosamente, non sempre risulta recepita dall'odierna giusciviltà (vds., ad esempio, C. Rossello, *Errore nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, vol. VI, Utet, Torino, 1991, pp. 510 ss.).

infatti, «è nel falso chi formula pensieri diversi dalla realtà delle cose»<sup>11</sup>, mentre «l'ignoranza sta nel non aver contatto diretto» con la cosa<sup>12</sup>. Per San Tommaso, ancor più chiaramente, «differt nescientia, ignorantia et error». La nescienza, infatti, comporta la semplice negazione della scienza; l'ignoranza è la privazione della conoscenza («*nihil est aliud quam carere scientia (...)*»); l'errore è «*approbare falsa pro veris*». L'errore, dunque, è qualcosa di più, perché alla mera condizione dell'ignoranza aggiunge un atto («*addit actum quemdam super ignorantiam*»), cioè l'affermazione del falso: quando qualcuno «*falsam sententiam fert de his quae nescit, tunc proprie dicitur errare*»<sup>13</sup>. Sia pure più complessa, perché tripartita, è la medesima concettualità che Zitelmann riprende a sei secoli di distanza e che anche noi possiamo tranquillamente continuare a impiegare.

### 3. La questione specifica dell'errore di diritto

Entro il generale campo concettuale dell'errore sta quello particolare dell'errore di diritto.

Quella di errore di diritto è una nozione di diritto positivo, ancorché una definizione esplicita non ne sia normativamente data, né nel dominio del diritto sostanziale né in quello del diritto processuale.

i) L'errore di diritto non è esplicitamente definito dai codici di procedura, che concentrano la loro attenzione su quello di fatto. Così, il codice di procedura civile, all'art. 395, n. 4, peraltro richiamato dal successivo art. 391-bis, definisce «*errore di fatto*» quello che si ha «*quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare*»; il codice di procedura penale, all'art.

625-bis, si limita ad ammettere il ricorso straordinario «*per la correzione dell'errore materiale o di fatto contenuto nei provvedimenti pronunciati dalla corte di cassazione*»; il codice del processo amministrativo, all'art. 106, comma 1, semplicemente, rinvia al cpc; quello della giustizia contabile, all'art. 202, comma 1, lett. f, dà anch'esso la sola definizione di errore di fatto (revocatoriamente rilevante) come quello che «*ricorre quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare*».

È sul piano dei rapporti sostanziali, semmai, che la normativa codicistica considera specificamente l'errore di diritto. Così, l'art. 1429, n. 4, cc lo isola, distinguendolo dalle plurime ipotesi di errore di fatto nei rapporti negoziali e dichiarandolo essenziale quando «è stato la ragione unica o principale del contratto»<sup>14</sup>, mentre l'art. 47, comma 3, cp dispone che «*L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato*». Questa disciplina parrebbe di scarsa rilevanza ai nostri fini, ma poiché la questione del rapporto fra interpretazione ed errore si pone anche nel dominio del diritto sostanziale e poiché – come vedremo – la concettualità del diritto sostanziale è utilizzata anche in tema di errore di diritto del giudice, non può essere trascurata.

ii) Sempre sul piano sostanziale, non sono poche le norme internazionali pattizie che, «nazionalizzate» in leggi italiane, danno per scontata o rendono esplicitamente rilevante la distinzione fra errore di fatto ed errore di diritto sia nei rapporti fra gli Stati, sia nei rapporti fra gli Stati e gli individui.

Così, la l. 30 settembre 1993, n. 388<sup>15</sup> dispone, all'art. 106, comma 2, che «*Se una delle Parti contraenti che non ha effettuato la segnalazione [nel*

11. *Metafisica*, IX, 1051b.

12. *Metafisica*, loc. cit.

13. *Quaestiones disputatae. De Malo*, q. III, *De causa peccati*, art. VII.

14. Di rilievo anche la disposizione dell'art. 1969, a tenor del quale «*La transazione non può essere annullata per errore di diritto relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti*». Qui si anticipa, sul piano della disciplina dei rapporti sostanziali, la medesima conclusione che si deve raggiungere anche sul terreno dei rapporti processuali.

15. Recante «Ratifica ed esecuzione: a) del protocollo di adesione del Governo della Repubblica italiana all'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i Governi degli Stati dell'Unione economica del Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, con due dichiarazioni comuni; b) dell'accordo di adesione della Repubblica italiana alla convenzione del 19 giugno 1990 di applicazione del summenzionato accordo di Schengen, con allegate due dichiarazioni unilaterali dell'Italia e della Francia, nonché la convenzione, il relativo atto finale, con annessi l'atto finale, il processo verbale e la dichiarazione comune dei Ministri e Segretari di Stato firmati in occasione della firma della citata convenzione del 1990, e la dichiarazione comune relativa agli articoli 2 e 3 dell'accordo di adesione summenzionato; c) dell'accordo tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica francese relativo agli articoli 2 e 3 dell'accordo di cui alla lettera b); tutti atti firmati a Parigi il 27 novembre 1990».

Sistema d'Informazione Schengen] è in possesso di indizi che fanno supporre che un dato contiene errori di diritto o di fatto, ne avverte al più presto la Parte contraente che ha effettuato la segnalazione; quest'ultima deve obbligatoriamente verificare la comunicazione e, se necessario, correggere o cancellare senza indugio il dato»; all'art. 110, che «Ciascuno può far rettificare dati che lo riguardano contenenti errori di fatto o far cancellare dati che lo riguardano contenenti errori di diritto»; all'art. 116, comma 1, che «Ciascuna Parte contraente è responsabile, conformemente al proprio diritto nazionale, dei danni causati ad una persona in seguito all'uso dell'archivio nazionale del Sistema d'Informazione Schengen. La disposizione si applica anche quando i danni siano stati causati dalla Parte contraente che, avendo effettuato la segnalazione, ha inserito dati contenenti errori di diritto o di fatto».

La l. 23 marzo 1998, n. 93<sup>16</sup>, all'art. 38, comma 1, dispone, in materia di trattamento di dati rilevanti a fini di polizia, che «Ciascuno Stato membro è responsabile, conformemente alla sua legislazione nazionale, di qualsiasi danno causato ad una persona in ragione di dati contenenti errori di diritto o di fatto, memorizzati o trattati in sede di Euro-pol»<sup>17</sup>. La l. 12 luglio 1999, n. 232<sup>18</sup>, infine, all'art. 32, stabilisce che «Un errore di fatto è motivo di esclusione dalla responsabilità penale solo se annulla l'elemento psicologico del reato» (comma 1) e che «Un errore di diritto concernente la questione di sapere se un determinato tipo di comportamento costituisce un reato passibile della giurisdizione della Corte non è motivo di esclusione dalla responsabilità penale. Tuttavia, un errore di diritto può essere motivo di esclusione dalla responsabilità penale quando annulla l'elemento psicologico del reato, o sulla base di quanto preveduto dall'articolo 33» (comma 2).

iii) Non casualmente, la distinzione tra errore di fatto ed errore di diritto emerge con decisione nel dominio del diritto tributario. A questo proposito, va ricordato in particolare il DPR 22 luglio 1998, n. 322<sup>19</sup>, il quale, oltre a dettare plurime disposizioni sulla disciplina dell'errore del contribuente, stabilisce, all'art. 2, comma 8-bis, che «Resta ferma in ogni caso per il contribuente la possibilità di far valere, anche in sede di accertamento o di giudizio, eventuali errori, di fatto o di diritto, che abbiano inciso sull'obbligazione tributaria, determinando l'indicazione di un maggiore imponibile, di un maggiore debito d'imposta o, comunque, di un minore credito» e, all'art. 8, comma 6-quinquies, che «Resta ferma in ogni caso per il contribuente la possibilità di far valere, anche in sede di accertamento o di giudizio, eventuali errori, di fatto o di diritto, che abbiano inciso sull'obbligazione tributaria, determinando l'indicazione di un maggiore imponibile, di un maggiore debito d'imposta o, comunque, di una minore eccedenza detraibile».

Emersione non casuale, si diceva, perché la magmatica complessità del nostro diritto tributario, formatosi per stratificazioni successive e costantemente modificato senza un filo logico unificante, rende necessaria un'applicazione flessibile di quel principio *ignorantia legis non excusat* che già la Corte costituzionale, sin dalla storica sentenza n. 364 del 1988 (che, come è noto, ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile»), ha reso meno compatto nel delicato dominio del diritto penale.

Certo, come ha scritto la Cassazione, «L'errore di diritto scusabile è configurabile soltanto in presenza di una oggettiva ed insuperabile oscurità della norma o del complesso di norme aventi incidenza sul precetto penale»<sup>20</sup> e «l'ignoranza dovuta ad errore

16. Recante «Ratifica ed esecuzione della convenzione basata sull'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea che istituisce un Ufficio europeo di polizia (EUROPOL), con allegati, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, ed il protocollo concernente l'interpretazione, in via pregiudiziale, della medesima convenzione, da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee, con dichiarazione, fatto a Bruxelles il 24 luglio 1996».

17. Il comma 2, a sua volta, dispone che «Se questi dati contenenti errori di diritto o di fatto risultano da una trasmissione effettuata in modo non corretto o dal mancato rispetto degli obblighi previsti dalla presente convenzione da parte di uno o più Stati membri ovvero da una memorizzazione o trattamento illecito o effettuato in modo non corretto da parte dell'Europol, quest'ultimo o lo Stato membro ovvero gli Stati membri sono tenuti al rimborso, su richiesta, delle somme versate a titolo d'indennizzo, a meno che i dati non siano stati utilizzati dallo Stato membro sul cui territorio è stato commesso il danno in violazione della presente convenzione».

18. Recante «Ratifica ed esecuzione dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, con atto finale ed allegati, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma, il 17 luglio 1998». Di tale legge interessa anche l'art. 81, ove si prevede che l'appello del procuratore o del condannato in primo grado possa essere proposto – fra l'altro – per «errore di fatto» o per «errore di diritto».

19. Recante «Modalità per la presentazione delle dichiarazioni relative alle imposte sui redditi, all'imposta regionale sulle attività produttive e all'imposta sul valore aggiunto, ai sensi dell'articolo 3, comma 136, della legge 23 dicembre 1996, n. 662».

20. Cass. pen., sez. III, 21 novembre 2016, n. 49266 (ma prima, sez. I, 14 ottobre 1992, n. 11360; sez. VI, 5 febbraio 2003, n. 36346). Vds. anche Cass. pen., sez. VI, 19 giugno 2015, n. 25941, e Cass. pen., sez. IV, 2 aprile 2015, n. 14011: «Deve essere considerato errore sulla leg-

*nell'interpretazione della norma penale non può essere considerata inevitabile quando tale interpretazione sia tutt'altro che confusa e caotica, non sia oggetto di particolari difficoltà e l'errore circa l'esistenza e la portata della disposizione incriminatrice possa essere evitato con la normale diligenza»<sup>21</sup>; ma, anche con questa delimitazione concettuale, l'idea dell'oscurità insuperabile del dettato normativo resta, perché «Ai fini della sussistenza del fumus criminis ed in particolare dell'integrazione dell'elemento soggettivo, va considerato, in relazione agli aspetti del caso concreto, come non sia possibile esigere dal privato cittadino una corretta interpretazione della normativa di per sé intrinsecamente ed oggettivamente antinomica, con la conseguenza che va accertato quale ricaduta abbia avuto il testo normativo su un eventuale comportamento assunto in "buona fede" da parte dell'indagato»<sup>22</sup>. Anzi, considerate le condizioni penose in cui versano vasti settori dell'ordinamento, ci si dovrebbe chiedere se valga ancora incondizionatamente quanto a suo tempo ritenevano i classici – penso a Puchta –, che escludevano la scusabilità dell'errore «per i giurisperiti»<sup>23</sup>.*

iv) Alla frontiera tra piano sostanziale e piano processuale, infine, sta la disciplina dell'errore rilevante per l'affermazione della responsabilità civile del magistrato. «Alla frontiera», perché se processuale è il

terreno di coltura dell'errore, sostanziale è quello dei suoi presupposti e delle sue conseguenze, concretatisi nell'obbligazione risarcitoria. Qui, ovviamente, emergono soprattutto i primi due commi dell'art. 1 della l. 13 aprile 1988, n. 117 («Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati»), a tenor dei quali «Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali» (comma 1) e «Fatti salvi i commi 3 e 3-bis ed i casi di dolo, nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove» (comma 2)<sup>24</sup>.

Come si vede, questa disciplina isola il campo della «interpretazione di norme di diritto» all'interno del più vasto territorio delle generali attività del giudice. Tale isolamento, peraltro, è operato dal nostro ordinamento anche ad altri fini, in particolare quanto alla delimitazione della responsabilità disciplinare<sup>25</sup> e alla definizione degli elementi rilevanti per le valutazioni di professionalità dei magistrati<sup>26</sup>.

---

*ge penale, come tale inescusabile, sia quello che cade sulla struttura del reato, sia quello che incide su norme, nozioni e termini propri di altre branche del diritto, introdotte nella norma penale ad integrazione della fattispecie criminosa, dovendosi intendere per "legge diversa dalla legge penale", ai sensi dell'art. 47 cod. pen., quella destinata in origine a regolare rapporti giuridici di carattere non penale e non esplicitamente incorporata in una norma penale, o da questa non richiamata neppure implicitamente».*

21. Cass. pen., sez. I, 28 gennaio 2009, n. 3841.

22. Cass. pen., sez. III, 19 marzo 2015, n. 29080.

23. G.F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, a cura di U. Rudorff, Breitkopf & Härtel, Lipsia, 1853, quarta edizione (trad. it. di A. Turchiarulo, *Corso delle istituzioni*, vol. II, All'Insegna del Diogene, Napoli, 1854, p. 53).

24. I commi 3 e 3-bis, a loro volta, dispongono che «Costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione» (comma 3) e «Fermo restando il giudizio di responsabilità contabile di cui al decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639, ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza. In caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea» (comma 3-bis).

25. Vds. art. 2, comma 2, d.lgs 23 febbraio 2006, n. 109 (recante «Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della L. 25 luglio 2005, n. 150»), a tenor del quale, «Fermo quanto previsto dal comma 1, lettere g), h), i), l), m), n), o), p), cc) e ff), l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare». È importante notare che, in armonia con quanto previsto dalle norme sulla responsabilità civile del magistrato, anche in quelle sulla responsabilità disciplinare si stabilisce ch'essa è causata dalla «grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile» (così il precedente comma 1, lett. g).

26. Vds. art. 11, comma 2, d.lgs 5 aprile 2006, n. 160 (recante «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 L. 25 luglio 2005, n. 150»), a tenor del

Anche nella disciplina ora descritta non abbiamo un'esplicita definizione di "errore di diritto", ma – come poi vedremo – si offrono indicazioni normative preziose per disegnarne il concetto.

#### 4. L'ambito dell'errore di diritto

Alla luce dei dati normativi ora sintetizzati, l'ambito dell'errore di diritto appare identificabile delimitandone i confini verso il basso e verso l'alto. Verso il basso, laddove va distinto dall'errore di fatto; verso l'alto, laddove va distinto dall'errore che comporta la fuoriuscita dalla stessa funzione giurisdizionale.

##### 4.1. Il confine con l'errore di fatto

Nemmeno in diritti di derivazione largamente giurisprudenziale come quello romano<sup>27</sup> o quello in-

termedio<sup>28</sup> la distinzione fra *error facti* ed *error iuris* era negata, sicché si tratta di una questione di risalente ascendenza. Per semplificare il ragionamento, tuttavia, è bene limitarsi all'analisi del diritto positivo e – dando per scontato che le sue conclusioni non cambierebbero nemmeno se ampliassimo la prospettiva – in particolare all'esame della normativa processualcivilistica<sup>29</sup>.

Qui, il confine tra errore di diritto ed errore di fatto sembra tracciato dall'art. 360 cpc in combinato disposto con l'art. 395, comma 1, n. 4<sup>30</sup>: non a caso, già la più antica dottrina processualcivilistica tracciava tale confine lungo la linea che separa il rimedio della revocazione da quello del ricorso per cassazione<sup>31</sup>. In effetti, le fattispecie di impugnabilità per cassazione delle «sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado» possono essere ricostruite – appunto – come ipotesi di errore di diritto proprio perché esse e soltanto esse sono assoggettate al sindacato di un giudice che è (solo) di "legittimità", in quanto *quae-*

---

quale «La valutazione di professionalità (...) non può riguardare in nessun caso l'attività di interpretazione di norme di diritto, né quella di valutazione del fatto e delle prove».

27. Cfr. P. Voci, *Errore (Diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 234 ss.

28. Cfr. E. Cortese, *Errore (Diritto intermedio)*, *ivi*, p. 243 (che mette in luce anche alcune tendenze, rimaste minoritarie, alla «accezione a fondo morale dell'error»).

29. Per quella processualpenalistica, vale l'art. 606, comma 1, cpp, a tenor del quale «Il ricorso per cassazione può essere proposto per i seguenti motivi:

- a) esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri;
- b) inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale;
- c) inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, di inutilizzabilità, di inammissibilità o di decadenza;
- d) mancata assunzione di una prova decisiva, quando la parte ne ha fatto richiesta anche nel corso dell'istruzione dibattimentale limitatamente ai casi previsti dall'articolo 495, comma 2;
- e) mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame».

Su questa previsione normativa la giurisprudenza si è – ovviamente – più volte soffermata, statuendo, ad esempio, che «Il vizio di cui all'art. 606, comma primo, lett. b) cod. proc. pen. riguarda l'erronea interpretazione della legge penale sostanziale (ossia, la sua inosservanza), ovvero l'erronea applicazione della stessa al caso concreto (e, dunque, l'erronea qualificazione giuridica del fatto o la sussunzione del caso concreto sotto fattispecie astratta), e va tenuto distinto dalla deduzione di un'erronea applicazione della legge in ragione di una carente o contraddittoria ricostruzione della fattispecie concreta, denunciabile sotto l'aspetto del vizio di motivazione» (Cass. pen., sez. V, 7 ottobre 2016, n. 47575) e che «In tema di riesame delle misure cautelari reali, nella nozione di "violazione di legge" per cui soltanto può essere proposto ricorso per cassazione a norma dell'art. 325, comma primo, cod. proc. pen., rientrano la totale mancanza di motivazione o la presenza di motivazione meramente apparente, in quanto correlate all'inosservanza di precise norme processuali, ma non l'illogicità o la incompletezza di motivazione, le quali non possono denunciarsi nel giudizio di legittimità nemmeno tramite lo specifico e autonomo motivo di ricorso di cui alla lett. e) dell'art. 606 stesso codice, posto che questo richiede la "mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità" della motivazione» (Cass. pen., sez. V, 11 gennaio 2007, n. 8434; già prima, sez. unite pen., 28 gennaio 2004, n. 5876; più di recente, Cass. pen., sez. VI, 4 dicembre 2014, n. 50946).

30. A tenor del quale la revocazione delle sentenze «pronunciate in grado d'appello o in unico grado» è ammessa «se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare».

31. Vds. già L. Mattiolo, *Istituzioni di diritto giudiziario civile italiano*, Bocca, Torino, 1888, p. 309 (corsivo nell'originale), per il quale si davano «quella [la revocazione] per gli errori di fatto, questo [il ricorso per cassazione] per gli errori di diritto», nonché L. Mortara, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, vol. IV, Vallardi, Milano, 1918 (terza edizione riveduta), p. 491, che poneva il confine tra ricorso per cassazione e revocazione sulla linea che divide le «questioni di diritto» e «quelle di fatto».

stiones di diritto<sup>32</sup>. Si tratta, come è ben noto, delle ipotesi di ricorribilità:

- 1) «per motivi attinenti alla giurisdizione»;
- 2) «per violazione delle norme sulla competenza, quando non è prescritto il regolamento di competenza»;
- 3) «per violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro»;
- 4) «per nullità della sentenza o del procedimento»;
- 5) «per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti».

La giurisprudenza di legittimità ha affermato che «In tema di ricorso per cassazione, il vizio di violazione di legge consiste nella deduzione di un'erronea ricognizione, da parte del provvedimento impugnato, della fattispecie astratta recata da una norma di legge e implica necessariamente un problema interpretativo della stessa»<sup>33</sup>, ma è agevole notare che, in

realtà, a parte un possibile *distinguo* tra «violazione» e «falsa applicazione»<sup>34</sup>, tutte e tre le prime ipotesi dell'art. 360 cpc configurano vizi dell'atto interpretativo. Se la quarta, invece, implichi o meno un vizio dell'atto interpretativo dipende dalla forma concreta in cui essa si presenta<sup>35</sup>. Il problema, semmai, è costituito dalla quinta, che non solo non costituisce errore da vizio interpretativo, ma secondo alcuni non è qualificabile errore di diritto<sup>36</sup>. Vero è, però, che non si tratta certo di opinione unanime<sup>37</sup> e che quell'ipotesi consiste pur sempre in un «errore di attività logica»<sup>38</sup>. Poiché la soggezione del giudice alla legge ex art. 101 Cost. non avrebbe senso se non ne implicasse l'obbligazione al rispetto della logica, non sarebbe azzardato costruire la quinta ipotesi come una forma di sia pur riflesso errore di diritto per violazione della logica del processo. Come osservò Calamandrei, «il diritto processuale (...) non è che (...) un metodo di ragionamento»<sup>39</sup>, che tuttavia dev'essere imposto autoritativamente dalla legge «se uguale per tutti deve essere il diritto sostanziale»<sup>40</sup>. In ogni caso, anche a pensare

32. Va ricordata, però, la posizione di G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, sez. I, Jovene, Napoli, 1936 (seconda edizione), p. 597, che voleva devolute alla cognizione della Corte di cassazione anche quelle generali questioni di fatto che si risolvono sulla base delle «massime di esperienza».

33. Cass. civ., sez. V, 4 novembre 2016, n. 22433 (e, precedentemente, cass. civ., sez. lav., 12 giugno 2014, n. 13335). Non dissimilmente, nella giurisprudenza contabile, riprendendo alcuni passaggi di Cass. civ., sez. unite, 27 dicembre 2017, n. 30996, si è detto che il vizio revocatorio «riguarda (...) l'erronea presupposizione dell'esistenza o dell'inesistenza di fatti considerati nella loro dimensione storica di spazio e di tempo, con l'esclusione del vizio che, nascendo da una falsa percezione di norme che contemplino la rilevanza giuridica di questi stessi fatti, integri gli estremi dell'error iuris, "... sia che attenga ad obliterazione delle norme medesime, riconducibile all'ipotesi della falsa applicazione, sia che si concreti nella distorsione della loro effettiva portata, riconducibile all'ipotesi della violazione"» (così, da ultimo, Corte dei conti, sez. III app., 3 ottobre 2018, n. 363).

34. È stato infatti rilevato che, al n. 3, l'errore d'interpretazione si manifesta essenzialmente nella fattispecie della «violazione» (che è un errore di individuazione del significato della norma), mentre in quella della «falsa applicazione» il vizio non riguarda l'interpretazione della norma (della quale è stata «individuata esattamente la portata precettiva»: F.P. Luiso, *Diritto processuale civile – Il processo di cognizione*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2017, nona edizione, vol. II, p. 427), ma semplicemente la sua utilizzazione per una fattispecie «sbagliata». Questa opinione, però, non è unanimemente condivisa e, muovendo dalla «struttura sillogistica della sentenza», s'è detto che l'errore che la vizia può riguardare la premessa di diritto, la premessa di fatto o l'illazione (F. Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, vol. II, Il Foro Italiano, Roma, 1951, quarta edizione, p. 184), concludendo nel senso che la falsa applicazione è un «errore nella illazione» (ivi, p. 186; corsivo nell'originale).

È stato infine osservato che le due ipotesi, pur differenziabili in linea teorica, ben difficilmente si distinguono sul piano pratico: C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche – La fase di cognizione nella tutela dei diritti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2008, p. 468.

35. La nullità potendo dipendere sia da un errore nell'interpretazione della norma processuale, sia da un mero comportamento antiguidico del giudice.

In giurisprudenza s'è detto che «Questo tipo di censura non costituisce un'ipotesi di violazione di legge, perché non è denunciato un errore nell'interpretazione della norma, né un'ipotesi di falsa applicazione di legge, perché la fattispecie non è stata sussunta sotto altra norma diversa da quella invocata»: Cass. civ., sez. VI, 4 novembre 2016, n. 22446.

36. Così, ad esempio, C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile – Il processo di cognizione*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1998 (dodicesima edizione), pp. 439 ss.

37. È stato osservato che quello di cui al n. 5 «è un errore di ragionamento che si innesta sulla corretta percezione delle risultanze processuali» e, affliggendo – appunto – il ragionamento e non la percezione, non è errore revocatorio (che «è un errore di percezione»): così F.P. Luiso, *Diritto processuale civile, op. cit.*, p. 503.

38. Vds, ancora, C. Mandrioli, *Corso, op. cit.*, p. 440.

39. P. Calamandrei, *Processo e democrazia. Conferenze tenute alla Facoltà di diritto dell'Università nazionale del Messico*, Cedam, Padova, 1954, p. 21. Il volume è stato ora meritoriamente ripubblicato, in forma anastatica, in appendice a E. Bindi - T. Groppi - G. Milani - A. Pisaneschi (a cura di), *Processo e democrazia. Le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, Pacini, Pisa, 2019.

40. P. Calamandrei, *Processo, op. cit.*, p. 24. Ovviamente, non va dimenticato che lo stesso Calamandrei criticava nettamente la conce-



altrimenti, resterebbe fermo che il terreno dell'errore di diritto sarebbe comunque delimitato almeno dalle altre quattro fattispecie descritte dall'art. 360 cpc.

Sempre la giurisprudenza di legittimità ha esportato nel diritto processuale la distinzione di diritto sostanziale (civile) tra errore ostativo ed errore vizio<sup>41</sup>, distinguendo entrambi dall'errore revocatorio, ma tenendoli a loro volta reciprocamente distinti, affermando che l'errore ostativo «*si concreta nell'erronea manifestazione della volontà del giudicante, ed è emendabile in sede di correzione (artt. 287 e 288 c.p.c.)*», mentre l'errore vizio «*si manifesta in un'errata valutazione delle risultanze processuali, ed è denunciabile ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5*»<sup>42</sup>.

Che anche nel diritto processuale si evochino l'errore ostativo e l'errore vizio è comprensibile. In diritto sostanziale, il primo è stato definito in dottrina come «quello che determina divergenza fra una volontà correttamente formatasi e la corrispondente dichiarazione esteriore, per cui l'atto non è voluto»<sup>43</sup>, oppure come «l'errore che cade sulla manifestazione della volontà o sulla trasmissione»<sup>44</sup>, mentre la giurisprudenza l'ha (similmente) identificato laddove v'è «*divergenza tra il dichiarato ed il voluto*»<sup>45</sup>, cioè quando la volontà «è correttamente formata, ma malamente espressa all'esterno»<sup>46</sup>. Quanto al secondo, la dottrina l'ha descritto come quello che incide «già sul procedimento interno di formazione della volontà, non impedendo che l'atto sia effettivamente voluto, ma alterando la rappresentazione delle motivazioni che stanno alla base della volizione»<sup>47</sup>, ovvero come quello che «*incide sulla formazione della volontà*»<sup>48</sup>. La giurisprudenza, a sua volta, l'ha inteso come «*vizio della formazione della volontà*», che si risolve in una «*falsa rappresentazione della realtà*»<sup>49</sup>. Se è così, anche la volontà del giudice può risultare deformata o viziata da simili forme di errore, il cui richiamo –

dunque – è giustificato. Occorre, tuttavia, precisare che ben diverso è il vizio della volontà (o della relativa manifestazione) in cui può cadere il privato che persegue il suo personale scopo negoziale dal vizio della volontà in cui può cadere il giudice, perché questi non persegue né può perseguire altro scopo che la pura e semplice applicazione delle norme di diritto. L'evocazione di una sistematica tipicamente privatistica non deve dunque indurre in equivoco: non essendo funzione del giudice rendere giustizia sostanziale secondo i suoi convincimenti morali, il tema dei vizi della volontà si pone, nel suo caso, in forma ben distinta. “Sentenza” non viene certo da “sentimento” (secondo l'ipotesi etimologica pur autorevolmente azzardata da Calamandrei)<sup>50</sup>, ma da “*sentio*”. E “*sentio*” sta a indicare sia il percepire che il pensare che l'intendere. Attività che non implicano la messa in campo della tavolozza dei valori nei quali personalmente ci si riconosce.

Al di là di questo, va detto che la problematica della distinzione fra errore di diritto ed errore di fatto è stata sondata, in giurisprudenza, soprattutto in riferimento a due questioni: quella della revocazione e quella dell'omessa pronuncia (peraltro, come vedremo, strettamente intrecciate).

i) Quanto al rapporto fra errore di diritto, errore di fatto e revocazione, negli ultimi anni non paiono darsi sorprese. Già nel 2014 l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato aveva messo in luce il sostanziale accordo tra giurisprudenza amministrativa e giurisprudenza ordinaria, osservando che:

- a) «La giurisprudenza del Consiglio di Stato e quella della Corte di Cassazione (...) hanno pressoché univocamente individuato le caratteristiche dell'errore di fatto revocatorio»;
- b) tale errore «deve essere caratterizzato: a) dal derivare da una pura e semplice errata od omessa

---

zione sillogistica della decisione giudiziaria («Ridurre la funzione del giudice a un puro sillogizzare vuol dire impoverirla, inaridirla, dissecarla»: *ivi*, p. 63). Tuttavia, l'osservanza della logica era essenziale anche nella sua concezione, come dimostra il fatto che, a suo avviso, per impugnare una sentenza occorre andare alla ricerca della «sottile frattura logica» che eventualmente l'attraversi (*ivi*, p. 97).

41. Anche penale: *cf.*, ad esempio, Cass. pen., sez. IV, 5 agosto 2016, n. 34510.

42. Cass. civ., sez. V, 23 ottobre 2013, n. 24015.

43. C. Rossello, *Errore*, *op. cit.*, p. 511.

44. A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2019 (quinta edizione), p. 111.

45. Cass. civ., sez. III, 27 settembre 2018, n. 23196 (ord.).

46. Cass. civ., sez. unite, 14 marzo 2018, n. 6336 (ord.).

47. C. Rossello, *Errore*, *op. cit.*, p. 512.

48. A. Cataudella, *I contratti*, *loc. cit.*

49. Così, ad esempio, Cass. civ., sez. III, 8 giugno 2004, n. 10815. Si è parlato anche «*di una svista nella lettura degli atti o di una falsa percezione della realtà*» (C. conti, sez. I app., 24 marzo 2004, n. 120).

50. P. Calamandrei, *Processo*, *op. cit.*, p. 52.

percezione del contenuto meramente materiale degli atti del giudizio, la quale abbia indotto l'organo giudicante a decidere sulla base di un falso presupposto di fatto, facendo cioè ritenere un fatto documentalmente escluso ovvero inesistente un fatto documentalmente provato; b) dall'attenere ad un punto non controverso e sul quale la decisione non abbia espressamente motivato; c) dall'essere stato un elemento decisivo della decisione da revocare, necessitando perciò un rapporto di causalità tra l'erronea presupposizione e la pronuncia stessa (...); l'errore deve inoltre apparire con immediatezza ed essere di semplice rilevanza, senza necessità di argomentazioni induttive o indagini ermeneutiche (...);

- c) l'errore di fatto «si sostanzia quindi in una svista o abbaglio dei sensi che ha provocato l'errata percezione del contenuto degli atti del giudizio» e «non può (e non deve) confondersi con quello che coinvolge l'attività valutativa del giudice», sicché «non ricorre nell'ipotesi di erroneo, inesatto o incompleto apprezzamento delle risultanze processuali ovvero di anomalia del procedimento logico di interpretazione del materiale probatorio ovvero quando la questione controversa sia stata risolta sulla base di specifici canoni ermeneutici o sulla base di un esame critico della documentazione acquisita, tutte ipotesi queste che danno luogo se mai ad un errore di giudizio, non censurabile mediante la revocazione (che altrimenti si trasformerebbe in un ulteriore grado di giudizio, non previsto dall'ordinamento)».

Questo indirizzo, che del resto si ricollega a una risalente sistemazione dottrinale («l'errore di fatto è un vero errore dei sensi; il magistrato ha creduto di vedere negli atti quel che non esiste (...)») <sup>51</sup>, è rimasto fermo. Come recita, ad esempio, una recentissima pronuncia della quarta sezione del Consiglio di Stato, «l'errore di fatto che consente di rimettere in discussione il *decisum del giudice con il rimedio straordinario della revocazione è solo quello che non coinvolge l'attività valutativa dell'organo decidente, ma tende, invece, ad eliminare un ostacolo materiale frapposti tra la realtà del processo e la percezione che di questa il giudice abbia avuto, ostacolo promanante da una pura e semplice errata od omessa per-*

*cezione del contenuto meramente materiale degli atti del giudizio, sempre che il fatto oggetto dell'asserito errore non abbia costituito un punto controverso sul quale la sentenza impugnata per revocazione abbia pronunciato, dovendosi escludere che il giudizio revocatorio, in quanto rimedio eccezionale, possa essere trasformato in un ulteriore grado di giudizio»* <sup>52</sup>.

Una ancor più recente pronuncia della stessa quarta sezione, facendo con maggiore ampiezza il punto sulla distinzione tra errore di fatto (legittimamente l'azione revocatoria) ed errore di diritto, ha statuito che: a) «l'istituto della revocazione è un rimedio eccezionale, che non può convertirsi in un terzo grado di giudizio»; b) conseguentemente, «non sussiste il vizio revocatorio se la dedotta erronea percezione degli atti di causa – che si sostanzia nella supposizione dell'esistenza di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, ovvero nella supposizione dell'inesistenza di un fatto, la cui verità è positivamente stabilita – ha costituito un punto controverso e, comunque, ha formato oggetto di decisione nella sentenza revocanda»; c) ne viene che «sono vizi logici e quindi errori di diritto quelli consistenti nella dedotta erronea interpretazione e valutazione dei fatti o nel mancato approfondimento di una circostanza risolutiva ai fini della decisione», mentre «l'errore di fatto revocatorio (...) si configura come un abbaglio dei sensi, per effetto del quale si determina un contrasto tra due diverse proiezioni dello stesso oggetto, l'una emergente dalla sentenza e l'altra risultante dagli atti e documenti di causa» <sup>53</sup>.

In definitiva: «l'errore di fatto, idoneo a fondare la domanda di revocazione ai sensi del combinato disposto degli artt. 106 c.p.a. e 395 n. 4, c.p.c., deve rispondere a tre requisiti:

- a) derivare da una errata od omessa percezione del contenuto meramente materiale degli atti del giudizio, che abbia indotto l'organo giudicante a decidere sulla base di un falso presupposto fattuale, ritenendo così un fatto documentale, escluso ovvero inesistente, come provato;
- b) attenersi ad un punto non controverso e sul quale la decisione non ha espressamente motivato;
- c) essere stato un elemento decisivo della decisione da revocare, necessitando perciò un rapporto di causalità tra l'erronea presupposizione e la pronuncia stessa» <sup>54</sup>.

51. L. Mortara, *Commentario, op. cit.*, p. 504.

52. Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2019, n. 1340. Vds. anche, però, *ex multis*, sez. V, 21 ottobre 2010, n. 7599; sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 961; sez. IV, 28 giugno 2016, n. 2883; sez. IV, 2 novembre 2016, n. 4586; sez. IV, 4 gennaio 2018, n. 35; sez. IV, 5 novembre 2018, n. 6246; sez. IV, 7 novembre 2018, n. 6280; sez. IV, 6 dicembre 2018, n. 6914.

53. Cons. Stato, sez. IV, 26 aprile 2019, n. 2681. Adesivamente, da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2019, n. 2930.

54. Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5805.

Si tratta di affermazioni non dissimili da quelle della giurisprudenza di cassazione, secondo la quale «l'errore di fatto idoneo a determinare la revocazione delle sentenze (comprese quelle della Corte di cassazione) deve: 1) consistere in una errata percezione del fatto, in una svista di carattere materiale, oggettivamente ed immediatamente rilevabile, tale da avere indotto il giudice a supporre la esistenza di un fatto la cui verità era esclusa in modo incontrovertibile, oppure a considerare inesistente un fatto accertato in modo parimenti indiscutibile; 2) essere decisivo, nel senso che, se non vi fosse stato, la decisione sarebbe stata diversa; 3) non cadere su di un punto controverso sul quale la Corte si sia pronunciata; 4) presentare i caratteri della evidenza e della obiettività, sì da non richiedere, per essere apprezzato, lo sviluppo di argomentazioni induttive e di indagini ermeneutiche; 5) non consistere in un vizio di assunzione del fatto, né in un errore nella scelta del criterio di valutazione del fatto medesimo. Sicché detto errore non soltanto deve apparire di assoluta immediatezza e di semplice e concreta rilevanza, senza che la sua constatazione necessiti di argomentazioni induttive o di indagini ermeneutiche, ma non può tradursi in un preteso, inesatto apprezzamento delle risultanze processuali, ovvero di norme giuridiche e principi giurisprudenziali: vertendosi, in tal caso, nella ipotesi dell'errore di giudizio, idoneo a determinare la revocabilità delle sentenze della Cassazione»<sup>55</sup>.

Insomma: si tratta di «un errore meramente percettivo che in nessun modo coinvolge l'attività valutativa del giudice di situazioni processuali esattamente percepite nella loro oggettività», con la conseguenza che «non è configurabile l'errore revocatorio per vizi della sentenza che investano direttamente la formulazione del giudizio sul piano logico-giuridico»<sup>56</sup>; che «l'evento su cui cade l'errore non [deve aver] costituito un punto controverso in ordine al quale la sentenza impugnata per revocazione abbia pronunciato»<sup>57</sup>; che «Assolutamente netta è la distinzione che la norma pone tra il concetto di errore di fatto ed il concetto di errore di diritto», in quanto «Il primo consiste in una falsa percezione della real-

tà oggettiva, per svista o mero equivoco, che in nessun modo coinvolge la attività valutativa del Giudice e che cade su situazioni, accadimenti e vicende, vale a dire sul substrato materiale dei fatti che vengono dedotti in giudizio»<sup>58</sup>.

Si può dunque concludere che, per la giurisprudenza, l'errore di fatto attiene (e con immediatezza) alla percezione, non all'intellezione o alla volizione, ed è rilevante ai fini dell'azione revocatoria solo se è decisivo per la definizione del giudizio e non concerne un punto che sia già stato controverso fra le parti.

ii) Quanto al rapporto tra errore di diritto, errore di fatto e omessa pronuncia, la Corte di cassazione, in un'articolata decisione di alcuni anni addietro, sembrava aver escluso la possibilità di far valere il vizio di omessa pronuncia come errore di fatto. Disse, infatti, che: a) «il concetto di "domanda" o di capo della domanda non si presta – sol perché la sentenza non contenga statuizione al riguardo – ad essere ricondotto al concetto di "fatto" che non abbia costituito punto controverso (nel senso precisato dal legislatore nel definire l'errore materiale)»; b) conseguentemente, «L'omessa pronuncia, da parte del Giudice, non concreta uno sbaglio nella percezione di atti o di documenti non contestati e non contestabili nella loro efficacia probatoria, non inquina le utilizzate fonti di convincimento, né mette capo ad un travisamento dei fatti (tanto che non emerge dagli atti del processo ma dalla stessa incompletezza del provvedimento)»; c) «Detta manchevolezza, risolvendosi nella violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 112 c.p.c.), realizza un vizio denunziabile per cassazione giusta la previsione dell'art. 360 c.p.c., n. 4, (error in procedendo)»; d) «gli stessi principi devono essere tenuti fermi anche nell'ipotesi in cui il vizio di omessa pronuncia sia addebitato al Giudice di legittimità adito con ricorso per cassazione»; e) «L'intervento della Corte costituzionale, che con le sentenze n. 17 del 1986 e n. 36 del 1991 ha esteso la esperibilità del rimedio della revocazione anche nei confronti delle sentenze della Corte di Cassazione affette dall'errore di fatto di cui all'art. 395 c.p.c., n. 4, non potrebbe mai essere invocato per sostenere che il vizio di omessa pronuncia in cui il Giudice di legittimità sia

55. Così, da ultimo, Cass. civ., sez. I, 22 maggio 2019, n. 13851.

56. Cass. civ., sez. VI-2, 26 aprile 2019, n. 11327 (ord.).

57. Cass. civ., sez. V, 23 ottobre 2013, n. 24015, cit.

58. Così Cass. civ., sez. II, 20 giugno 2008, n. 16966, la quale aggiunge che, «Secondo costante e coerente giurisprudenza non concreta, quindi, un errore "di fatto" la erroneità in linea di diritto della valutazione di una situazione processuale (cfr. Cass. n. 643 del 1979); l'inesatto apprezzamento delle risultanze del processo (cfr. Cass. n. 6007 del 1980); la valutazione da parte del Giudice di atti, documenti, prove ed allegazioni difensive in senso difforme da quello sostenuto dalle parti (cfr. Cass. n. 3143 del 1981, n. 6148/93; l'erronea interpretazione della domanda (cfr. Cass. n. 5463 del 1982); l'omessa pronuncia su di un motivo di appello o sulla intera impugnazione (Cass. n. 2119 del 1968)».

pretesamente incorso, se non è a lui stesso denunziabile con un secondo ricorso ex art. 360 c.p.c., n. 4, potrebbe comunque essere fatto valere sub specie di errore di fatto emendabile ex art. 395 c.p.c., n. 4, per effetto di una sorta di metamorfosi resa indispensabile dalla esigenza di individuare, comunque, un rimedio a conculcati diritti di difesa»; f) «il vizio di omessa pronuncia su di una domanda, proprio in quanto si risolve nel mancato esercizio della giurisdizione in ordine ad una pretesa fatta valere in giudizio ed in quanto impedisce la formazione del giudicato sul punto neppure per implicito deciso, è ontologicamente inidoneo a concretare una irreparabile conculcazione dei diritti di difesa, dal momento che la domanda non deliberata ben potrebbe essere fatta valere in un successivo giudizio essendo rimasta impregiudicata»<sup>59</sup>.

Sempre la Suprema corte, però, in altre occasioni ha precisato che «in tema di omessa pronuncia da parte della Corte di Cassazione su un motivo di ricorso, l'unico mezzo di impugnazione esperibile avverso la sentenza è, ai sensi dell'art. 391-bis e art. 395 cod. proc. civ., n. 4, la revocazione per l'errore di fatto in cui è incorso il giudice di legittimità, il quale errore presuppone l'esistenza di divergenti rappresentazioni dello stesso oggetto, emergenti una dalla sentenza e l'altra dagli atti e documenti di causa», e che «la omissione di pronuncia da parte della Corte di cassazione può essere fatta valere solo con il rimedio revocatorio per errore di fatto (ex art. 391-bis e art. 395 c.p.c., n. 4) e non con la richiesta di correzione di errore materiale»<sup>60</sup>.

Analoghe aperture alla possibilità di prospettare l'errore di fatto nell'ipotesi dell'omessa pronuncia si rinvengono nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. Di recente, infatti, mentre si è ribadito, in via generale, che «Nel processo amministrativo l'omessa pronuncia, da parte del giudice di primo grado, su

censure e motivi di impugnazione costituisce tipico errore di diritto per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, deducibile in sede di appello sotto il profilo della violazione del disposto di cui all'art. 112 c.p.c.»<sup>61</sup>, si è anche precisato che «si è condivisibilmente affermato, in passato “che rileva come errore di fatto ex art. 395, n. 4, c.p.c. l'omessa pronuncia su un profilo della controversia devoluta in appello, qualora la ragione di siffatta omissione risulti causalmente riconducibile alla mancata percezione dell'esistenza e del contenuto di atti processuali” (Consiglio Stato, sez. V, 17 settembre 2009, n. 5552), con ciò definitivamente superandosi il più restrittivo, pregresso orientamento, secondo cui l'omessa pronuncia su censure o motivi di impugnazione costituisce tipico errore di diritto per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato e, pertanto, non è deducibile in sede di revocazione (Consiglio Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6865)»<sup>62</sup>.

Secondo questi sviluppi giurisprudenziali, pertanto, l'omessa pronuncia, che in via di principio va fatta valere come errore di diritto, può rilevare come errore di fatto quando sia eziologicamente connessa a un difetto percettivo delle risultanze processuali, sicché sussiste un legame assai stretto fra errore di fatto e omessa pronuncia, perché l'una non può darsi senza l'altro. Si tratta d'intendersi, allora, quando sia possibile parlare di omessa pronuncia derivante da errore di fatto, ma qui la casistica è – ovviamente – la più varia. Merita ricordare, tuttavia, due recenti pronunce della quarta sezione del Consiglio di Stato (di identico contenuto)<sup>63</sup>, che hanno qualificato omessa pronuncia determinata da errore di fatto revocatorio il mancato promovimento di una questione pregiudiziale eurounitaria, nonostante la specifica domanda d'una delle parti. Nella specie, il giudice aveva considerato la domanda<sup>64</sup>, ma, «nella lettura del contenuto

59. Cass. civ., sez. II, 20 giugno 2008, n. 16966.

60. Cass. civ., sez. VI, 21 luglio 2011, n. 16003 (ord.).

61. Cons. Stato, sez. III, 7 febbraio 2018, n. 782, ma con la precisazione che l'art. 112 cpc «è applicabile al processo amministrativo con il correttivo secondo il quale l'omessa pronuncia su un vizio del provvedimento impugnato deve essere accertata con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare gli aspetti formali, cosicché essa può ritenersi sussistente soltanto nell'ipotesi in cui risulti non essere stato esaminato il punto controverso e non quando, al contrario, la decisione sul motivo d'impugnazione risulti implicitamente da un'affermazione decisoria di segno contrario ed incompatibile». Vds. anche Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2019, n. 1541, nonché Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5805, cit. («non costituisce motivo di revocazione per omessa pronuncia il fatto che il giudice, nell'esaminare la domanda di parte, non si sia espressamente pronunciato su tutte le argomentazioni poste dalla parte medesima a sostegno delle proprie conclusioni» (cfr. Cons. Stato, ad. plen. 10 gennaio 2013, n. 1). E ciò in quanto l'omessa pronuncia su un vizio deve essere accertata con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare gli aspetti formali (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4774)»).

62. Cons. Stato, sez. IV, 5 novembre 2018, n. 6246. Già prima, ad. plen., 22 gennaio 1997, n. 3, che ha inaugurato un indirizzo più largheggiante in materia di errore di fatto.

63. Cons. Stato, sez. IV, 26 aprile 2018, nn. 2530 e 2531.

64. È, questo, un elemento differenziale rispetto a quanto statuito nella già ricordata sentenza Cons. Stato, ad. plen., n. 3 del 1997, nella

*materiale dell'atto, ha sostituito una questione (quella effettivamente postagli con l'istanza di rimessione) con un'altra (del tutto diversa)», sulla quale si è pronunciato negativamente, sicché l'errore è stato determinato da un materiale abbaglio nella lettura degli atti di causa. Potremmo dunque dire che la parte è uscita a fiori, ma il giudice ha risposto (a) picche, ma non sulla base di una certa interpretazione o valutazione delle difese, bensì – semplicemente – per una viziata percezione degli scritti difensivi: «Le due questioni» (quella posta dalla parte e quella ipotizzata dal giudice), «come rispettivamente poste e quali emergono dalla sentenza e dagli atti e dai documenti processuali, divergono in senso assoluto, sia in relazione alla loro esistenza, che al loro significato letterale». Va detto, peraltro, che il confine fra interpretazione e percezione delle difese in giudizio è assai sottile e che, probabilmente, arresti di questo tipo saranno l'eccezione e si potranno e dovranno avere solo nelle ipotesi più evidenti di abbaglio del giudice.*

Infine, va osservato che, essendo censurabile in revocazione solo l'omissione di pronuncia determinata da errore di fatto, anche ove sia proprio l'omissione il vizio censurato, il giudizio per revocazione si articolerà come sempre in una fase rescindente e in una fase rescissoria, i cui limiti sono ancora incerti, perché, se è vero che «svelato l'errore di fatto e individuata la parte della sentenza impugnata da rescindersi in quanto viziata dall'errore stesso, il successivo giudizio rescissorio, riguardante la modificazione di detta sentenza, deve avere per oggetto solo le parti di essa che sono state rescisse e quelle che ne dipendono»<sup>65</sup>, non è meno vero che «la natura del giudizio revocatorio in fase rescissoria consiste nella sostanziale rinnovazione del complessivo percorso argomentativo logico-giuridico che condurrà alla decisione del casus concreto: quindi, del giudizio contenuto nella sentenza revocata, e non già di singole parti di essa»<sup>66</sup>. Per

evitare problemi applicativi di questi principi, a mio avviso, è necessario che il vincolo di dipendenza che lega le parti rescisse alle altre sia accertato con particolare rigore, per evitare che quello per revocazione si trasformi in un terzo grado di giudizio<sup>67</sup>.

Ovviamente, gli effetti del riconoscimento del vizio di omessa pronuncia sono diversi nel giudizio per cassazione e in quello amministrativo di appello, perché il Consiglio di Stato (producendo il gravame l'effetto devolutivo del sindacato sul merito della controversia) non incontra gli stessi limiti del giudice della (sola) legittimità, che può facilmente essere costretto a limitare la fase rescissoria alla pronuncia di rinvio al giudice del merito<sup>68</sup>.

#### 4.2. Il confine con la fuoriuscita dalla stessa funzione giurisdizionale

Verso l'alto, la frontiera dell'errore di diritto coincide con la fuoriuscita dalla funzione giurisdizionale. La questione si è posta, soprattutto, in riferimento al tema della responsabilità civile del giudice e a quello dell'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni del legislatore. È su questo terreno che si rinvengono le tracce più chiare delle incertezze della giurisprudenza, che oscilla tra convinimenti più rigorosamente anticreazionisti e pericolose tentazioni creazioniste (sia pure nella forma del creazionismo moderato). Due recentissime e alquanto complesse pronunce delle sezioni unite della Corte di cassazione consentono di fare il punto.

i) La prima<sup>69</sup> è la più prudente e convincente, ma la vicenda che essa ha (tutto sommato, felicemente) definito testimonia che il vero e proprio *Kulturkampf* che è in atto sulla natura dell'attività interpretativa del giudice è lungi dall'essersi concluso e che, anche in giurisprudenza, la tentazione del cedimento alla dottrina della creazione della norma da parte del giudice

---

quale la considerazione della domanda (allora, invero, si trattava di un'eccezione di inammissibilità) mancava del tutto, sia nel dispositivo che nella parte motiva della sentenza.

65. Cass. civ., sez. lav., 13 dicembre 2016, n. 25560.

66. Cons. Stato, sez. IV, 18 luglio 2018, nn. 4375 e 4376.

67. Il *caveat* frequentemente formulato in giurisprudenza a tal proposito è condiviso in dottrina: *cf.*, ad esempio, A. Travi, *Nota a Cons. Stato, Ad. Plen.*, 22 gennaio 1997, n. 3, in *Foro it.*, 1997, III, p. 389.

68. «L'omessa pronuncia su una o più censure proposte con il ricorso giurisdizionale non configura un error in procedendo, tale da comportare l'annullamento della decisione, con contestuale rinvio della controversia al giudice di primo grado ex art. 105, comma 1, c.p.a., ma solo un vizio dell'impugnata sentenza che il giudice di appello è legittimato ad eliminare, integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo sul merito della causa; non rientrando l'omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado su un motivo del ricorso, nei casi tassativi di annullamento con rinvio, ne consegue che, in forza del principio devolutivo (art. 101, comma 2 c.p.a.), il Consiglio di Stato decide, nei limiti della domanda riproposta, anche sui motivi di ricorso non affrontati dal giudice di prime cure». Così Cons. Stato, sez. III, 7 febbraio 2018, n. 782, cit.

69. Cass. civ., sez. unite, 3 maggio 2019, n. 11747.

resta forte. Le sezioni unite, infatti, si sono pronunciate a seguito di un'ordinanza di rimessione<sup>70</sup> con la quale si chiedeva di pronunciarsi sulla «*questione se il discrimine tra attività di interpretazione (coperta dalla clausola di salvaguardia)*», di cui all'art. 1, comma 2, l. n. 117/1988, «*e inescusabilità della grave violazione di legge (fonte di responsabilità civile dello Stato) venga in rilievo soltanto nel caso in cui l'attività del Giudice si rifletta direttamente sull'enunciato della disposizione normativa, traendone un significato (secondo il differente livello di chiarezza e precisione che questa esibisca), ovvero anche nel caso in cui si rifletta solo indirettamente su tale enunciato in quanto il significato risulti "già" enucleato costituendo il portato di una elaborazione giurisprudenziale, volta alla interpretazione della norma di diritto, che assuma consistenza tale da rendere stabile una determinata applicazione della norma di diritto*». L'ordinanza, in definitiva, per quanto ribadisse che «*il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto*», lo faceva solo per un formale ossequio all'indirizzo giurisprudenziale prevalente, ma evidentemente contraddiceva quest'affermazione quando ipotizzava il sostanziale vincolo del giudice alla giurisprudenza consolidata, ponendo la «*questione di massima di particolare importanza*» della distinzione «*tra attività interpretativa insindacabile ed attività sussumibile nella fattispecie illecita, con specifico riferimento alla ipotesi della violazione di norma di diritto in relazione al significato ad essa attribuito da orientamenti giurisprudenziali da ritenere consolidati*».

Sia pure al termine d'un itinerario argomentativo forse eccessivamente elaborato, la risposta delle sezioni unite è stata correttamente negativa. I punti essenziali sono questi:

- a) l'attività valutativa e quella interpretativa del giudice sono ben distinte (si parla, infatti, del «*carattere fortemente valutativo dell'attività giudiziaria, connotata da scelte sovente basate su diversità di interpretazioni*»: par. 8.2.);
- b) è considerata abnorme l'interpretazione «*ai limiti del diritto libero*» (par. 8.3.)<sup>71</sup>;
- c) nella sua più propria essenza, «*l'esercizio della attività giurisdizionale (...) si estrinseca nella interpretazione delle norme*» (par. 9.3.);
- d) l'interpretazione è attività d'intellezione (infatti «*Solo l'attività che non può essere considerata prodotto del percorso intellettuale di interpretazione (e di valutazione) è assoggettabile a responsabilità*»: par. 9.6.);
- e) pur essendo l'interpretazione attività d'intellezione, anzi forse proprio per questo, «*l'errore del giudice è in certo qual modo fisiologico allo stesso svolgimento dell'attività giurisdizionale in quanto anche il giudicare è attività umana, come tale fallibile e limitata*» (par. 10.1.);
- f) «*L'area di responsabilità [del giudice] è quella (...) in cui la decisione appaia non essere frutto di un processo interpretativo ma contenga affermazioni ad esso non riconducibili, perché sconfinananti nel provvedimento abnorme, o nel diritto libero, e quindi, in quanto tali, caratterizzate da una negligenza ritenuta, prima ancora che inescusabile, come previsto dalla norma, inesplicabile*», come quando si opera una «*manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o, infine, lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero*» (par. 11.2.);
- g) l'attività del giudice non è immediatamente interpretativa, perché è preceduta da altre attività che, pur essendo intellettuali, non sono d'interpretazione, esistendo «*una attività giurisdizionale che si colloca a monte del vero e proprio processo interpretativo, attraverso una segmentazione del processo di analisi rispondente alla realtà, perché il processo di analisi della fattispecie che porta alla interpretazione, e poi alla decisione, si può scindere in diverse fasi logiche*» (par. 11.3.);
- h) tre tipi di errore possono presentarsi in questa fase prodromica, che – dunque – non è coperta dalla clausola di salvaguardia; precisamente, l'errore «*sulla errata individuazione della disposizione da applicare alla fattispecie concreta, ed in questo caso è un errore percettivo sul significante della disposizione, ovvero è un errore che cade sulla identificazione stessa della disposizione da applicare al caso concreto*» (par. 11.5.); quello che interviene quando «*non si associano alla fattispecie, correttamente inquadrata, gli effetti giuridici propri di quella disciplina (non le si associa nessuna disciplina, o le si associa una disciplina diversa, come nei casi in cui si applichi una pena detentiva per una ipotesi di reato che non la prevede, o che si applichi una pena superiore al massimo edittale)*. In questo caso, l'errore cade sulla applicazione della disposizione» (par. 11.6.); quello che «*consiste nella attribuzione di un significante impossibile, un non-significato, ovvero un significante che va*

70. Cass. civ., sez. III, 18 maggio 2018, n. 12215 (ord.).

71. Già prima, peraltro, quest'affermazione era diffusa. Vds, ad esempio, Cass. civ., sez. III, 7 aprile 2016, n. 6791.

oltre ogni possibile significato testuale traibile dalla disposizione. In questo caso si ha una scelta solo formalmente interpretativa, ma talmente svincolata dai parametri normativi da non essere ad essi riconducibile» (par. 11.7.);

- i) in tutti e tre questi casi, «non si tratta di scelte frutto di un consapevole processo interpretativo, ma di attività che non sono frutto del processo interpretativo stesso» (par. 11.11.), laddove, «se una disposizione può avere vari possibili significati, nessun significato, neanche quello più desueto e meno utilizzato, può esser fonte di responsabilità, purché si rimanga nell'ambito del possibile, ovvero della possibile scelta interpretativa» (par. 11.10.);
- l) il «discostarsi del giudice dal tracciato della precedente giurisprudenza di legittimità» non integra la «grave violazione di legge, determinata da negligenza inescusabile» (par. 13.1.), perché «il precedente giurisprudenziale, pur autorevole, pur se proveniente dalla Corte di legittimità e finanche dalle Sezioni unite, e quindi anche se è diretta espressione di nomofilachia, non rientra tra le fonti del diritto, e come tale non è direttamente vincolante per il giudice (salvo che, naturalmente, per il giudice di rinvio)» (par. 13.2.);
- m) «Diversamente opinando, si negherebbe la legittimità della stessa forza propulsiva della interpretazione giurisprudenziale, che vive nella sua evoluzione e nel superamento critico delle passate posizioni» (par. 13.2.);
- n) il principio del carattere non vincolante del precedente deve essere armonizzato «con l'esigenza di garantire l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale attraverso il ruolo svolto dalla Corte di Cassazione (...) e con la successiva affermazione delle stesse Sezioni Unite secondo la quale "l'interpretazione della legge fornita dalla Corte di cassazione (e massimamente dalle sezioni unite di essa) va tendenzialmente intesa come una sorta di oggettivazione convenzionale di significato" (Cass. S.U. ord. n. 23675 del 2014)» (par. 13.5.);
- o) il precedente di legittimità in materia processuale può essere derogato (con congrua motivazione) solo per «ottime ragioni», mentre quello relativo ad altri settori normativi solo per «buone ragioni» (par. 13.5.)<sup>72</sup>;
- p) in definitiva, «La norma giuridica trova propriamente la sua fonte di produzione nella legge (e negli atti equiparati)» e la soggezione del

giudice alla legge «impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto» (par. 13.6.);

- q) dalla necessità di assicurare al massimo l'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali, a fini di certezza «non può trarsi la conseguenza che il formante giurisprudenziale consolidato non possa essere contraddetto, se non andando incontro al rischio di una responsabilità civile. Una tale conseguenza non è ipotizzabile, perché il diritto vivente è esso stesso norma, frutto dell'interpretazione, vive nell'interpretazione e con essa può cambiare, sebbene abbia raggiunto un grado di stabilità che con maggiore difficoltà, e maggiore impegno demolitorio, può essere scalfito» (par. 13.15.).

In sintesi: per la Cassazione, legislazione e giurisdizione sono cose diverse e la creazione della norma è compito del legislatore, non del giudice, la cui soggezione alla legge preclude la qualificazione delle sue pronunce come fonti produttive di norme.

Dicevo che questa pronuncia va salutata con soddisfazione. Quelle della riserva della nomopoiesi al legislatore e dell'esclusione della natura creativa (di fonte, in senso proprio, di norme) della giurisprudenza sono affermazioni importanti e ampiamente argomentate. Convincente è anche la tesi che sia identificabile una porzione dell'attività del giudice che non coincide con quella interpretativa e – anzi – la precede. La prima affermazione, tuttavia, è accompagnata da ancillari osservazioni a mio avviso contraddittorie e la seconda, condivisibile in astratto, ha contenuti concreti che lasciano perplessi.

Quanto alla prima, è difficile ritenerla compatibile con l'accessoria affermazione che la disposizione, sottoposta a interpretazione, cambia natura, «divenendo norma» (par. 11.8.).

Quanto alla seconda, a mio avviso, vi sono certamente attività prodromiche a quella d'interpretazione in senso proprio (intendendo per "interpretazione" almeno l'ascrizione di un significato a un significante), ma non sono quelle identificate dalla sentenza in commento. Come osservavo già in altra occasione, prima dell'interpretazione occorre preliminarmente accertare che: a) si ha a che fare con segni linguistici; b) questi segni entrano a comporre qualcosa che sia definibile come un enunciato; c) si tratta di un enunciato propriamente normativo; c) la normatività dell'enunciato è la specifica normatività giuridica<sup>73</sup>. In definitiva, prima d'interpretare, l'operatore del di-

72. Non è chi non veda come questa distinzione fra "ottimi" e "buoni" motivi sia a dir poco evanescente.

73. M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, p. 419.

ritto deve procedere, nell'ordine, alla *decodifica* della bruta materialità percepita (cioè all'identificazione del codice applicabile), riconoscendo i segni in quanto segni; alla *decifrazione*, stabilendo che si tratta di segni organizzati in un enunciato; alla *qualificazione* dell'enunciato come specificamente normativo; all'*ulteriore qualificazione* dell'enunciato (già riconosciuto come normativo) quale enunciato affermativo di tipo giuridico, in quanto tale distinto da altri possibili enunciati normativi (come quelli della morale o della buona educazione)<sup>74</sup>.

Dubito assai, stando così le cose, che quanto la Cassazione ascrive all'attività preinterpretativa possa effettivamente e sempre collocarsi nello specifico momento logico in cui si resta "al di qua" del confine con l'interpretazione. Confini che, in realtà, sono segnati proprio dalle quattro procedure intellettive ora ricordate.

ii) La seconda pronuncia<sup>75</sup> tocca la delicata questione della trascrizione nei registri dello stato civile degli atti di nascita di minori generati a mezzo di maternità surrogata, con riconoscimento della cogenitorialità di due persone del medesimo sesso. Vedremo appresso (al par. 5) che il caso è risolto correttamente, ma le affermazioni di principio in tema di rapporti fra giurisdizione e legislazione lasciano assai perplessi.

L'esordio, invero, convince, perché le sezioni unite affermano che all'eccesso di potere giurisdizionale per invasione del campo della legislazione «questa Corte ha attribuito un rilievo eminentemente teorico, ritenendola configurabile soltanto qualora il giudice non si sia limitato ad applicare una norma giuridica esistente, ma ne abbia creata una nuova, in tal modo esercitando un'attività di produzione normativa estranea alla sua competenza». Il creazionismo giuridico sembra, dunque, radicalmente criticato. Subito dopo, però, si mette in dubbio «la possibilità di distinguere, nell'ambito del predetto iter [della decisione giudiziaria], l'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice da quella interpretativa a lui normalmente affidata: operazione, questa, piuttosto disagevole, in quanto, come la Corte ha già avuto modo di rilevare, l'interpretazione non svolge una funzione meramente euristica, ma si sostanzia nell'enunciazione della *regula juris* ap-

*plicabile al caso concreto, con profili innegabilmente creativi*». Il che significa, puramente e semplicemente, adesione al creazionismo moderato.

Altri esempi di un andamento oscillante, se non contraddittorio, della giurisprudenza non mancano. Basta pensare, tra le manifestazioni di un indirizzo più rigoroso, a un'altra pronuncia delle sezioni unite che è oggetto di frequenti richiami giurisprudenziali, nella quale si dice che «*La norma giuridica (...) trova propriamente la sua fonte di produzione nella legge (e negli atti equiparati), in atti, cioè, di competenza esclusiva degli organi del Potere legislativo*» e che il fenomeno dell'adeguamento diacronico della norma di legge «*per la sua complessità, esige la mediazione accertativa della giurisprudenza, che quindi lo disvela, ma non per questo lo crea*»<sup>76</sup>. O, ancora, al rilievo, da parte della Corte costituzionale, che una forzatura del testo normativo «*comporterebbe la consegna al giudice, organo designato all'esercizio della funzione giurisdizionale, di una funzione legislativa, in radicale contrasto con i profili fondamentali dell'ordinamento costituzionale*»<sup>77</sup>. Per converso, in altra pronuncia delle sezioni unite (in tema di *overruling* processuali)<sup>78</sup>, si esordisce – correttamente – movendosi nel solco dell'indirizzo comune e affermando che «*la giurisprudenza assolve (...) a una funzione meramente dichiarativa, intesa a riconoscere l'esistenza e l'effettiva portata del diritto già posto (art. 101 Cost., comma 2), con esclusione formale di un'efficacia direttamente creativa di esso*», ma si conclude opinando che «*l'"affidamento" riposto nel significato "letterale" della disposizione, cui conseguirebbe un'unica risposta decisionale considerata "esatta", quindi prevedibile in senso proprio, si scontra con la constatata complessità dei processi interpretativi, il cui esito è il prodotto della funzione nomopoietica distribuita tra tutti i soggetti dell'ordinamento, continuamente alimentata dal dibattito processuale del giudice con e tra le parti*». Ebbene: si tratta di affermazione condivisibile laddove nega che d'interpretazione se ne dia sempre una e una sola ("esatta") e che, tuttavia, risulta contraddittoria con l'esordio laddove (riesumata quella distinzione fra disposizione e norma che, come subito vedremo, è alla base del creazionismo) parla di una nomopoiesi dif-

74. *Ivi*, pp. 419 ss. Concetti solo in parte analoghi in P. Amsselek, *L'interprétation à tort et à travers*, in *Id.* (a cura di), *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 12.

75. Cass. civ., sez. unite, 8 maggio 2019, n. 12193.

76. Cass. civ., sez. unite, 11 luglio 2011, n. 15144.

77. Sentenza n. 230 del 2012.

78. Cass. civ., sez. unite, 12 febbraio 2019, n. 4135. Su questo delicato tema, nel quale la questione dell'impossibilità di riconoscere alle pronunce giurisdizionali la qualifica di "fonti" emerge a tutto tondo, mi permetto di rinviare a M. Luciani, *Diritto giurisprudenziale e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, n. 12/2019, pp. 356 ss.



fusa, così implicando una funzione creativa (poietica del *nómos*, appunto) in capo al giudice.

In definitiva, abbiamo non pochi arresti dai quali emerge che l'attività di interpretazione (che poi è quella che maggiormente rileva nell'analisi della questione dell'errore di diritto) è correttamente concepita come attività cognitiva, ma non mancano segnali di significativi cedimenti agli assunti del creazionismo giuridico moderato e, sul piano dell'effettiva pratica giudiziaria, qualunque operatore del diritto potrebbe rendere testimonianza di qualche concreto *déravage* creazionista. Si tratta di una partita ancora aperta, di un *Kulturkampf*, dicevo, ancora in corso e del quale è difficile cogliere la fine.

È probabile che le oscillazioni e gli equivoci dipendano dalla complessità dell'attività del giudice e dall'oggettiva difficoltà di tenere correttamente distinti i suoi vari aspetti. È indubbio che, in tutte le occasioni in cui la legge gli lascia margini di apprezzamento, il giudice debba compiere atti di volizione e non di cognizione (per quanto si tratti pur sempre di atti non arbitrari, ma orientati da paradigmi normativi). La questione, però, è se sia logicamente postulabile (e legittimamente esercitabile) un momento non solo volitivo, ma specificamente creativo *nell'attività di interpretazione*, che è la parte essenziale dell'attività giurisdizionale. Come ha correttamente osservato Luigi Ferrajoli, «Siamo tutti d'accordo sugli ampi spazi di discrezionalità interpretativa che intervengono nella giurisdizione: sul fatto che questa discrezionalità è inevitabile, a causa del carattere linguistico dei testi normativi che di solito ammettono più interpretazioni, e sul fatto che essa è oggi cresciuta enormemente a causa del dissesto, quantitativo e qualitativo, della legislazione, ma questo non basta per negare il carattere cognitivo dell'interpretazione»<sup>79</sup>. Invece, anche per le ragioni cui accenneremo a breve, *l'interpretazione* è, in sé, un momento *cognitivo*, non volitivo e, tanto meno, creativo<sup>80</sup>. Suddividere l'attività interpretativa in due distinte modalità, parlando di

interpretazione cognitiva e di interpretazione decisoria, come fa una nota dottrina<sup>81</sup>, alimenta gravi equivoci. Quando s'interpreta, si *conosce*. E sebbene il processo interpretativo debba svolgersi entro le coordinate segnate dalla necessaria attualizzazione e contestualizzazione del disposto normativo<sup>82</sup>, necessaria per assicurare la «provvida corrispondenza tra forme giuridiche e dinamiche dell'esperienza»<sup>83</sup>, l'interprete ha l'obbligazione di identificare l'interpretazione «più» plausibile fra le molteplici (inevitabilmente) plausibili, obbligazione che è adempiuta nel dominio della cognizione, non in quello della volizione. Non l'interpretazione, ma l'attività giurisdizionale nel suo complesso può vedersi articolata in momenti cognitivi e in momenti decisionali, sicché non ha senso proiettare sull'interpretazione qualificazioni che non la riguardano affatto<sup>84</sup>.

Al di là delle incertezze che ho segnalato, tuttavia, la giurisprudenza sembra ancora largamente immune dal creazionismo (specie da quello integrale) e non è stata travolta dalle idee distruttive affermatesi in una parte significativa della dottrina.

## 5. La diffusa contestazione della natura cognitiva dell'interpretazione

È una fortuna che le dichiarazioni di principio attualmente prevalenti in giurisprudenza siano orientate nel senso che s'è descritto. È una fortuna, perché in dottrina è diffusa (e, in alcune discipline, addirittura egemone) l'opinione opposta, che la creazione della norma giuridica sfugga al legislatore, essendo invece imputabile all'interprete e, in particolare, a quell'interprete qualificato che chiamiamo «giudice».

Alla base di questa ipotesi sta la distinzione – elaborata, in Italia, soprattutto da Vezio Crisafulli – fra disposizione e norma<sup>85</sup>, distinzione che sembra ai più talmente ovvia da non poter più essere messa minima-

79. L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo*, op. cit., pp. 10 ss.

80. In questo senso, correttamente, L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia – Teoria del diritto*, vol. I, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 881.

81. Lo ribadisce, da ultimo, R. Guastini, *Prima lezione sull'interpretazione*, Mucchi, Modena, 2019, pp. 13 ss.

82. Mi permetto di rinviare ancora a M. Luciani, *Interpretazione conforme*, op. cit., spec. pp. 436 ss.

83. Sono parole di P. Grossi, *Costituzionalismi tra “moderno” e “pos-moderno”. Tre lezioni suor-orsoliniane*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 81. Sono sovente in dissenso dalle posizioni pur finemente argomentate da Paolo Grossi. Non, però, su questo punto.

84. Diversa l'impostazione di L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo*, op. cit., p. 21, secondo il quale sarebbe scontato che «nella cognizione giudiziaria intervengono decisioni», cioè veri e propri atti di volontà. Nessuno può escludere che ciò avvenga in pratica, ma lo statuto teorico dell'interpretazione, a mio avviso, l'esclude, perché è pur sempre cognitivo (sebbene non condotto solo secondo le regole della logica formale) l'approdo cui perviene chi, identificate più interpretazioni plausibili, deve indicare (non “scegliere”) quella che l'è maggiormente.

85. Vds., in particolare, V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 196.

mente in discussione<sup>86</sup>. È proprio sulla base di questa premessa (apparentemente) logica che il creazionismo giuridico costruisce il rapporto tra fatto e diritto (intendendo: diritto scritto) presupponendo la sostanziale insignificanza del secondo in difetto del primo<sup>87</sup>. Lo mostra bene la separazione logica proposta da Gustavo Zagrebelsky fra interpretazione dottrinale e interpretazione giudiziale. La prima non si legherebbe direttamente al fatto; tuttavia, procedendo «dal diritto al caso», da questo non potrebbe comunque prescindere, sebbene attraverso una sua «concettualizzazione ipotetica»<sup>88</sup>, cui – mi sembra di capire – l'interprete non potrebbe mai sottrarsi. Lo sforzo interpretativo del giudice, invece, sarebbe con il fatto in rapporto immediato, perché «il caso è la molla che lo mette in moto e dà la direzione. Dal caso – si dice – l'interprete procede e ad esso ritorna, in un procedimento circolare (il “circolo interpretativo”) di riconduzione bipolare»<sup>89</sup>.

Nonostante l'*auctoritas* di Crisafulli, il fondamento della distinzione fra disposizione e norma appare assai fragile, anzi inconsistente. Sintetizzando (e selezionando) all'estremo cose già dette in altra sede<sup>90</sup>, mi limito a osservare che:

- a) se la disposizione fosse solo un enunciato bisognoso d'interpretazione, si dovrebbe spiegare perché non valga lo stesso per l'enunciato interpretante nel quale si risolve la pronuncia giurisdizionale<sup>91</sup>;
- b) poiché una simile spiegazione non è possibile, la distinzione conduce a negare la possibilità stessa di una enunciazione della norma, che sarebbe sempre rinviata all'infinito<sup>92</sup>;

- c) il *regressus* (o *progressus*) *ad infinitum* non è evitabile con il richiamo al “diritto vivente” (che porrebbe fine alla rincorsa), non foss'altro perché non sempre un diritto vivente si matura (o resta immutato) e, comunque, non è dato intendere cosa ne sia delle norme prima della sua maturazione<sup>93</sup>;
- d) in quanto enunciati, anche le sentenze sono necessario oggetto d'interpretazione<sup>94</sup>, sicché il *regressus* è logicamente implicato dalla loro stessa natura;
- e) non si comprende dove potrebbe risiedere, nelle sentenze, l'enunciato contenente la norma, perché la sola parte prescrittiva della sentenza è il dispositivo, mentre la motivazione ha un contenuto descrittivo<sup>95</sup>;
- f) plurimi dati di diritto positivo escludono che il giudice possa considerarsi creatore della norma<sup>96</sup>, dati dei quali il principale è la soggezione del giudice alla legge *ex art. 101 Cost.*, soggezione che sarebbe mera autobbligazione (incompatibile con la logica e con la storia dello Stato di diritto) se la norma fosse creazione del giudice<sup>97</sup>;
- g) se la norma fosse creata dal giudice, non si capirebbe cosa mai sia (e quale efficacia ordinante dei comportamenti umani possa mai avere) la previsione normativa prima del suo intervento<sup>98</sup>;
- h) la norma, secondo Crisafulli, non potrebbe mai essere attinta se non nel confronto con le altre norme, ma se la norma è oggetto di creazione giudiziale non abbiamo alcun criterio per stabilire quali siano tali “altre” norme con le quali operare il confronto<sup>99</sup>;

86. Anche alcuni che, correttamente, affermano la natura cognitiva dell'interpretazione giuridica la danno per scontata: *cfr.*, in particolare, L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo*, *op. cit.*, p. 11.

87. «Il predicato di normatività appartiene non al testo (...), ma al suo significato», ha scritto un autorevole magistrato, Antonio Lamorgese, in un saggio non casualmente intitolato *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2016, pp. 115-128, [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2016-4\\_09.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-4_09.pdf).

88. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 40; *Id.*, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 176.

89. G. Zagrebelsky, *La giustizia*, *op. cit.*, p. 41; analogamente, *Id.*, *La legge*, *op. cit.*, p. 175.

90. Vds., ancora, M. Luciani, *Interpretazione conforme*, *op. cit.*, spec. pp. 399 ss.

91. *Ivi*, p. 401.

92. *Ibid.*

93. *Ivi*, p. 407.

94. *Ivi*, p. 403.

95. *Ivi*, p. 407.

96. *Ivi*, pp. 409 ss.

97. *Ivi*, p. 403.

98. *Ivi*, p. 415.

99. *Ivi*, p. 418.

- i) l'enunciato normativo è, in realtà, enunciazione di un enunciato, già ricco di determinazioni di contesto, né deve attendere la propria immersione nella dialettica giudiziaria per acquisirle<sup>100</sup>;
- l) poiché la norma non è creazione del giudice, essa deve preesistere al suo intervento, con la conseguenza che le proposizioni normative vanno considerate oggetto di atti cognitivi, non semplici pretesti di atti volitivi<sup>101</sup>.

Non è questa la sede per svolgere più ampiamente tali considerazioni critiche. Non posso non osservare, però, che i sostenitori del creazionismo giuridico non s'avvedono che esso piazza nel cuore stesso dello Stato di diritto un cuneo distruttivo. Vero è ciò che è *a-lethés*, ciò che non si nasconde<sup>102</sup>, ciò che – dunque – è conoscibile. Se la norma non fosse il frutto di un atto cognitivo (o, peggio, se non potesse mai nemmeno esser “detta”, a causa del fatale *regressus ad infinitum*), il diritto perderebbe ogni pretesa di verità, quindi ogni pretesa di consenso e ogni pretesa ordinante dotata di legittimità<sup>103</sup>. In una condizione di *a-nomia*, nessun potere può essere legittimo. Non è forse l'assenza del *nómos* uno dei tratti costitutivi della tirannide, cioè del potere illegittimo *par excellence*<sup>104</sup>? E questa *a-nomia*, proprio in ragione del difetto di legittimazione che determina, non porta con sé il rischio concreto dello scivolamento in una condizione di *an-archia*?

Può sembrare un quadro a tinte troppo fosche, ma come non coglierne i tratti in un mondo del diritto che, negli ultimi quarant'anni, con la multipli-

cazione dei livelli ordinamentali, si è voluto appositamente costruire come privo di centro, di vertice e – dunque – di “governo”? È stato autorevolmente scritto, ad esempio, che «l'effettiva tutela della persona deve superare le divergenze, ed anche le ripartizioni di competenze tra le corti»<sup>105</sup>, ovvero che, «ambientando le relazioni tra la Convenzione [europea dei diritti dell'uomo] (e, generalizzando, ogni altra Carta dei diritti) e la Costituzione (e l'intero diritto interno) non già al piano teorico-astratto ma tornando a riguardarle in vivo o in concreto, al piano della teoria della interpretazione, ci si avvede che nessuna aprioristica sistemazione di stampo piramidale può trovare giustificazione alcuna, le Carte giocandosi piuttosto ogni volta la partita alla pari e trovandosi sollecitate ad offrire sul mercato dei diritti la mercanzia migliore di cui dispongono al fine di accattivarsi i favori dei potenziali acquirenti»<sup>106</sup>. Proprio così, però, si dimostrano le conseguenze ultime della posizione qui criticata: la disgregazione d'ogni certezza fondata sulla cognizione e l'abbandono al puro arbitrio della volizione tesa a rendere giustizia nel caso singolo<sup>107</sup>. La giustizia del caso singolo, però, è la giustizia non a caso prediletta, come ben spiegava Calamandrei, dai regimi totalitari<sup>108</sup>, che proprio della sovrapposizione fra diritto e morale si valgono per giustificare ogni possibile forzatura delle leggi motivata dalla necessità di raggiungere i loro scopi generali. Le posizioni alla Radbruch<sup>109</sup>, che con ottime intenzioni (ma con pessimi risultati)<sup>110</sup> criticano il positivismo giuridico e contestano la giuridicità delle norme dei regimi totalitari invocan-

100. *Ivi*, p. 421.

101. *Ivi*, p. 429.

102. L'evidente etimologia è da “*a-lanthano*”.

103. Il grande bisogno di verità che s'avverte nel discorso pubblico è messo opportunamente in luce, di recente, da F. D'Agostini e M. Ferrera, *La verità al potere. Sei diritti aletici*, Einaudi, Torino, 2019.

104. G. Giorgini, *La città e il tiranno. Il concetto di tirannide nella Grecia del VII-IV secolo a.C.*, Giuffrè, Milano, 1993, *passim*.

105. G. Alpa, *Il ruolo nomofilattico della cultura giuridica*, in Aa.Vv., *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni. Corte Suprema di cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 138.

106. A. Ruggeri, *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in *Consulta online*, n. 1/2019, p. 176.

107. Formalmente più cauta la posizione di M. Ruotolo, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in questa *Rivista online*, 22 ottobre 2018, [www.questionegiustizia.it/articolo/quando-il-giudice-deve-fare-da-se-22-10-2018.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/quando-il-giudice-deve-fare-da-se-22-10-2018.php), laddove afferma che «neppure l'esigenza di rendere il testo legislativo compatibile con i principi costituzionali potrebbe giustificare una “torsione” dell'enunciato oltre il suo possibile orizzonte di senso». Formalmente, ripeto, perché le premesse da cui questo Autore prende le mosse (la distinzione fra disposizione e norma, il circolo ermeneutico, etc.) sono esattamente le stesse del creazionismo giudiziario e non consentono di tracciare una linea ferma tra interpretazione conforme a Costituzione e disapplicazione della norma di legge (che, invece, è l'obiettivo che l'Autore persegue).

108. P. Calamandrei, *Processo e democrazia*, *op. cit.*, pp. 52 ss.

109. Mi riferisco, ovviamente, a G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *SJZ*, 1946, pp. 105 ss.

110. B. Ruthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Mohr-Siebeck, Tübinga (trad. it. di G. Stella, *La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, Mucchi, Modena, 2018, pp. 78 ss.) avanza

do argomenti morali, in realtà non fanno altro che utilizzare gli stessi argomenti del nemico e alla loro logica pericolosamente si piegano<sup>111</sup>.

La recentissima sentenza delle sezioni unite sulla cogenitorialità *same sex* a seguito di ricorso alla maternità surrogata<sup>112</sup>, le cui affermazioni in tema d'interpretazione si sono prima contestate, offre stavolta spunti almeno in parte condivisibili quanto ai confini dell'attribuzione in via giudiziale di diritti non previsti dal legislatore. Premesso che il limite dell'ordine pubblico al riconoscimento dell'efficacia di una sentenza straniera deve essere ricostruito non solo sulla base della Costituzione e delle fonti internazionali, ma anche sulla base «della normativa ordinaria, quale strumento di attuazione dei valori consacrati nella Costituzione»<sup>113</sup>, le sezioni unite ammettono che il divieto di maternità surrogata è stato imposto «nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione»<sup>114</sup> ed escludono che la coppia omosessuale che abbia tentato di aggirare il divieto di maternità surrogata praticandola all'estero abbia diritto al riconoscimento del rapporto genitoriale. Un arresto assai opportuno, che fa valere il testo della Costituzione e la logica della legislazione vigente, opponendosi alla diffusa tendenza a trovare a tutti i costi un fondamento dei diritti, comunque rivendicati.

Come si vede, il creazionismo moderato non conduce alle conseguenze estreme di quello integrale e ancora consente di rintracciare la trama che lega la Costituzione alla sua attuazione legislativa, senza pretendere di confondere con questa complessa ope-

razione politica l'applicazione che della Costituzione fa il giudice<sup>115</sup>. Resta, però, una posizione teorica criticabile e rischiosa, alla quale va opposta con fermezza la resistenza – che non esito a chiamare catecontica – dell'anticeazionismo.

## 6. Le plurime aporie del creazionismo giuridico

Al di là del difetto di saldezza concettuale delle sue premesse e della gravità sistemica delle sue conseguenze, peraltro, il creazionismo, integrale o moderato che sia, mostra anche il segno di contraddizioni evidenti. Esso, infatti, alla prova dell'applicazione alle molteplici vicende dell'esperienza giuridica, nega regolarmente se stesso, suggerendo soluzioni ricostruttive e operative che prescindono totalmente dagli assunti teorici di partenza. Vedremo subito per quali aspetti si manifesti questa incoerenza, ma si può osservare sin d'ora che, per quanto sia comune ai giuristi l'operare per finzioni, ragionando “come se” e mettendo in pratica – magari inconsapevolmente – i dettami della vaihingeriana filosofia dell'*als-ob*<sup>116</sup>, non è socialmente sopportabile una costruzione teorica che, dopo aver preteso di rivelare al mondo intero che “il re è nudo”, finisce poi per far finta che, invece, egli sia vestito di tutto punto. Si è scritto esattamente che, a ragionar come fanno i teorici del creazionismo, l'interpretazione sarebbe «risolvibile in un gioco linguistico sostanzialmente “anomico”», dal quale deriverebbe «un fatale Grande Inganno in cui i giuristi sarebbero coinvolti (più o meno *obtorto collo*)»<sup>117</sup>. Ma si tratta di un “Grande Inganno” che non po-

---

la non peregrina ipotesi che, addossando al positivismo tutte le responsabilità dell'applicazione delle leggi naziste, la tesi di Radbruch abbia favorito l'autoassoluzione di chi – invece – operò per la loro massima espansione attraverso metodi assiologici e antipositivisti.

111. Ne dicevo già in M. Luciani, *Il “giusto” processo amministrativo e la sentenza amministrativa “giusta”*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 36 ss.

112. Si tratta della già citata sentenza Cass. civ., sez. unite, 8 maggio 2019, n. 12193.

113. V'è, dunque, «la conseguente necessità di tener conto, nell'individuazione dei principi di ordine pubblico, del modo in cui i predetti valori si sono concretamente incarnati nella disciplina dei singoli istituti».

114. Correttamente, peraltro, si aggiunge che, al fine di tener conto dell'interesse del minore, l'ossequio prestato al divieto di maternità surrogata «non esclude (...) la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dalla L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d)».

115. Sulle differenze fra attuazione e applicazione, mi permetto di rinviare a M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. Brunelli e G. Cazzetta (a cura di), *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale”? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, collana *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 103, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 31 ss.

116. H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob*, Meiner, Lipsia, 1922, trad. it. di F. Voltaggio, *La filosofia del “come se”*, Ubaldini, Roma, 1967. Sul tema delle finzioni giuridiche, nella letteratura italiana, vds. lo sguardo d'insieme di E. Olivito, *Contributo allo studio delle finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

117. Così A. Vignudelli, *Come un post scriptum. “Interpretazione e Costituzione” tra Prequel e Sequel*, in G. Maniaci - G. Pino - A. Schiavello (a cura di), *Costituzione, argomentazione, democrazia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 14/2014, rispettivamente pp. 1027 e 1017-1018 ([www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2014\\_n14/29-studi\\_Vignudelli.pdf](http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2014_n14/29-studi_Vignudelli.pdf)), ma vds. anche E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 534.

trebbe essere a lungo tollerabile né dagli altri attori del sistema istituzionale né dagli utenti del servizio giustizia. È per questo che trovo autolesionistici i cedimenti al creazionismo che, di tanto in tanto, s'avvertono in qualche pronuncia giudiziale: quale mai legittimazione pei propri *dicta* potrebbe invocare il giudice se la norma non fosse preesistente alla sua azione ma ne fosse (sia pure *pro parte*, come vuole il creazionismo moderato) il prodotto? Quale mai giustificazione potrebbe egli costruire del ruolo sociale di chi è divenuto titolare di una pubblica funzione perché selezionato per concorso e in base alla sua conoscenza (conoscenza!) del diritto positivo se questi, una volta entrato in possesso del suo *munus*, fosse improvvisamente chiamato sia a esercitarsi nella nomopoiesi, sia a praticare un magistero morale? Il rischio che, in questo modo, corre la giurisdizione è mortale e mi sorprende sempre molto quando il creazionismo giuridico fa breccia nella cultura dei magistrati: a prescindere dall'errore teorico che è sotteso a questa posizione, infatti, quel che la segna irrimediabilmente è la cancellazione, pura e semplice, della funzione sistemica dell'attività giurisdizionale<sup>118</sup>. Gli amici della giurisdizione *non* sono quelli che ne esaltano la potenza creatrice, ma coloro che tengono ferma la distinzione fra *legis-latio* e *iuris-dictio*...

Ma vediamo i segnali più chiari del difetto di coerenza della dottrina qui contestata.

*i) La divisione dei poteri.*

Il creazionismo giuridico non nega la divisione dei poteri. Lo stesso Crisafulli, cui – come s'è visto – quella dottrina, almeno in Italia, *in limine* si aggancia, criticava sì la tripartizione tradizionale, ma solo perché essa «è ben lungi dall'esaurire la gamma delle manifestazioni del supremo potere statale, suscettibili di configurarsi, oggettivamente e soggettivamente, come altrettanti distinti poteri»<sup>119</sup>, con ciò solo dando per scontata la necessità e correttezza della distinzione.

Solo nelle versioni più estreme la divisione dei poteri è stata coerentemente negata. È quanto ha fatto, in particolare, la ricostruzione kelseniana della nomopoiesi, nella quale legislazione e giurisdizione si distinguono solo perché la prima è intesa come «attività di posizione della norma giuridica generale» e la seconda come «attività di posizione della norma giuridica individuale»<sup>120</sup>, con la conseguenza che «anche il giudice produce diritto e quindi è anch'egli relativamente libero, nell'esercizio di questa funzione»<sup>121</sup>. Questa tesi, tuttavia, se rifulge per logica coerenza, da un lato si espone alla corrosiva critica schmittiana dell'impossibilità, con simili premesse, non solo di fondare un sistema di controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi, ma anche uno Stato di diritto<sup>122</sup>; dall'altro si scontra con il diritto positivo, che una divisione dei poteri (ormai in qualunque costituzione democratica contemporanea) la riconosce, costruendoci sopra l'intero edificio della forma di governo. Stato di diritto, divisione dei poteri, garanzia delle libertà e osservanza dei confini fra legislazione e giurisdizione grazie al rispetto della lettera della legge vanno di pari passo, come Adam Smith aveva ben inteso già duecentocinquanta'anni fa: «*I had observed another thing which greatly confirms the liberty of the subjects in England. – This was the little power of the judges in explaining, altering, or extending or correcting the meaning of the laws, and the great exactness with which they must be observed according to the literall meaning of the words, of which history affords us many instances*»<sup>123</sup>.

*ii) Il sistema delle fonti del diritto.*

Se le sentenze fossero davvero atti-fonte<sup>124</sup>, la loro successione nel tempo dovrebbe essere regolata dal criterio che comunemente consente di risolvere questo tipo di antinomie quando insorgono tra fonti equiordinate, cioè dal criterio cronologico: si tratta di

118. Pone correttamente (anche) in termini di legittimazione della giurisdizione la questione del creazionismo giuridico L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in questa Rivista trimestrale, n. 4/2016, p. 16, [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2016-4\\_03.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-4_03.pdf).

119. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale – L'ordinamento costituzionale italiano*, vol. II, Cedam, Padova, 1984, p. 419.

120. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlino, 1925, trad. it. di J. Luther ed E. Daly, *Dottrina generale dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 526.

121. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Vienna, 1960, trad. it. di M.G. Losano, *Dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 386.

122. C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Duncker & Humblot, Berlino, 1996 (prima edizione: 1931), p. 36: occorre ribadire, ammoniva Schmitt, «*daß es keinen bürgerlichen Rechtsstaat ohne unabhängige Justiz, keine unabhängige Justiz ohne inhaltliche Bindung an ein Gesetz, keine inhaltliche Bindung an das Gesetz ohne sachliche Verschiedenheit von Gesetz und Richterspruch gibt*».

123. A. Smith, *Lectures on Jurisprudence*, a cura di R.L. Meek - D.D. Raphael - P.G. Stein, collana *The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith*, vol. V, Liberty Fund, Indianapolis (IN), ristampa dell'edizione del 1978 (Oxford University Press, Oxford), *Lecture* del 10 marzo 1763, vol V, par. 15, p. 275.

124. Cfr., per tutti, A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca – Disposizioni sulla legge in generale*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2011, pp. 536 ss. e 705 ss. (i precedenti giudiziari sarebbero fonti-fatto: *Id.*, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VI, Utet, Torino, 1991, p. 413).

una conseguenza logicamente indefettibile, per quanto trascurata dall'opinione qui criticata<sup>125</sup>. La norma "creata" dalla sentenza #1, pertanto, dovrebbe dichiararsi abrogata al sopravvenire della sentenza #2, e via discorrendo. Si tratterebbe, però, di un meccanismo a dir poco irrazionale, perché, nell'ipotesi in cui la sentenza #3 tornasse all'interpretazione avanzata dalla sentenza #1, dovremmo parlare o di abrogazione tacita o di abrogazione espressa con reviviscenza della norma abrogante, il che è palesemente assurdo (cosa accadrebbe qualora, come è sovente il caso, più sentenze, contemporaneamente, seguissero indirizzi contrastanti? Avremmo abrogazioni e reviviscenze a macchia di leopardo o a singhiozzo?). Né varrebbe replicare che la *vis abrogans* si dispiegherebbe appieno solo a seguito della maturazione di un indirizzo consolidato o addirittura "definitivo" (per riprendere la formula della nota sentenza Corte cost., n. 49/2015)<sup>126</sup>. Infatti: a) non vi sono paradigmi per stabilire quando si siano determinati il consolidamento o la definitività; b) se si dovesse attendere il verificarsi di uno di questi due eventi, la tesi qui criticata non saprebbe indicare quale mai fenomeno giuridico si verifichi nel momento in cui pronunce contrastanti si susseguono la prima volta (e tutte le volte successive, prima del "consolidamento"). Insomma: per essere coerente, il creazionismo giuridico dovrebbe sostenere una tesi palesemente assurda e inoperativa. Non lo fa, ma questo dimostra, ad un tempo, la sua incoerenza e la sua infondatezza.

iii) *La certezza del diritto.*

È assai diffusa in dottrina l'idea che la certezza del diritto sarebbe un "mito"<sup>127</sup>, espressione questa che deve la sua fortuna a Norberto Bobbio<sup>128</sup>, ma che (sebbene oggi lo si dimentichi) egli impiegava lasciando ferma l'idea ch'essa fosse un valore fondativo dell'ordinamento e postulando la necessità di realizzarla senza a mito – appunto – ridurla. Non è il caso, qui, di ripetere cose già dette altrove quanto all'errore che giace sotto l'idea che la certezza, ormai inattuabile, dovrebbe essere gettata nella *Rumpelkammer*

dei concetti giuridici inutilizzabili<sup>129</sup>. Mi limito a osservare che, se la certezza fosse davvero in dissolvenza e la sua ricerca fosse una fola, non avrebbe davvero senso pretendere dal legislatore una buona redazione delle leggi e una loro maggiore chiarezza e precisione: essendo l'atto interpretativo comunque (largamente) indipendente dal testo e legato al caso "illuminante"; essendo la pronuncia giudiziale destinata ad assicurare giustizia sostanziale, perché mai preoccuparsi della bassa qualità redazionale delle leggi? Eppure, non sono pochi i creazionisti che lamentano l'insipienza del legislatore, dimostrando anche per questo profilo che la *teoria* che si professa non è seguita da una coerente *prassi*.

iv) *La funzione nomofilattica.*

In apparenza, l'esistenza di una funzione nomofilattica, comportando la valorizzazione del precedente giudiziario, parrebbe un argomento in favore del creazionismo. È, invece, l'esatto contrario. Partendo dalle premesse teoriche qui criticate è, infatti, impossibile anche solo teorizzare una funzione nomofilattica. La *filachía* del *nómos* ne presuppone uno preesistente, da stabilizzare nelle sue vicende interpretative, ma se il *fúlax* non ha un *nómos* da tutelare e stabilizzare e – anzi – lo crea direttamente, non v'è alcuna possibilità di immaginare alcuna funzione di custodia. Al più, la nomofilachia potrebbe concepirsi come un mezzo per imporre «limiti della creatività del giudice»<sup>130</sup>, ma non si capisce come tale mezzo potrebbe razionalmente legittimarsi: se è creativo anche il *fúlax*, perché mai l'ordinamento avrebbe interesse a far prevalere la sua creatività su quella di chi subisce il suo controllo? Né sembra proficuo invocare la nomofilachia «contro il rischio di uno scivolamento della pratica ermeneutica» verso «un esasperato soggettivismo interpretativo»<sup>131</sup>: una volta che si è sottoposto a critica il sillogismo giudiziario, si è negata la natura cognitiva dell'atto interpretativo e si asserisce che «il testo, di per sé, non dice nulla»<sup>132</sup>, il soggettivismo, nomofilachia o non nomofilachia, viene da sé.

125. Per qualche prima sollecitazione a una riflessione sul punto, vds. ancora M. Luciani, *Interpretazione conforme*, op. cit., p. 412.

126. «È, pertanto, solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo».

127. Fra i molti, ad esempio, R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992 (seconda edizione), p. 109.

128. N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, pp. 146 ss.

129. Mi permetto di rinviare al mio *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Dir. soc.*, n. 3/2014, pp. 466 ss.

130. G. Alpa, *Il ruolo nomofilattico*, op. cit., p. 142.

131. G. Canzio, *Le buone ragioni di un memorandum*, in *Aa.Vv.*, *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni*, op. cit., p. 32.

132. G. Alpa, *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società post-moderna*, Marietti, Genova, 2017, p. 15.

## 7. Il creazionismo giuridico e la questione specifica dell'errore di diritto

Proprio sul terreno dell'errore di diritto, però, si manifestano con la massima evidenza le contraddizioni della dottrina qui criticata. I suoi sostenitori, invero, parlano comunemente dell'errore di diritto, anzi, specificamente, dell'errore di diritto derivante da un difetto dell'attività interpretativa, e non possono fare a meno di riconoscere che l'errore in generale «è falsa conoscenza della realtà» e che l'errore di diritto in particolare «cade sulla esistenza, la portata o l'applicabilità di una norma giuridica»<sup>133</sup>. Così facendo, tuttavia, smentiscono nettamente le proprie premesse teoriche, avanzando l'ipotesi, *quae non datur* nel loro universo concettuale, che una norma “preesista” all'accertamento della sua “esistenza” o della sua “portata”, cioè alla sua interpretazione (e applicazione giudiziale).

Cerca di sfuggire alla difficoltà la raffinata costruzione di chi, orientato nel medesimo senso qui criticato<sup>134</sup>, nega la necessità, per il giurista, di ricostruire la problematica dell'errore «all'interno del rapporto fra rappresentazione e realtà oggettiva»<sup>135</sup>, perché nel mondo delle relazioni sociali (fra le quali sono quelle giuridiche) «per giudicare della falsità della rappresentazione occorre invece stabilire se il soggetto attribuisce al “segno”, alla struttura rappresentativa adoperata, l'idoneità ad evocare un contenuto di realtà eguale o diversa da quella che la comunità in cui vive e si esprime designa con lo stesso segno», con la conseguenza che «l'errore denota la relazione di disformità che intercorre tra due diversi punti di vista, egualmente riferibili a soggetti umani»<sup>136</sup>. A questa prospettiva di analisi (sostanzialmente pragmatica), tuttavia, può ribattersi che così ragionando, poiché la disformità tra rappresentazioni ne presuppone una pluralità, risulta impossibile predicare l'erroneità (o meno) della prima rappresentazione proposta; anzi, più radicalmente, risulta impossibile decidere dell'erroneità prima che si sia formata un'opinione della comunità di riferimento, il che rende la tesi del tutto inoperativa. Certo, è evidente che «la rappresentazio-

ne di una cosa è sempre cosa diversa dalla cosa stessa»<sup>137</sup>, ma ciò dipende semplicemente dal fatto che la rappresentazione non può essere mera riproduzione, ma è manifestazione del diverso atto della cognizione, il che – ovviamente – non toglie all'atto rappresentativo la sua fondazione appunto cognitiva.

Esclusa la configurabilità di un vizio cognitivo dell'attività interpretativa, per tale dottrina, a tutto concedere, l'errore di diritto non è altro che errore di fatto o, al più, ignoranza del fatto. Essendo il fatto il “lume” gettato sulla morta disposizione<sup>138</sup>, che consente al *creator spiritus* di orientarsi nel darle vita e pregnanza di contenuto normativo, l'errore nella trattazione del caso può dipendere esclusivamente da un errore nella ricostruzione dei fatti o della meritevolezza della protezione dell'una o dell'altra situazione soggettiva coinvolte nella fattispecie. *Error iuris* ed *error facti*, pertanto, finiscono per sovrapporsi, negando una distinzione che, oltre a essere pienamente logica e concettualmente necessaria, è *voluta* e dunque *imposta* dal diritto positivo. E che, si badi, presidia anche l'indipendenza del giudice, perché a negarla si finisce per svuotare di contenuto tutte le norme esonerative d'una responsabilità imputabile a errore di diritto di tipo interpretativo. Una volta di più, il creazionismo giuridico è un *faux ami* della giurisprudenza.

## 8. L'errore che c'è

Definire la nozione di “errore di diritto”, in particolare nell'ipotesi in cui dipenda da vizio interpretativo, è pertanto indispensabile perché questa è un'obbligazione non solo logica, ma imposta dal *diritto positivo*. La stessa dottrina creazionista non può non riconoscere che, appunto, il diritto positivo impone di darsene una, perché plurimi sono i luoghi normativi in cui – come si è visto – emerge la rilevanza giuridica dell'errore di diritto. Per la dottrina qui criticata, coerenza vorrebbe che tale distinzione venisse radicalmente contestata in quanto insensata e che l'interprete rifiutasse di compiere qualsivoglia delimitazione, ad esempio, dell'errore revocatorio rispetto all'errore

133. Così, ad esempio, G. Alpa, *Manuale di diritto privato*, Cedam, Padova, 2011, p. 608.

134. L'Autore di cui si discute nel testo, anzi, è stato un protagonista nella costruzione della dottrina qui criticata: vds., in particolare, l'operazione culturale compiuta con la curatela di P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1973.

135. P. Barcellona, *Errore (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966, p. 247.

136. *Ivi*, p. 248.

137. *Ibid.*, nota 7.

138. Quel che produce il legislatore, scrive ad esempio B. Celano, *Due problemi aperti della teoria dell'interpretazione giuridica*, Mucchi, Modena, 2017, p. 29, «sono mere stringhe di significanti (lettera “morta”)».

di diritto legittimante l'appello o il ricorso per cassazione, ammettendo il ricorso per revocazione *sempre* e non soltanto nei casi in cui il confine fra errore di diritto ed errore di fatto sia stato superato. Poiché, però, l'ordinamento non potrebbe più funzionare se all'errore revocatorio non si ponesse un confine (*id est*: un argine), nessuno, nemmeno tra le fila dei creazionisti, osa cancellare la linea di frontiera e, opponendo un preteso abbaglio delle fonti che la disciplinano, postulare un'illimitata esercitabilità dell'azione revocatoria. Una volta di più, una palese incoerenza.

Come si vede, nel mondo giuridico la questione generale dell'errore, ma – va detto subito – ancor più quella specifica dell'errore di diritto (in quanto è connesso al tema dell'interpretazione), si pone in relazione diretta con il più formidabile problema che il pensiero filosofico debba affrontare, che è quello dell'oggetto (della realtà) e del suo rapporto col soggetto. Un problema che si può ovviamente appena menzionare, ma che non può essere sottaciuto, perché, come sovente accade negli studi di diritto, «*haec autem quae velut propria philosophiae adseruntur, passim tractamus omnes*»<sup>139</sup>.

Il punto, per quanto concerneva in particolare l'interpretazione e l'errore di diritto, fu lucidamente colto da Emilio Betti, legando la questione dell'interpretazione a quella della «posizione dello spirito rispetto all'oggettività»<sup>140</sup>. Su questa problematica, nel corso dei secoli, il pensiero occidentale ha sperimentato ogni forma di possibile risposta e lo stesso Novecento ha oscillato fra lo scetticismo estremo di un Adolfo Levi (ch'egli stesso definì significativamente “solipsismo”), per il quale (peraltro in perfetto accordo con la tradizione di quel movimento di pensiero)<sup>141</sup> «lo stesso scetticismo (...) pure è involto nel dubbio che implica per tutti i processi del pensiero, anzi per la validità del pensiero in generale»<sup>142</sup> e l'altrettanto estremo oggettivismo di una Ayn Rand, per la quale «*Existence exists – and the act of grasping*

*that statement implies two corollary axioms: that something exists which one perceives and that one exists possessing consciousness, consciousness being the faculty of perceiving that which exists*»<sup>143</sup>. Escluso che di simili formidabili problemi si possa parlare qui, basta dire che, negli ordinamenti di diritto scritto, quella del rapporto tra il soggetto e l'oggetto dell'interpretazione giuridica si pone essenzialmente come questione del rapporto tra il soggetto e un *testo*. Savigny diceva che il soggetto, accostandosi al testo per interpretarlo, compie una «libera operazione intellettuale»<sup>144</sup>, ma è fatale che il suo essere “operazione intellettuale” (chiamata appunto a *intelligere*) renda l'interpretazione non autenticamente “libera”: non a caso, a parte poche eccezioni, nella stessa scuola del diritto libero non si è mai predicata una libertà totale, ma, sulla scia di Kantorowicz<sup>145</sup>, ci si è limitati a negare che il testo sia il solo elemento di guida dell'interprete e a sollecitare il riferimento *anche* al diritto consuetudinario o, tutt'al più, alla coscienza sociale, evocando una sorta di diritto naturale “relativo”, “attuale” o “storico”. Compito dell'intelletto essendo l'intellezione, la libertà integrale dell'atto intellettuale va revocata in dubbio in radice e può e deve esserlo soprattutto quando l'intellezione si dirige a un testo normativo<sup>146</sup>. Quel testo, infatti, è un atto comunicativo e postulare la libertà dell'interprete significa, puramente e semplicemente, postularne il rifiuto a immettersi nel processo comunicativo: l'estremizzazione delle premesse ermeneutiche porta, dunque, alla negazione delle loro conseguenze (cioè del dialogo comunicativo).

Il testo normativo è, pertanto, peculiare oggetto di conoscenza da parte del giurista, il quale, tuttavia, ha con esso un rapporto che non coincide interamente con quello che lega l'indagatore di problemi metafisici alla cosa indagata. Anche il testo normativo è un oggetto, in ordine al quale si dispiega lo sforzo dell'interpretazione, che null'altro è che la sua *com-*

139. M.F. Quintiliano, *Institutio oratoria*, Prohemium, 16.

140. E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, vol. I, edizione a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1990, p. 1.

141. La non-assolutizzazione delle stesse proposizioni scettiche è un'esigenza logica dello scetticismo. Già Sesto Empirico, in *Πυρρῶν εἰρημῶν ὑποτυπώσεις*, L. I, § 13, osservava che lo scettico «nemmeno dogmatizza nel proferire, circa le cose non-evidenti, le espressioni scettiche» (cito dalla trad. it. di O. Tesconi, nell'edizione curata da A. Russo, *Schizzi pirroniani*, Laterza, Roma-Bari, 1988).

142. A. Levi, *Sceptica*, Paravia, Torino-Milano-Firenze-Roma-Napoli-Palermo, 1921, pp. 15 ss.

143. A. Rand, *Introduction to Objectivist Epistemology*, seconda edizione a cura di H. Binswanger e L. Peikoff, Penguin-Meridian, Harmondsworth (Londra), 1990, pp. 3 ss., che riprende una frase del suo stesso romanzo, *Atlas Shrugged*.

144. F.K. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, L. I, trad. it. di V. Scialoja, Utet, Torino, 1886-1898, p. 216.

145. Il quale, tra l'altro ammetteva che, a fronte di testi normativi precisi, l'interprete fosse legato «alla chiara parola della legge» (H. Kantorowicz, *La lotta per la scienza del diritto*, trad. it. di R. Majetti, Sandron, Milano-Palermo-Napoli, 1908, p. 137).

146. Infatti «dove c'è creazione non c'è interpretazione e dove c'è interpretazione non c'è creazione»: L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo*, op. cit., p. 14.



*preensione*, ma qui «comprendere un scritto significa comprendere cosa si intende dire in esso»<sup>147</sup>, perché il testo è il punto d'avvio di un processo comunicativo.

La questione del processo comunicativo è centrale. L'aveva colto con folgorante acutezza, una volta di più, Thomas Hobbes quando, elencando i vantaggi del discorso (che è tratto proprio dell'uomo e solo dell'uomo)<sup>148</sup>, affermava che «è un vantaggio del discorso, anzi il vantaggio massimo, il fatto che si possa comandare e comprendere i comandi. Infatti, senza questa facoltà non esisterebbe tra gli uomini alcuna società, né pace, né di conseguenza alcuna disciplina, ma in primo luogo ferocia, e poi solitudine»<sup>149</sup>. Il legislatore *norma per essere inteso*<sup>150</sup> ed è obbligazione del destinatario della norma l'intenderla, immettendosi nel dialogo comunicativo aperto dal legislatore *proprio* con l'obiettivo di farsi intendere<sup>151</sup>. Non adempiere questa obbligazione significa aprire le porte al soggettivismo anomico e mettere in discussione l'idea stessa di società politica. Si badi: simile obbligazione grava *in primo luogo* sull'operatore del diritto e *in primissimo luogo* sul giudice. Divenire operatori del diritto, divenire giudici (ma anche professori di materie giuridiche!), è il frutto d'una discrezionale scelta di vita, in forza della quale si assume una funzione sistemica che è prioritariamente quella di identificare le norme e d'intenderne il significato. Una volta che quella scelta è stata fatta, non si è liberi di sottrarvisi.

Non solo. Proprio chi sostiene che l'interpretazione giuridica non potrebbe fare a meno del caso, con la conseguenza che il testo senza il caso non sarebbe altro che morta lettera, postula una preordinazione *pratica* dell'interpretazione, finalizzata all'applicazione della norma. A ragionare in tal modo, però, le

premesse scettiche sulla possibilità di considerare il testo quale oggetto di conoscenza, già dotato – in sé – di significato, dovrebbero essere per coerenza abbandonate, perché anche nelle posizioni scettiche più estreme «la necessità di oltrepassare la sfera del mio io individuale mi si fa sentire quando, uscendo dalla posizione teoretica, entro nella vita: l'azione etica implica l'esigenza che io riconosca la realtà autonoma di altri esseri umani, di altre persone, che debbo rispettare e verso le quali sono legato da doveri»<sup>152</sup>, doveri che qui esigono l'immissione nel processo comunicativo e l'intellezione del testo normativo.

## 9. Conclusione

Quello dell'errore di diritto e, in particolare, dell'errore interpretativo è il terreno di coltura di un grave equivoco, confondendosi la questione di ciò da cui l'errore è *causato* con quella di ciò cui l'errore *attiene*. Sono entrambe questioni epistemologiche ed etiche di primaria importanza, che vanno tenute ben distinte.

Quanto al fondamento, nel corso dei secoli, ci si è chiesti se l'errore si radichi in un difetto dei sensi (della percezione), della volontà (del giudizio) o dell'intelletto (della cognizione) e in concreto non sono mancate risposte in favore di ciascuna di queste alternative. Così, per fare solo qualche esempio, in una concezione razionalistico-meccanicistica come quella degli atomisti si è guardato alla prima<sup>153</sup>. In una concezione impregnata di presupposti etico-religiosi, come quella degli stoici, si è fatto riferimento alla seconda, asserendo che l'errore è una colpa in

147. G. Figal, *Gegenständlichkeit. Das Hermeneutische und die Philosophie*, trad. it. di A. Cimino, *Oggettualità. Esperienza ermeneutica e filosofia*, Bompiani, Milano, 2012, p. 307.

148. *De homine*, trad. it. di A. Pacchi, Laterza, Bari, 1970, pp. 139 ss.

149. *Ivi*, p. 142.

150. E infatti consideriamo tutti, senza distinzione, una vera e propria patologia le ipotesi in cui ci sembra che il legislatore abbia voluto normare in forma volutamente oscura, per non sciogliere un nodo politico aggrovigliatosi in sede parlamentare o governativa. Questa natura comunicativa del diritto è riconosciuta anche di chi (B. Celano, *Due problemi aperti*, *op. cit.*, pp. 29 ss.) muove da premesse assai diverse da quelle qui seguite.

151. In questo senso, nella dottrina italiana più recente, ad esempio, A. Vignudelli, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 52; M. Luciani, *Interpretazione conforme*, *op. cit.*, p. 428.

152. A. Levi, *Sceptica*, *op. cit.*, p. 187. Certo, Levi prosegue dicendo che «ciò riguarda soltanto l'azione, non il pensiero, l'eticità, non la conoscenza; sinché mi fermo a questa, quindi, la concezione solipsistica può considerarsi come la più plausibile». Per chi nell'interpretazione giuridica collega intimamente conoscenza (interpretazione) e azione (applicazione), però, questa precisazione non potrebbe spostare le conclusioni raggiunte nel testo.

153. Sebbene in Democrito si riconosca che anche il pensiero può sbagliare, ma per ragioni eminentemente fisiologiche (per un eccesso di caldo o di freddo dell'anima, che è formata da atomi ignei): A. Levi, *Il problema dell'errore nella filosofia greca prima di Platone*, in *Athenaeum*, 1930, ora in *Id.*, *Verità ed errore. Il problema dell'errore nella storia della filosofia dai Presocratici ai contemporanei*, Vittrix, Forlì, 2016, p. 9. Fra le testimonianze più significative del suo pensiero, vds. H. Diels e W. Kranz, *I Presocratici*, trad. it. a cura di G. Reale, Bompiani, Milano, 2006, *sub* Democrito, A-49; A-105.

quanto «prodotto volontario della attività morale»<sup>154</sup>, in tal modo inaugurando un indirizzo che troverà nel cristianesimo (chiamato a conciliare libero arbitrio e provvidenza divina) diffusa accoglienza<sup>155</sup>. In una filosofia (soprattutto) della scienza come quella di Francesco Bacone, infine, le cause dell'errore sono state viste nell'intelletto stesso, traviato dai quattro *idola* che «assediano la mente umana»<sup>156</sup>: *tribus*, «fondati sulla natura umana stessa, e sulla stessa famiglia umana, o tribù»<sup>157</sup>; *specus*, che «derivano dall'individuo singolo», dalla sua natura, dalla sua educazione, dai suoi preconcetti, etc.<sup>158</sup>; *fori*, che «dipendono per così dire da un contratto e dai reciproci contatti del genere umano» e sono generati dal linguaggio<sup>159</sup>; *theatri*, che «sono penetrati nell'animo umano ad opera delle diverse dottrine filosofiche e a causa delle pessime regole di dimostrazione»<sup>160</sup>.

Cosa del tutto diversa è chiedersi a cosa l'errore, in ultima analisi, pertenga. Cosa diversa e più semplice, perché qui non è dubbio che si tratti dell'intelletto,

dell'attività cognitiva, perché quale che sia il fondamento dell'errore è pur sempre la cognizione che ne è pregiudicata<sup>161</sup>. Che sia proprio la conoscenza a esser viziata dall'errore, del resto, risulta da una risalente tradizione del pensiero occidentale, che, inaugurata già da Parmenide («Non potresti *conoscere* ciò che non è, perché non è cosa fattibile») <sup>162</sup>, transita per Aristotele e soprattutto per la scolastica, cioè per la celeberrima affermazione tomista<sup>163</sup> che la verità è «*adaequatio intellectus et rei*»<sup>164</sup>. Si ha la verità quando l'intelletto «*dicit esse quod est vel non esse quod non est*» e ciò che deve essere adeguato alla cosa conosciuta non è l'atto dell'intellezione, ma «*illud quod intellectus intelligendo dicit et cognoscit*»<sup>165</sup>. Si tratta di una formula che (non solo grazie all'ufficializzazione del tomismo nella dottrina della Chiesa)<sup>166</sup> ha avuto immensa fortuna, come dimostra il fatto che, quasi all'alba del XVII secolo, Francisco Suárez ancora la riprendesse appieno e affermasse ch'essa risultava «*ex communi omnium consensu*»<sup>167</sup>. Lo stesso Suárez,

154. A. Levi, *La teoria stoica della verità e dell'errore*, in *Revue d'Histoire de la Philosophie*, 1928, ora in *Id.*, *Verità ed errore*, op. cit., p. 25. Fra le testimonianze più significative della relativa dottrina, Diogene Laerzio, *Vite e dottrine dei più celebri filosofi*, trad. it. a cura di G. Reale, Bompiani, Milano, 2006 (seconda edizione), L. VII, par. 93.

155. Tale accezione morale (la connessione tra errore e peccato) si ritrova anche nel magistero della Chiesa cattolica. Come si legge nella *Declaratio circa catholicam doctrinam de Ecclesia contra nonnullos errores hodiernos tuendam* della Congregazione per la dottrina della fede del 24 giugno 1973, «*In munere autem suo adimplendo, Ecclesiae Pastores assistentia Spiritus Sancti gaudent, quae apicem suum attingit, quando Populum Dei tali modo erudiunt, ut, ex promissionibus Christi in Petro ceterisque Apostolis datis, doctrinam necessario immunem ab errore tradant*»: AAS 65 (1973), par. 3, pp. 396-408. Può parzialmente leggersi in H. Denzinger, *Enchiridion symbolorum, definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, Dehoniane, Bologna, 2018, n. 4534.

156. *Novum Organum*, L. I, n. 39. Cito, qui e in seguito, dalla trad. it. di E. De Mas, Mondadori, Milano, 2010.

157. *Ivi*, L. I, n. 41. Si deve notare che la «inettitudine dei sensi» è compresa fra gli *idola tribus* (*ivi*, L. I, n. 52), sicché il difetto dei sensi è addirittura assorbito entro il difetto dell'intelletto.

158. *Ivi*, L. I, n. 42.

159. *Ivi*, L. I, n. 43.

160. *Ivi*, L. I, n. 44.

161. Invero, appaiono assai convincenti gli argomenti di A. Levi, *Il problema dell'errore nella filosofia del Descartes*, in *Logos*, 1928, ora in *Id.*, *Verità ed errore*, op. cit., p. 89, a favore del fondamento dell'errore – sempre – in un difetto cognitivo: «se la mente non avesse idee oscure e confuse non potrebbe errare, inquantoché la volontà non avrebbe modo di abusare della libertà che possiede». Insomma, «in ultimo, l'errore appartiene all'intelligenza» (*ivi*, p. 94).

162. Cfr. H. Diels e W. Kranz, *I Presocratici*, op. cit., p. 483, framm. B.3 (corsivo mio).

163. Ma risalente a Isaac ben Salomon Israeli: vds. la relativa indicazione da parte del curatore della *Summa contra gentiles*, trad. it. di T.S. Centi, *Somma contro i gentili*, Mondadori, Milano, 2009, p. 182, nota 2.

164. *Summa*, op. ult. cit., L. I, cap. LIX. Cfr. anche *Quaestiones disputatae. De Veritate*, Q. I, Prologus, art. I: «*Prima ergo comparatio entis ad intellectum est ut ens intellectui concordet: quae quidem concordia adaequatio intellectus et rei dicitur; et in hoc formaliter ratio veri perficitur*».

165. *Summa*, loc. cit.

166. Così si scrive nell'Enciclica *Aeterni Patris* (1879) di Leone XIII: «*Vos omnes, Venerabiles Fratres, quam enixe hortamur, ut ad catholicae fidei tutelam et decus, ad societatis bonum, ad scientiarum omnium incrementum auream sancti Thomae sapientiam restituatis, et quam latissime propagetis*». Ciò, peraltro, non significa monopolio dottrinale del *Doctor Angelicus*: gli «eccellenti meriti» delle «altre scuole» sono riconosciuti, ad esempio, dalla *Bolla Apostolicae providentiae officio* di Clemente XIII (1733), che può parzialmente leggersi in H. Denzinger, *Enchiridion*, op. cit., n. 2509.

167. *Disputationes metaphysicae, Disputatio VIII, De veritate seu vero, quod est passio entis. Ordo disputationis*: «*supponimus ex communi omnium consensu, veritatem realem consistere in adaequatione quadam seu conformitate inter rem et intellectum, sive sit*

peraltro, precisava (con non marginale ridislocazione del piano dell'analisi) che «*veritas rationis seu significationis consistit in adaequatione inter propositionem significantem et rem significatam*»<sup>168</sup>.

Proprio la posizione di Tommaso, in questa prospettiva, è illuminante. Sulla scia del collegamento stoico fra errore e deviazione della volontà, tradotta nella morale cristiana già da Anselmo d'Aosta (nell'*affirmatio* «*non est (...) aliud veritas, quam rectitudo*»)<sup>169</sup>, egli imputa l'errore alla scelta volontaria di chi «*addit actum quemdam super ignorantiam*» e per questo commette peccato. Tuttavia, non ha dubbi – come abbiamo visto ora – che l'errore si risolve in un difetto dell'intellezione. È solo di questo difetto, pertanto, che si tratta quando si postula un errore e un errore non può essere postulato quando si parte da premesse creazioniste e non cognitive.

Il creazionismo giuridico, destituendo di fondamento razionale il momento cognitivo ed esaltando quello della scelta (cioè della volontà), non a caso nega la separazione fra diritto e morale. Stavolta (a mio avviso) con grande coerenza, esso si riaggancia, magari inconsapevolmente, agli indirizzi che condannavano l'errore non solo logicamente, ma moralmente, come è necessario fare quando l'errore si predica della volontà, alla quale non ha senso opporre un limite cognitivo, mentre ha senso opporre un limite etico. Non di errore, però (e men che meno di diritto), ma di ingiustizia, in questo caso si tratta.

Solo una volta che ci si riconosce nel cognitivismo giuridico<sup>170</sup>, dunque, l'errore di diritto può essere concepito, mentre la prospettiva non-cognitivista, rifiutando il “vero”, non può che rifiutare il “falso”, restando così muta di fronte alla previsione giuridico-positiva dell'errore di diritto e sorda di fronte alla risalente tradizione del pensiero giuridico secondo la quale l'errore è «cognizione falsa di una situazione»<sup>171</sup>: se non v'è una *res* che possa essere *cognita*, non può darsi alcun errore. Negare la natura pienamente cognitiva dell'atto interpretativo, pertanto, si-

gnifica, puramente e semplicemente, negare l'esistenza dell'errore di diritto.

Questo, invece, essendo normativamente previsto, non può non essere indagato e consiste, propriamente, in un errore del giudizio, in una “*imperfectio intellectus*”, distinta, come abbiamo già detto, dalla semplice ignoranza<sup>172</sup>. Così come l'errore nella conoscenza della realtà oggettuale può darsi solo a condizione di supporre un “oggetto” e di postulare una sua difettosa “rappresentazione”, l'errore di diritto può darsi solo ammettendo che sussista un *significante* al quale l'interprete è chiamato ad ascrivere un *significato* coerente col *significante* stesso. Come qualunque interpretazione, quella giuridica ha a che fare con un oggetto, ma l'oggetto è ciò che ci sta-e-resta-contro, è un *Gegen-stand*, come ha mostrato la complessa ricerca di Günter Figal<sup>173</sup>. Sottrarre al testo normativo la sua capacità di esprimere la norma, affidandone la “produzione” all'interprete, significa, a me pare, privarlo della sua stessa oggettualità.

Occorre, peraltro, rimuovere quattro possibili ulteriori equivoci, che i critici della natura cognitiva dell'atto interpretativo potrebbero (anche strumentalmente) alimentare. Il primo riguarda l'oggetto della cognizione. Il secondo il rapporto fra giurisprudenza e alimentazione del fenomeno giuridico. Il terzo il rapporto fra modernità e teoria dell'interpretazione. Il quarto la complessità dell'atto interpretativo. Vediamoli.

*Oggetto della cognizione.* I critici del cognitivismo giuridico oppongono che la disposizione, in sé, è cosa morta e che la vita le è data solo dall'interprete, che ne cava la norma. L'equivoco in cui cadono, però, è evidente. Immaginare le disposizioni come semplici segni grafici irrelati è un puro non senso. Esse, infatti, come abbiamo accennato in precedenza, sono quel che sono anzitutto in quanto nascono legate a un codice linguistico, in quanto – cioè – sono dall'inizio immerse in un “contesto” linguistico-formale (necessario per capire che è di un segno linguistico che

*conformitas intellectus ad rem, sive rei ad intellectum*».

168. *Disputationes, loc. cit.*

169. Anselmo d'Aosta, *De veritate*, II, 110. «*Affirmatio*» è correttamente reso «enunciazione» da S. Vanni Rovighi, in *Id., Opere filosofiche*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 137. Si noterà che in Anselmo la sovrapposizione tra “vero” e “giusto” è completa ed è anche lessicale, perché l'affermazione vera e giusta è “*recta*”. E, infatti, «*rectitudo idem videtur mihi esse quod iustitia*» (*ivi*, XII, 113).

170. L'alternativa può essere posta, invero, oltre che fra cognitivismo e non-cognitivismo, fra oggettualismo e non-oggettualismo. In questo senso (e con favore per la seconda alternativa) S. Berteia, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2002.

171. P. Voci, *Errore (Diritto romano)*, *op. cit.*, p. 229.

172. V. ancora F. Suárez, *Disputatio IX, De falsitate seu falso*, S. III, 19.

173. G. Figal, *Oggettualità*, *op. cit.*, p. 366, precisa: «*Was ein Gegenstand ist, sagt das Wort selbst: Es ist das Entgegenstehende, das, was gegenüber ist und gegenüber stehen bleibt*» («Che cosa è un oggetto? Lo dice la parola stessa: è ciò che si oppone, ciò che è di fronte e rimane di fronte»).

stiamo parlando), che possiamo anche denominare “co-testo”. Inoltre, lo sono in quanto sono emesse dal legislatore in un preciso contesto fattuale, storico, assiologico, che proprio allo stesso legislatore è anzitutto cognito. Quindi non si tratta di un astratto enunciato, ma di un enunciato che ha avuto una storicamente concreta enunciazione, che l'interprete deve intendere. L'idea che un positivista di oggi non sia consapevole di questo e possa ammettere che la disposizione sia un semplice complesso di macchie d'inchiostro su un foglio è, puramente e semplicemente, caricaturale.

*Il rapporto fra giurisprudenza e alimentazione del fenomeno giuridico.* Altra obiezione<sup>174</sup> fa leva sul fatto che la tesi qui sostenuta dimenticherebbe che il diritto è largamente creato dai giudici e che, in particolare, la storia del nostro diritto amministrativo sarebbe storia delle pronunce giudiziarie che l'hanno plasmato. Che questa obiezione si fondi su un equivoco è evidente. Il fenomeno giuridico (il “diritto”) è il risultato degli apporti di tutti gli operatori giuridici: di chi fa una legge, di chi scrive una sentenza, ma anche di chi sottoscrive un contratto, emana una circolare, riesce a rendere una prassi socialmente (prima) e giuridicamente (poi) accettata che una donna prenda il sole in bikini o – semplicemente – mette in cattedra un professore di diritto amministrativo. Nell'indagine sin qui condotta, però, non si parla di questo, ma della *nomopoiesi*, cioè, alla lettera, della creazione della *norma*. E l'innegabile contributo dei giudici (o di chiunque altro) allo sviluppo del fenomeno giuridico non dice *nulla* sulla loro compartecipazione al (o, peggio ancora, sul loro monopolio del) potere nomopoietico: il *Conseil d'État* avrà pur fatto il *diritto* amministrativo francese, ma non ha fatto le sue *norme* (e non credo sia necessario dilungarsi sulla differenza).

*Rapporto fra modernità e teoria dell'interpretazione.* Un'obiezione diffusa all'impostazione qui seguita fa leva sul legame fra cognitivismo giuridico e modernità e, infatti, la più raffinata delle dottrine che la propongono (mi riferisco a quella di Paolo Grossi) muove dalla critica alla seconda per sorreggere la critica al primo. Il passaggio dalla modernità alla post-modernità sarebbe esemplato ed espresso – sul piano istituzionale – dalla crisi dello Stato, cui si accompagnerebbero una ripresa della capacità autoregolativa

della società, emancipatasi dal monopolio statale della *nomopoiesi*, e una rinascita del diritto naturale, in danno di quello positivo. In un simile contesto storico, si dice, insistere sulle tesi qui avanzate significherebbe cercare di riesumare un cadavere ormai putrefatto, qual è quello del tradizionale positivismo giuridico. Non è, però, così: abbiamo appena visto che il positivismo di oggi non è quello di ieri e che l'interprete non è più concepibile come il sacerdote della “sola” interpretazione “giusta”. Ma c'è di più.

Anzitutto, l'autoregolazione sociale che oggi ci sembra di intravedere non ha nulla a che fare con quella medievale, premoderna, espressiva di un pluralismo poi castrato dalle pretese della statualità. Non è affatto una vera regolazione condivisa e dal basso dei rapporti sociali, bensì l'imposizione dall'alto (da parte dei grandi centri di potere economico-finanziario) di modelli regolatori che non hanno nulla a che vedere con il pluralismo sociale cui faceva riferimento l'impostazione romaniana, presa (invece) a paradigma di riferimento.

In secondo luogo, è davvero difficile avvertire una riemersione del diritto naturale. Leggere le costituzioni come diritto naturale positivizzato è un errore: ciascuna di esse è pur sempre *ius positum* ed è quel che è perché è il frutto di una *specifica* storia e di *specifici* rapporti di forza, sempre rivedibili. E, confesso, lascia davvero interdetti la tesi che il rapporto fra diritto positivo e diritto naturale sarebbe stato messo in discussione dall'emersione, nel processo di Norimberga, di «criteri normativi superiori alla legge dello Stato», capaci di impedire i crimini «contro i principi e i valori universali dell'umanità»<sup>175</sup>, quando quel processo (come quello di Tokyo) fu la massima espressione della *Machtpolitik* statale (è noto, ad esempio, che l'imputazione per gli indiscriminati bombardamenti su obiettivi civili sparì perché, altrimenti, avrebbe coinvolto anche chi aveva raso al suolo Dresda e peggio ancora aveva fatto con Hiroshima e Nagasaki)<sup>176</sup>.

*La complessità dell'atto interpretativo.* Il cognitivismo giuridico non immagina – e l'abbiamo già accennato – che l'operazione dell'interpretare giuridico sia operazione semplice o meccanica. Proprio noi giuristi dobbiamo considerare un serio ammonimento il mito platonico della caverna esposto ne *La Repubblica*<sup>177</sup>. Attraverso la metafora della caverna, l'errore è plasticamente rappresentato come una falsa rap-

174. Avanzata da Marco Mazzamuto nel Convegno in cui le cose qui scritte sono state esposte oralmente.

175. G. Stanco, *A vele spiegate verso nuovi traguardi: dal diritto codificato al diritto giurisprudenziale*, in F. Ricci (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018, p. 26.

176. Sulla questione, mi permetto di rinviare, da ultimo, al mio *Dal caos all'ordine e ritorno*, relazione al Convegno «Diritto e spazi politici», Salerno, 15 marzo 2019, in *Liber amicorum Angelo Davì*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

177. VII, 518.

presentazione dell'oggetto, difettosamente percepito dai sensi, ma la questione della "vera" conoscenza è messa in collegamento proprio con quella dell'imperfetta conoscenza attraverso il diritto. Platone, infatti, espressamente lamenta la triste condizione di chi, uscito dalla caverna nella quale era incatenato (e dalla quale percepiva solo le ombre del reale) e fatta l'esperienza del vero, sia costretto a discutere «nei tribunali» («*en dikasteríois*») dell'«ombra della giustizia» («*perí tón tou dikaíou skión*») e di come interpreta («*upolambánetai*») questi problemi chi non ha conosciuto la giustizia in sé. Parrebbe quasi imposto uno stigma sulla conoscenza attraverso il diritto, capace di afferrare solo ombre e nulla più: un autentico paradigma di conoscenza debole, imperfetta, distorta (la caverna, insomma, quasi come epitome dell'universo del diritto).

La difficoltà dell'interpretazione giuridica è dunque conosciuta sin dalle prime indagini gnoseologiche ed epistemologiche. Il diritto positivo e la giurisprudenza che riconoscono l'ipotesi dell'oscurità in-

superabile del testo non fanno altro che intradarsi in quel solco e, abbracciando quell'idea, costruiscono un'ulteriore prova dell'infondatezza del creazionismo giuridico: se la creazione giudiziale della norma fosse possibile, infatti, l'oscurità della legge non sarebbe mai un ostacolo degno d'attenzione, perché nessun pregiudizio potrebbe soffrirne il giudice *creator*<sup>178</sup>.

Dall'interpretazione non può certo pretendersi l'identificazione di una e una sola lettura corretta delle norme giuridiche, ma si può e si deve pretendere l'identificazione almeno dell'*universo delle possibilità interpretative*, cioè dell'*universo dei possibili significati* di quelle norme, indicando anche quale, tra quei significati "possibili", sia più "plausibile" e dunque "probabile". L'accertamento di tali significati è il contenuto di un atto *cognitivo* e *aletico* è l'enunciazione del giudice che li espone. Negarlo significa negare la concepibilità stessa dell'errore di diritto, ma, con esso, l'esistenza stessa di una giurisdizione che voglia rimanere saldamente assisa sui presupposti logici, istituzionali e politici della sua legittimazione.

178. Né si potrebbe obiettare che quell'idea avrebbe un limitato raggio di applicazione perché solo in materia penale vale il principio della riserva assoluta di legge *ex art. 25 Cost.*, infatti: a) come si è detto, l'esimente dell'oscurità può valere (sia pure in altra forma) anche in campo non penale; b) la tesi della natura creativa della giurisprudenza è fondata su argomenti d'ordine teorico-generale, sicché non può logicamente ammettersi ch'essi siano neutralizzati opponendo argomenti di diritto positivo (come, pure, alcuni creazionisti fanno).

# L'etica professionale dei magistrati: non un'immobile Arcadia, ma un permanente campo di battaglia

di *Nello Rossi*

Di fronte a gravi cadute della magistratura, non bastano le risposte d'occasione e i buoni propositi. Né gli slanci generosi, ma autodistruttivi che inevitabilmente finiscono con il ritorcersi contro la parte più viva e sensibile della magistratura. Rigenerare e rinnovare l'etica professionale dei magistrati è un compito politico, volto a delineare un modello di magistrato adeguato ai tempi e capace di rispondere alle attese di una società civile esigente. Come è già avvenuto negli anni sessanta e settanta...

**1. La questione all'ordine del giorno: rigenerare e rinnovare l'etica professionale dei magistrati / 2. Le due parole chiave dell'etica professionale: "fiducia" e "riprovazione" / 3. Uno sguardo alla storia: magistrati alla ricerca di una nuova etica negli anni sessanta e settanta / 4. La Costituzione come prima fonte di imperativi etici / 5. Da un quadro di doveri dettato dal giudice disciplinare ai testi scritti del codice etico e disciplinare / 6. Il codice etico dei magistrati: un'occasione mancata? / 7. L'etica di chi governa la magistratura: i doveri dei componenti laici e togati del Consiglio superiore / 8. C'è ancora un'etica che divide i magistrati / 9. I problemi dell'oggi: l'emersione prepotente dell'interesse personale / 10. Alla ricerca di antidoti. Le proposte di modifica del codice etico avanzate dal Comitato direttivo dell'Anm / 11. Le nuove frontiere dell'etica professionale. Disinnescare il "carrierismo" / 12. Tracciare una più netta linea di demarcazione con la politica / 13. Intensificare la vigilanza istituzionale e collettiva**

## **1. La questione all'ordine del giorno: rigenerare e rinnovare l'etica professionale dei magistrati**

Rigenerare e rinnovare l'etica professionale dei magistrati – come è necessario, nell'attuale momento di acuto travaglio – è un compito politico.

Così è stato in passato, a partire dalla fine degli anni sessanta, quando i magistrati si sono impegnati – e divisi – nella ricerca di un nuovo modello di magistrato e, corrispondentemente, di una nuova etica professionale adeguata ai tempi.

Così è oggi, quando, di fronte alle cadute, si avverte che non bastano le risposte d'occasione, i buo-

ni propositi, le dichiarazioni di intenti. E neppure – va detto con chiarezza – gli slanci generosi, ma autodistruttivi che inevitabilmente finiscono con il ritorcersi contro la parte più viva e sensibile della magistratura.

Diventa indispensabile assolvere un compito di più ampio respiro: ridiscutere i valori e l'etica della professione ripercorrendone la storia, l'evoluzione, le conquiste e i cedimenti, e misurandone la corrispondenza ai problemi del presente.

Con la consapevolezza che l'etica professionale non è materia di lezioni<sup>1</sup>, ma di scelte culturali e istituzionali da discutere appassionatamente, di quotidiani esempi positivi e di prassi collettive virtuose.

1. Che non si possa "insegnare" ai magistrati a essere indipendenti, imparziali, coraggiosi, gentili (magari con una particolare attenzione alla gentilezza, valore non di rado trascurato nel catalogo dei valori primari della professione) è quanto ricordava qualche anno fa, con

Come muoversi nella ricerca?

Riconoscendo, in primo luogo, che l'etica professionale dei magistrati è un aspro campo di battaglia.

Rifuggendo, inoltre, dalle astrazioni – sempre in agguato quando si discute di etica – per chinarsi sui casi concreti, sulle cadute, sulle torsioni della funzione del magistrato, per trarne motivi di ripensamento e di rinnovamento.

Ammettiamolo: mentre la più recente riflessione sull'etica del magistrato si è concentrata prevalentemente sui piani alti dell'edificio – il nodo della imparzialità, il rispetto della dignità degli attori del processo, la nuova etica della comunicazione –, i cedimenti sono giunti dai piani bassi, dai retrobottega, dalle cucine.

I luoghi dove si svolge l'amministrazione della giurisdizione; lo spazio della carriera; la sfera della gestione dei patrimoni sequestrati o confiscati in attuazione di misure di prevenzione; il campo della discrezionalità operativa propria della fase delle indagini preliminari: sono state queste aree "fluide", meno soggette a controlli giurisdizionali e collettivi, a divenire il luogo delle peggiori cadute etiche.

Ed è in queste aree che si sono susseguiti – scivolando lungo un crinale inclinato – comportamenti solo disinvolti o eticamente riprovevoli, condotte contrastanti con i precetti del codice disciplinare, aperte e gravi violazioni del codice penale.

Bisogna dunque ricominciare da capo la fatica – insisto, tutta intellettuale e politica – di pensare e discutere un'etica collettiva, alla ricerca di regole e di prassi realmente praticate e condivise?

In altri termini: occorre ancora risollevarsi il magigno verso la vetta con il timore di vederlo ripiombare verso il basso, per la forza di gravità delle violazioni e degli scandali?

A una tale fatica non c'è alternativa, se si vuole che la magistratura non degradi, agli occhi dei cittadini, a élite disinvolta e immeritevole di fiducia, e resti una componente viva e indispensabile della società italiana e della democrazia repubblicana.

Come ha scritto un testimone dell'umanamente possibile, Albert Camus, «anche la lotta verso la cima basta a riempire il cuore di un uomo. Bisogna immaginare Sisifo felice»<sup>2</sup>.

## 2. Le due parole chiave dell'etica professionale: "fiducia" e "riprovazione"

L'etica professionale, si è detto, non è un'immobile Arcadia, popolata di pastorelli e pastorelle che si muovono come gentiluomini e damine. Al contrario, è un frenetico cantiere sempre aperto e, spesso, un terreno di scontro.

Accanto a valori condivisi, che costituiscono il cemento e lo scudo indispensabile per difendere principi e regole fondanti della professione, emergono in continuazione nuove "questioni etiche" del lavoro del magistrato, capaci di suscitare contrasti e divisioni nella società, nel mondo giudiziario e tra gli stessi magistrati.

Del resto, che l'etica professionale sia una realtà severa, talvolta divisiva, non è affatto una novità.

In fondo, la prima etica professionale laica, sganciata da riferimenti religiosi, è stata l'etica degli affari, che si è affermata quando il danaro ha cessato di essere considerato lo "sterco del diavolo" e il prestito dietro interesse non è stato più considerato un peccato capitale.

E per capire quanto fosse dura e rigorosa, all'origine, l'etica degli affari, occorre trasferirsi con l'immaginazione lontano nel tempo, in una piazza della Firenze del Trecento, e assistere allo spettacolo di un gruppo di persone che si dirige minaccioso verso la bottega di un banchiere, vi fa irruzione e rompe il suo banco.

Sono gli altri banchieri, i "pari" del malcapitato che, con la rottura del banco e la preclusione di ogni futura attività creditizia, sanzionano l'espulsione dalla loro comunità del membro che si è rivelato insolvente e, quindi, inadempiente alle regole della corporazione. Con quel gesto, essi dicono all'espulso una cosa molto semplice: se tu, non onorando i tuoi impegni, comprometti la "fiducia" che deve essere riposta in tutti noi e che rappresenta la condizione essenziale per lo svolgimento della nostra attività, allora meriti la massima "riprovazione" e non puoi più restare nella nostra comunità.

Il credito, allora come ora, si basava infatti sul miracolo della fiducia, che consentiva – ricordiamo che siamo nel Milletrecento – che una lettera di credito firmata a Firenze venisse onorata sulla piazza di Londra.

la consueta finezza intellettuale, Elvio Fassone. Si può curare – egli sosteneva – l'aggiornamento professionale continuo dei magistrati, preoccupandosi così del loro "sapere". Si possono aiutare i magistrati a "saper fare", stimolandoli a riflettere sui metodi di lavoro, sull'organizzazione, sulle forme nelle quali si attua la paziente ricerca di orientamenti condivisi. Il "sapere essere" magistrato, invece, non potrebbe essere oggetto di "somministrazione didattica" e potrebbe essere appreso solo attraverso un severo tirocinio personale e professionale, nel quale contano le esperienze individuali e l'esempio di altri magistrati. È difficile non essere d'accordo con l'idea che l'etica professionale costituisce, invece, l'oggetto di una lunga e permanente ricerca nel viaggio della professione a contatto con la realtà, le sue insidie, le sue tentazioni. E che sia così è provato dal fatto che l'etica, interessantissima, coinvolgente, divisiva quando si affrontano i singoli casi concreti e le questioni controverse, è sempre a rischio di apparire banale quando si enunciano in astratto principi e regole di comportamento, senza esplorarne la genesi storica e senza discuterne le contaminazioni con la realtà.

2. Albert Camus, *Il mito di Sisifo*, Bompiani, Milano, 1947 (ed. or. 1942), p. 121.

La rottura del banco è la genesi della bancarotta, che poi diverrà uno dei più gravi reati contro l'economia. È l'anticipo del trattamento severissimo che lo Stato borghese classico riserverà, poi, al fallito come al bancarottiere. Ed è anche il momento in cui compaiono le due parole chiave dell'etica professionale laica: "fiducia" e "riprovazione".

Fiducia dei cittadini, del pubblico in chi esercita un'attività delicata e cruciale; e riprovazione dei propri pari, riprovazione sociale per chi, con la sua condotta, incrina e compromette quella fiducia.

Sono parole che ricorreranno sempre nelle discussioni sull'etica professionale.

### 3. Uno sguardo alla storia: magistrati alla ricerca di una nuova etica negli anni sessanta e settanta

All'avvertenza iniziale sulla permanente durezza delle questioni dell'etica professionale deve accompagnarsi la consapevolezza storica.

Parlo della faticosa ricerca, compiuta a partire dalla fine degli anni sessanta, di un nuovo modello di magistrato e, corrispondentemente, di una nuova etica professionale coerente con quella idea di giudice e di pubblico ministero.

È la storia di una piccola rivoluzione o, meglio, della costruzione di una nuova casa con l'utilizzo di materiali antichi e preesistenti e con innesti innovativi ed arditi.

Concentriamoci sulle innovazioni, tutte realizzate attraverso non poche resistenze e contrasti.

Grazie a quella rivoluzione è cambiato, innanzitutto, il bene da tutelare attraverso l'applicazione di un'etica professionale rigorosa.

Non più l'astratto e formale valore del "prestigio" del corpo, punto di riferimento indiscutibile della magistratura degli anni cinquanta e sessanta, ma il più laico e concreto valore della "credibilità" del giudice, della fiducia dei cittadini, non in questo o quel magistrato, ma nel sistema della giustizia e nelle regole di funzionamento della giurisdizione.

Si è passati, inoltre, dal regime del segreto alla pubblicità e alla visibilità.

Il procedimento disciplinare, in origine connotato dalla totale segretezza, è divenuto, dapprima per scelta della stessa magistratura e poi per successivo riconoscimento legislativo, un procedimento non solo pubblico, al pari di ogni altro procedimento giudiziario, ma anche aperto alle più ampie forme di pubblicità, tra cui la trasmissione radiofonica del dibattimento disciplinare, ove vi sia il consenso dell'interessato.

Dunque credibilità *versus* prestigio, pubblicità *versus* segreto.

Due mutamenti radicali, fedelmente registrati in una importante decisione della Corte costituzionale, la sentenza n. 497 del 2000, che ha introdotto la possibilità per il magistrato incolpato di farsi difendere anche da un avvocato del libero foro.

In questa decisione – con evidente richiamo alla cultura dell'associazione dei magistrati e dei diversi gruppi associativi che la compongono – si è riconosciuto che la magistratura, «*in molte delle sue componenti*», ha avuto un importante merito storico. Da un lato, aver contribuito a realizzare, nell'ambito della giustizia disciplinare, l'abbandono di una vecchia nozione di prestigio del corpo a favore di una più moderna concezione del prestigio come «*credibilità dell'esercizio delle funzioni giudiziarie presso l'opinione pubblica intesa in senso pluralistico*». Dall'altro, aver concorso a ripudiare, attraverso prassi anticipatrici dei mutamenti legislativi, la segretezza del procedimento disciplinare a favore della sua pubblicità e della sua trasparenza «*valore portante di ogni sistema autenticamente democratico*».

In una parola, alla magistratura in «*molte delle sue componenti*» e al dibattito interno che in essa si è sviluppato, il giudice costituzionale ha dato atto del rovesciamento dei vecchi schemi – il "prestigio" e il "segreto" –, propri della cultura corporativa, a favore dei più moderni concetti di "credibilità" e "trasparenza", propri del moderno Stato democratico di diritto.

Né le trasformazioni promosse si sono fermate qui.

Si pensi all'accettazione del principio della responsabilità sociale e culturale di ciascun magistrato per le decisioni assunte e per le scelte interpretative compiute, che si è sostituita alla preesistente concezione dell'attività di interpretazione e applicazione della legge come operazione neutrale, puramente tecnica, asettica e perciò culturalmente e socialmente irresponsabile.

Si pensi, ancora, alla battaglia intrapresa contro la regola non scritta per cui "un magistrato non critica mai le sentenze dei colleghi" e contro l'opinione, largamente diffusa, che bollava le critiche provenienti dall'interno del corpo dei magistrati come indebite "interferenze". Scontro che ha portato alla progressiva affermazione e vittoria dell'opposto principio per cui, nella giurisdizione, "tutto può essere sottoposto a critica", anche da parte degli stessi magistrati.

Il che significa che non ci sono *arcana imperii* da tutelare chiudendosi in se stessi e che la fiducia nella magistratura non si rafforza con l'omertà corporativa, ma con la discussione aperta e l'analisi critica della giurisprudenza anche da parte di magistrati.

Un approdo a prima vista scomodo o sgradevole, ma in ultima istanza in grado di garantire meglio legittimazione e credibilità dell'istituzione giudiziaria nel suo complesso.



Si rifletta, infine, al passaggio dalla regola del silenzio al riconoscimento che vi sono casi in cui gli uffici hanno il dovere di parlare, di rettificare, di spiegare e di spiegarsi e lo stesso singolo magistrato ha il diritto di prendere la parola a tutela della sua immagine, come da ultimo riconosciuto anche dalla Corte di cassazione.

Dunque, a far tempo dalla fine degli anni sessanta, almeno due generazioni si sono mosse lungo queste strade per costruire un'etica professionale adeguata al loro tempo.

Nessuna delle trasformazioni realizzate è stata scontata, indolore, facile. E ciascuna di esse potrà essere revocata in dubbio in futuro giacché il cantiere dell'etica professionale è sempre in fermento e ogni generazione, sospinta dai mutamenti storici e dalle nuove domande di una società esigente, dà vita alla sua etica, grazie all'uso combinato di secolari pietre angolari e di materiali *high-tech* di ultima generazione.

#### **4. La Costituzione come prima fonte di imperativi etici**

Il percorso di ricerca di una nuova etica – di cui sono state ora indicate alcune tappe – ha preso le mosse dalla Costituzione per svolgersi lungo le linee tracciate dai codici di procedura, giungendo all'elaborazione di un codice etico e alla scrittura di un codice disciplinare.

È questo complesso mosaico di fonti che regola e definisce il quadro del “dover essere” dei magistrati a partire dalla Costituzione, prima fonte di imperativi etici per il magistrato.

La Carta costituzionale, infatti, non contiene solo il catalogo generale di principi e valori cui ispirare l'esercizio della giurisdizione e la vita privata del giudice cittadino, ma fornisce anche le indicazioni fondamentali ed essenziali sulla sua etica professionale. Al punto che il codice etico e il codice disciplinare ben possono essere considerati come altrettanti luoghi nei quali i principi costituzionali sono stati tradotti in regole di condotta solo socialmente doverose, o in norme assistite da sanzione disciplinare in caso di violazione.

Così, il principio di eguaglianza e la regola di pari dignità delle persone rappresentano canoni fondamentali di condotta per accusatori e giudici, da osservare nei confronti di tutti coloro che, con ruoli diversissimi, compaiono nella scena del processo o assistono ad esso: le parti, i difensori, i testimoni, i collaboratori amministrativi, gli spettatori, gli operatori dei *media*.

Per altro verso, l'estrema attenzione che il legislatore costituente dedica alle garanzie volte ad assicurare un'indipendenza effettiva dell'intera magistratu-

ra dice al singolo magistrato che egli deve completare il disegno costituzionale divenendo il primo custode della sua indipendenza, considerandola come un dono prezioso, ma anche come un onere pesantissimo e come una fonte di responsabilità.

La “cura” che ciascun magistrato dedica alla sua indipendenza personale è dunque un tratto della sua professionalità, uno dei metri su cui essa viene legittimamente misurata, giacché senza tale cura rischiano di essere vanificate e divenire vuote ed inutili le molte garanzie costituzionali previste dalla Carta.

Del resto, quando il costituente afferma che i magistrati sono soggetti solo alla legge, che essi devono “obbedire” soltanto alla legge, sta dicendo anche – come ricordava sempre un maestro come Pino Borrelli – che, quando è necessario, il magistrato deve saper “disobbedire” ad altri poteri e ad altri comandi che non siano quelli del legislatore. Un bivio di fronte al quale ciascun magistrato si trova più volte nel suo percorso professionale.

Infine, quando il Parlamento, nell'aggiornare la Carta costituzionale, ha affermato che la legge garantisce la «ragionevole durata» del processo ha fornito una direttiva al legislatore ordinario, ma ha anche ricordato che a tale obiettivo ogni magistrato deve contribuire per la sua parte, mettendo in campo una “ragionevole intensità di lavoro”, con tutto ciò che questo significa in termini di laboriosità, tempestività, fattivo concorso all'obiettivo collettivo del buon funzionamento della giurisdizione.

Direttamente dal testo costituzionale derivano, dunque, regole di etica professionale da osservare con lo scrupolo che è richiesto dalla fonte da cui promano.

E lo stesso può dirsi per i codici di procedura civile e penale che, nel regolare il processo, tracciano in continuazione linee di condotta per il magistrato, stabilendo obblighi, ma anche stimolando valutazioni di opportunità, imponendo o suggerendo comportamenti da tenere nelle molte situazioni critiche che, nel corso del processo, possono presentarsi.

Si pensi solo alle norme poste a garanzia della visibile imparzialità del magistrato come quelle sull'astensione e riconsunzione o ai termini “ordinatori” la cui violazione (in assenza di oggettive giustificazioni) non può essere considerata normale e naturale solo per la mancanza di sanzione giuridica.

#### **5. Da un quadro di doveri dettato dal giudice disciplinare ai testi scritti del codice etico e disciplinare**

Accanto a queste norme generali sono state, però, introdotte anche specifiche norme che fissano princi-

pi e modi della condotta del magistrato nella professione e fuori di essa, nella vita sociale.

Questa deontologia si è tradotta in norme in tempi relativamente recenti. In precedenza, essa derivava infatti esclusivamente da una fonte giurisprudenziale.

La formula dell'art. 18 della legge delle guarentigie assoggettava a sanzione disciplinare «*il magistrato che manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta tale, che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario*».

Non vi era perciò alcuna tipizzazione delle fattispecie disciplinarmente rilevanti e nessuna predefinizione delle correlative sanzioni che potevano essere liberamente scelte dal giudice disciplinare tra quelle elencate nella legge.

Tutto era rimesso, in sostanza, alla giurisprudenza della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, che, decidendo sulla incolpazione disciplinare, individuava *ex post* l'eventuale illecito e sceglieva la sanzione da applicare. Con la carenza di certezze e di garanzie che comporta un diritto sanzionatorio di fonte giurisprudenziale.

Poi sono venuti il codice etico del 1994<sup>3</sup> e il codice disciplinare del 2006.

Nell'area della specifica deontologia professionale, insistono ora due complessi di norme, che hanno diversa natura e funzione.

La distinzione tra il codice etico e le norme disciplinari è, in linea teorica, nettissima.

Esiste infatti un nucleo più ristretto di comportamenti, sanzionati disciplinarmente, che rappresenta il cerchio interno della deontologia professionale e segna il confine varcato il quale diviene necessario ricorrere all'*extrema ratio* della sanzione disciplinare.

Intorno a questa sfera se ne colloca un'altra di ben maggiori dimensioni, che include comportamenti eticamente doverosi, i quali, in caso di inosservanza, ricevono (o meglio, dovrebbero ricevere) la sanzione sociale, efficacissima quando sia effettivamente operante, della riprovazione dei propri pari e della collettività.

Si tratta, evidentemente, di piani da non confondere, anche se la deontologia, nel corso del suo progressivo sviluppo, ha conosciuto fraintendimenti e improprie commistioni tra questi due livelli, giustificando le iniziali perplessità e diffidenze dell'Associazione nazionale magistrati verso il compito di redazione del codice, assegnatole dal legislatore<sup>4</sup>.

3. Il testo del codice è pubblicato sul sito dell'Anm. Chi scrive ha avuto la ventura di concorrere alla stesura del primo codice etico e al suo aggiornamento nel 2010. Nel 1993 venne individuato un piccolo gruppo di lavoro, composto da Gioacchino Izzo, Gabriella Luccioli, Nello Rossi e Vladimiro Zagrebelsky, incaricato di redigere il testo base del codice da sottoporre poi alla discussione e all'approvazione degli organismi dell'Associazione. Un testo "breve" che non subì significativi mutamenti nella fase di approvazione da parte degli organismi locali e nazionali dell'Associazione nazionale magistrati.

Nella vasta letteratura sul codice etico, cfr. E. Di Palma, *Un codice etico per la magistratura*, in *La magistratura*, n. 4/1993, pp. 26 ss.; P. Giordano, *Il codice etico: un adempimento solo formale?*, in *Giustizia*, 1994, pp. 27 ss.; S. Cassese, *I codici di condotta*, in *Doc. giustizia*, n. 7-8/1994, pp. 1372 ss.; R. Magi, *Deontologia, processo, sistema. Riflessioni sul codice etico della magistratura*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 4/1994, pp. 766 ss.; L. De Ruggiero e G. Ichino, *Il codice etico dei magistrati. Una prima riflessione in tema di deontologia*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 1/1994, pp. 17 ss.; A. Cerri, *La bozza di "codice etico" del magistrato*, in *Critica del diritto*, n. 2/1994, pp. 43 ss.; M. Cicala, *Leggi e ordinamento giudiziario: interrogativi sul codice etico*, in *Corr. giur.*, n. 5/1994, pp. 525 ss.; G. Barbagallo, *I codici etici delle magistrature*, in *Foro it.*, n. 1/1996, III, pp. 36 ss.; G. Izzo, *Sulla crisi applicativa del codice etico dei magistrati*, in *Doc. giustizia*, n. 1/1996, pp. 2207 ss.; M. Sapignoli e F. Zannotti, *I codici etici delle magistrature italiane*, in P. Zatti (a cura di), *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, Cedam, Padova, 1996, pp. 247 ss.; V. Mele, *Codice etico per i magistrati: comportamenti e indipendenza*, in *Doc. giustizia*, n. 6/1997, p. 1237; C. Viazzi (magistrato e presidente di sezione presso il Tribunale di Genova), relazione sul tema «Magistratura onoraria: deontologia e profili disciplinari», Genova, 15 febbraio 2006. Sul tema, mi sia consentito rinviare anche a due miei scritti: N. Rossi, *Prime riflessioni sul codice etico della magistratura*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 4/1993, pp. 804 ss., e *Id.*, *L'elaborazione del codice etico dell'ANM*, in *Aa.Vv.*, *Deontologia giudiziaria*, Jovene, Napoli, 2006, pp. 205-221.

4. Come è nato e che valore ha il codice etico? E quali le ragioni della diffidenza dell'Anm? L'art. 58-bis del d.lgs 3 febbraio 1993, n. 29, che dettava norme in materia di «*Razionalizzazione della organizzazione delle Amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421*», prevedeva che la Presidenza del Consiglio dei ministri, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, adottasse codici di comportamento dei dipendenti pubblici. Per le magistrature, invece, si prevedeva che l'introduzione di codici etici avvenisse a opera degli organi delle associazioni di categoria, entro il termine di centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del d.lgs n. 29, da sottoporre all'adesione degli appartenenti alla magistratura interessata. Decorso inutilmente il termine fissato dal legislatore, il codice sarebbe stato adottato dall'organo di autogoverno. L'Associazione nazionale magistrati venne dunque stimolata dal legislatore alla redazione di un codice etico e, in qualche misura, messa in mora perché la sua inerzia avrebbe significato attribuire al Csm il compito della redazione del codice. L'Associazione non nascose le sue perplessità e perfino un certo fastidio verso l'onere che la legge, o meglio, un decreto legislativo le accollava. Chi rilegga il breve testo di introduzione e di presentazione del codice etico, che risale al 1994, trova chiaramente manifestate quelle perplessità e, se si vuole, i timori dell'epoca, che si tradussero in una certa diffidenza verso il codice etico, di cui pure l'Associazione era l'autrice e la responsabile. Nel preambolo del codice, l'Associazione esprimeva perplessità sulla costituzionalità della norma istitutiva del codice etico tanto sotto il profilo dell'eccesso di delega quanto sotto il profilo della possibile violazione della riserva assoluta di legge in materia di ordinamento giudiziario. L'Associazione si preoccupava, inoltre, di chiarire che il codice conteneva indicazioni di principio prive di efficacia giuridica, destinate a collocarsi su di un piano

Nel tempo, vi sono stati aggiornamenti del codice etico del 1994, che non ne hanno però mutato l'impianto.

Più precisamente, nel 2010, il testo del 1994 è stato ritoccato in qualche punto, in particolare per adeguarlo alla società dell'informazione e della comunicazione, e all'accresciuta sensibilità sulla questione morale. Così come sono state introdotte procedure per adottare, anche in via cautelare, la sanzione dell'espulsione dall'Associazione nei confronti degli iscritti coinvolti in gravi vicende penali.

Il quadro dei doveri dei magistrati è stato poi completato con l'approvazione, nel 2006, del codice disciplinare (d.lgs 23 febbraio 2006, n. 109), emanato in attuazione della legge delega proposta e fatta approvare dal ministro della giustizia Roberto Castelli. Codice profondamente modificato – prima ancora della sua entrata in vigore – dalla maggioranza parlamentare del Governo “Prodi bis”, con la legge n. 269 del 2006.

L'analisi del codice disciplinare, scaturito da una vicenda legislativa assai accidentata e complessa, esula dai limiti di questo scritto.

Basterà qui ricordare che, nel d.lgs n. 109/2006, si dava vita a un diritto disciplinare del silenzio e dell'apparenza, giacché l'art. 2, comma 1, lett. *bb* dello stesso decreto sanzionava disciplinarmente «*il rilasciare dichiarazioni ed interviste in violazione dei criteri di equilibrio e di misura*», mentre l'art. 3, lett. *f* qualificava come illecito disciplinare «*la pubblica manifestazione di consenso o dissenso in ordine a un procedimento in corso quando, per la posizione del magistrato o per le modalità con cui il giudizio è espresso, sia idonea a condizionare la libertà di decisione nel procedimento medesimo*».

A corredo di queste previsioni stava, poi, la norma di chiusura dell'art. 3, lett. *l* del decreto, che includeva tra gli illeciti «*ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza*». Norma, questa, destinata a trovare

nella parola pubblica e nella partecipazione alla vita sociale del magistrato il suo campo elettivo di applicazione.

Una vera e propria stretta liberticida che, grazie all'ampio uso di formule tanto indeterminate quanto minacciose, avrebbe dovuto ingenerare nei destinatari del codice una permanente incertezza sui comportamenti passibili di intervento disciplinare e ripristinare il silenzio come indiscussa regola di condotta dei magistrati, sia nell'esercizio delle funzioni che nella dimensione pubblica.

La circostanza che il testo originario non sia mai entrato in vigore ha fatto sì che molti magistrati non abbiano mai avuto piena cognizione, consapevolezza e soprattutto concreta esperienza né delle norme repressive contenute nel d.lgs n. 109/2006 né delle singolarità del procedimento disciplinare, caratterizzato dalla assoluta obbligatorietà dell'azione disciplinare e dalla compresenza, nel dibattimento disciplinare, di due accusatori paralleli: la Procura generale e il rappresentante del Ministro della giustizia.

## 6. Il codice etico dei magistrati: un'occasione mancata?

Se la diffidenza iniziale verso il compito di redigere un codice etico aveva delle giustificazioni, l'Associazione nazionale magistrati fu comunque poco lungimirante nello sminuirne il valore e nel gestirlo, per così dire, sotto tono.

Infatti, l'attribuzione all'Anm del compito di redigere il codice etico era ed è un significativo riconoscimento istituzionale e un rilevante fattore di legittimazione del suo ruolo e della sua funzione.

Il legislatore ha preso atto che l'Anm – in forza della sua cultura, del suo patrimonio di riflessione e di continua elaborazione sulla figura del magistrato e sul ruolo che deve svolgere nella società e nelle istituzioni – è la naturale depositaria e l'interprete di

---

diverso rispetto alla regolamentazione degli illeciti disciplinari. La diffidenza espressa nel preambolo, che oggi può sembrare miope e incomprendibile, aveva una giustificazione. Si temeva che – in assenza di un codice disciplinare, in mancanza di una adeguata tipizzazione delle fattispecie di illecito disciplinare e vigendo la formula generica dell'art. 18 della legge delle guarentigie – le regole liberamente dettate dal codice etico per delineare una figura alta, ideale, di magistrato e i suoi doveri subissero una inammissibile torsione e potessero essere interpretate *tout court* come altrettante fattispecie di illecito disciplinare, alla stregua di norme incriminatrici. Una torsione non da poco e non poco preoccupante. Per intenderci: come se in una società il libro della morale, magari religiosa, divenisse il codice penale. Insomma, il modello delle società teocratiche, che hanno fatto – o tuttora fanno – della Bibbia o del Corano, o di qualsiasi altro testo etico-religioso, la legge regolatrice dei rapporti sociali. La preoccupazione originaria è stata confermata, sia pure solo sporadicamente, nel corso degli anni giacché alcune regole dettate dal codice etico sono state trasfuse in capi di incolpazione disciplinare. I promotori dell'azione disciplinare – il Ministro della giustizia e lo stesso ufficio del procuratore generale – hanno, talvolta in maniera disinvolta e irriflessiva, compiuto questa operazione e, almeno in un caso, la Corte di cassazione a sezioni unite l'ha avallata in una sua pronuncia, smentendola poi in altre decisioni. Solo la sezione disciplinare ha tenuto la barra ferma, sottolineando più volte la differenza genetica e funzionale delle norme del codice etico dalla materia disciplinare. Se è evidente che la violazione di alcuni (solo alcuni) dei precetti di condotta contenuti nel codice etico può coincidere con un illecito disciplinare, è altrettanto evidente che il codice etico non poteva essere considerato come una sorta di “guardaroba” cui attingere per rivestire in modo accettabile una incolpazione disciplinare inappropriata.

un'etica professionale molto complessa come è quella del magistrato, e che essa è, se non l'unico, almeno il primo soggetto in grado di enucleare e aggiornare i valori e le regole di questa etica.

C'è qui il riconoscimento – meditato – di una funzione sociale e istituzionale e del ruolo storico dell'associazionismo italiano.

Non è un riconoscimento di poco conto. Soprattutto se lo si confronta con le polemiche politiche contingenti, nel cui ambito l'Associazione e l'associazionismo sono spesso indicate come realtà anguste, corporative, meramente sindacali e, perciò, incapaci di attingere a una visione generale dei problemi della giurisdizione.

Del resto, questo contrasto tra l'asprezza delle polemiche contingenti e la presa d'atto, in sedi più riflessive, della funzione positiva e modernizzatrice svolta dall'associazionismo si ritrova anche in altri luoghi, come nella già menzionata pronuncia n. 497 del 2000 della Corte costituzionale.

L'Anm, dunque, sottovalutò il significato e la valenza istituzionale del compito che le fu affidato dal legislatore di redigere un codice etico.

Ma non è questa la principale critica che può esserle mossa.

È ben più grave che essa non abbia fatto tutto quello che poteva e doveva per valorizzarne il reale contenuto: un impegno assunto con i cittadini, unilaterale nel momento in cui è stato formulato, ma pattizio, consensuale, bilaterale nella sua attuazione concreta.

In altri termini, il codice doveva – e può ancora – divenire l'oggetto di un vero e proprio "patto" con i cittadini nel quale – a fronte del riconoscimento da parte della collettività dell'indipendenza e della ineliminabile discrezionalità interpretativa del magistrato nell'esercizio delle sue funzioni – i magistrati, attraverso la loro rappresentanza collettiva, si impegnano a osservare quelle regole di correttezza istituzionale, ma anche di cortesia, di umanità, di rispetto, di efficienza nell'adempimento dei propri compiti che stanno scritte nel codice. Con il corollario che possono essere chiamati a rispondere delle violazioni non sempre davanti al giudice disciplinare, perché non ogni violazione del codice è infrazione disciplinare, ma davanti al tribunale dell'opinione pubblica interna ed esterna alla magistratura e al mondo forense: in una parola, dinanzi al tribunale morale di una società giustamente esigente nei confronti dei suoi giudici, che ha il diritto a pretendere che essi rispettino gli impegni assunti<sup>5</sup>.

Questo avrebbe richiesto e richiede una più ampia pubblicizzazione del codice, forme istituzionali e permanenti di sua divulgazione (quale, ad esempio, l'affissione all'ingresso di tutti i tribunali), la presentazione sistematica nelle scuole, un invio del testo in tutte le sedi istituzionali e in tutti i giornali, in modo da rendere a tutti noti e, per questa via, più cogenti ed esigibili gli impegni di comportamento assunti.

C'è ancora tempo per realizzare questo patto con i cittadini, ma è grave che non sia stato fatto tutto quello che era necessario in questa direzione.

5. Fondamentale, su questo terreno, resta il riferimento alla «Carta dei diritti del cittadino nella giustizia», proclamata da Cittadinanzattiva il 14 giugno 2001 e diffusa, con iniziative pubbliche, nei tribunali di ventisette città italiane. La Carta enuncia sette fondamentali diritti inerenti al rapporto dei cittadini con il "servizio giustizia" e i suoi operatori, diritti formalmente sanciti dalla legge ma, spesso, nella sostanza ampiamente violati:

«1. *Diritto all'informazione*

Ogni cittadino ha diritto di ricevere informazioni adeguate, comprensibili e complete da parte dei diversi operatori della giustizia, siano essi avvocati, magistrati, forze dell'ordine, cancellieri o addetti agli uffici, in merito agli *iter* procedurali, alle spese che dovrà affrontare, ai tempi di svolgimento del procedimento e alle eventuali conseguenze.

2. *Diritto al rispetto*

Il cittadino ha diritto di vedere rispettata la propria dignità, sia che egli rivesta il ruolo di parte che di testimone, e di non essere oggetto di prassi e di comportamenti lesivi della sua integrità fisica, psichica, morale e sociale.

3. *Diritto all'accesso*

Ogni cittadino ha diritto di non essere discriminato nell'accesso alla giustizia a causa delle proprie condizioni economiche e sociali, soprattutto in relazione ai crescenti oneri per le investigazioni difensive nel processo penale e alle ingenti tariffe previste per il processo civile.

4. *Diritto a strutture adeguate*

Il cittadino ha diritto a utilizzare strutture adibite alla giustizia, adeguate, dignitose e funzionali per ciò che concerne l'igiene, l'ubicazione e la logistica, le suppellettili, il numero delle aule, l'accessibilità dei locali per persone disabili.

5. *Diritto alla partecipazione*

Il cittadino ha diritto di partecipare all'amministrazione della giustizia, così come previsto dall'art. 102 della Costituzione, anche all'interno dei consigli giudiziari e con la promozione di azioni di monitoraggio civico circa il funzionamento del servizio e lo sviluppo di forme di interlocuzione con le autorità competenti.

6. *Diritto a un processo celere*

Il cittadino ha diritto di vedere rispettato il suo tempo nei confronti della giustizia e a non subire danni, dovuti alla lunghezza dei processi e delle procedure giudiziarie, in linea con i principi e i diritti sanciti a livello europeo.

7. *Diritto alla qualità*

Il cittadino ha diritto a usufruire di giustizia e qualità in quanto a risultati attesi ed accettabili, preparazione degli operatori e correttezza delle procedure».

## 7. L'etica di chi governa la magistratura: i doveri dei componenti laici e togati del Consiglio superiore

Se è stato complessivamente modesto il risalto pubblico dato al codice etico dei magistrati, ancora più fitta è stata l'ombra nella quale sono rimaste immerse le regole riguardanti "i doveri" e "i comportamenti" dei componenti del Csm, che pure erano stati oggetto di un'ampia delibera consiliare risalente al 20 gennaio 2010.

In tale atto ci si preoccupava, opportunamente, di chiarire le implicazioni pratiche del principio di «libera autodeterminazione di ciascun componente del Consiglio», impegnando i consiglieri a studiare di persona le questioni da affrontare e a non rendersi acritici interpreti, in sede consiliare, «di posizioni di gruppi politici o di singoli esponenti politici nonché di gruppi dell'associazionismo giudiziario o di singoli magistrati anche solo per ragioni di appartenenza o di debito elettorale».

Con il corollario del rifiuto di far discendere da accordi assunti all'esterno dell'istituzione e da pratiche spartitorie le scelte consiliari, con particolare riferimento alle nomine a uffici direttivi o semidirettivi e al conferimento di altri incarichi.

Si poneva, inoltre, l'accento sull'indipendenza dei consiglieri di nomina parlamentare, ai quali si chiedeva di non mantenere in vita, anche di fatto, situazioni generatrici di incompatibilità e di attuare una effettiva sospensione delle attività professionali durante la consiliatura.

Il quadro dei doveri, *rectius*, degli impegni professionali e morali assunti con la carica era completato da richiami alla diligenza e alla laboriosità, al rispetto del riserbo e della segretezza sanciti dagli artt. 18 e 19 del regolamento interno del Consiglio, all'obbligo di astensione da dichiarazioni pubbliche interpretabili come indebite interferenze in procedimenti giudiziari in corso.

Chiunque abbia seguito, nel corso degli anni, le vicende consiliari sa che non sono state poche le violazioni di queste "naturali" regole di condotta da parte dei consiglieri superiori.

Ed è un fatto che tali violazioni siano state solo di rado polemicamente stigmatizzate nei dibattiti in seno al Consiglio e che – al di fuori delle decisioni imposte dalla legge per i casi di violazione di norme di legge sulle incompatibilità o di conclamata violazione del segreto di ufficio – non si conoscano atti del Consiglio diretti a richiamare singoli consiglieri al rispetto delle regole proprie del ruolo svolto.

Sono mancate, in altri termini, proprio la vigilanza e la "riprovazione" dei propri pari, necessarie per conferire alle prescrizioni etiche una reale efficacia e

capacità di penetrazione nei diversi ambiti dell'esperienza consiliare.

## 8. C'è ancora un'etica che divide i magistrati

Le fonti sin qui richiamate e i principi desumibili dalla Costituzione, dai codici di procedura, dal codice etico e da quello disciplinare costituiscono la trama uniforme dell'etica del magistrato.

Ma i fili dell'ordito si incaricano di comporre disegni sempre diversi, mossi, variegati, talora bizzarri e difficilmente decifrabili.

Emerge in essi il versante problematico che accompagna ogni etica professionale, ma che, nel caso dei magistrati, è enfatizzato e drammatizzato dalla natura dei loro compiti e dall'incidenza delle loro decisioni sui beni fondamentali delle persone: la libertà, l'onore, la reputazione, i diritti di proprietà, il lavoro.

Se è vero che la grande forza dell'etica professionale sta nell'unire gli appartenenti a un corpo intorno ad un nucleo di valori tipici, condivisi, che si vogliono salvaguardare anche a prezzo di forti resistenze rispetto alle pressioni esterne, c'è anche un'etica che divide.

Per i magistrati, le faglie di possibile frattura corrono su due linee.

I magistrati possono infatti dividersi tra di loro quando affrontano, nell'attività giudiziaria, questioni eticamente spinose. Si pensi, ad esempio, ai temi della bioetica, alle questioni del fine vita o, per stare ancorati alla più stretta attualità, alla valutazione e comparazione delle circostanze attenuanti e aggravanti dei delitti contro la persona oppure all'interpretazione delle cause di giustificazione che chiamano direttamente in causa la sensibilità sociale e la percezione, da parte del magistrato, del grado di disvalore di determinati comportamenti.

Inoltre, i magistrati si dividono nell'interpretare, e ancor più nel mettere quotidianamente in pratica, l'etica professionale giacché, come ognuno può constatare, convivono nella loro comunità atteggiamenti rigorosi e comportamenti più disinvolti fino all'estremo dei casi, che hanno drammaticamente portato alla ribalta la questione morale in magistratura.

Di più: su alcuni temi, particolarmente problematici, il contrasto diviene culturale e teorico poiché sono differenti la lettura degli imperativi etici, la loro gerarchia e le loro forme di traduzione nell'esperienza del fare giustizia.

Gli esempi dell'etica che divide sono molti: il modo di intendere l'imparzialità del giudice e del pubblico ministero; la ricerca dell'equilibrio tra libertà di espressione del pensiero, dovere di riserbo e dovere del magistrato di spiegare e di spiegarsi; il modo

di intendere l'eguaglianza e la dignità dei cittadini che entrano nelle aule di giustizia.

Nascono i dilemmi etici che connotano la storia e il dibattito sulla magistratura, si profilano le diverse alternative che pure germinano da un comune terreno di idee, di aspirazioni, di esigenze.

### 9. I problemi dell'oggi: l'emersione prepotente dell'interesse personale

A questi temi alti è stata dedicata in questi anni, come ho accennato in esordio, grande e prevalente attenzione nella discussione collettiva dei magistrati e degli studiosi.

È stata una singolare forma di presbiopia (o, se si preferisce, di snobismo intellettuale) se è vero che su altri terreni, meno problematici in termini intellettuali, ma assai spinosi nella pratica quotidiana, si sono verificate le più gravi *défaillances*.

Fallimenti etici caratterizzati, pur nella loro grande diversità, da un minimo comune denominatore: il venir meno del "disinteresse personale" nella vita professionale e nell'esercizio delle funzioni giudiziarie o di amministrazione della giurisdizione.

Nutrire ambizioni di carriera non esclusivamente sostenute dal merito; valersi dell'impegno nelle associazioni della magistratura al fine di trarne indebiti vantaggi professionali; ottenere utilità o dispensarle grazie ai poteri di gestione o di nomina in vario modo connessi all'attività giudiziaria: ecco alcuni dei fronti sui quali l'interesse personale, in casi limitati, ma gravi e allarmanti, ha potuto prendere il sopravvento ispirando condotte solo eticamente riprovevoli o apertamente contrastanti con il codice disciplinare e con quello penale.

Ora, chiunque abbia letto il testo del codice etico sa che il richiamo al «*disinteresse personale*» del magistrato è una costante e che esso è considerato una sorta di requisito primario di ogni condotta eticamente corretta nella vita professionale e sociale.

Non è dunque agli estensori del codice etico che si può imputare la presbiopia che ha distolto l'attenzione dai profili più quotidiani e ricorrenti dell'etica per concentrarla sulle questioni più controverse e, apparentemente, più nobili e alte.

Sin dal suo primo articolo, il codice etico afferma che «*nello svolgimento delle sue funzioni, nell'esercizio di attività di autogoverno ed in ogni comportamento professionale il magistrato si ispira a valori di disinteresse personale*» unitamente a quelli di indipendenza, anche interna, e di imparzialità, mentre, nel delineare la condotta da tenere nei rapporti con le istituzioni, con i cittadini e con gli utenti della giustizia, l'art. 2 del codice ricorda al magistrato il dovere

di respingere «*ogni pressione, segnalazione o sollecitazione comunque diretta ad influire indebitamente sui tempi e sui modi di amministrazione della giustizia*» e di astenersi «*da ogni forma di intervento che possa indebitamente incidere sull'amministrazione della giustizia ovvero sulla posizione professionale propria o altrui*».

Altrettanto nitido è il codice nell'enunciare, all'art. 10, gli obblighi di correttezza del magistrato, prescrivendogli di non servirsi «*del suo ruolo istituzionale o associativo per ottenere benefici o privilegi per sé o per altri*»; prevedendo che «*il magistrato che aspiri a promozioni, ad assegnazione di sede e ad incarichi di ogni natura non si adopera al fine di influire impropriamente sulla relativa decisione, né accetta che altri lo facciano in suo favore*»; chiedendogli di astenersi «*da ogni intervento che non corrisponda ad esigenze istituzionali sulle decisioni concernenti promozioni, trasferimenti, assegnazione di sede e conferimento di incarichi*».

È un'etica particolarmente severa, dunque, quella che la magistratura ha imposto a se stessa come contropartita individuale e collettiva della posizione istituzionale alta e privilegiata di cui gode nell'ordinamento.

Ed è, soprattutto, un'etica consapevole delle molte insidie che l'esercizio di un "potere" nella giurisdizione o nella sfera del governo autonomo reca con sé.

### 10. Alla ricerca di antidoti. Le proposte di modifica del codice etico avanzate dal Comitato direttivo dell'Anm

Ora, se non mancano e anzi sono particolarmente dettagliate e specifiche le norme che ricordano ai magistrati il valore del disinteresse personale nella vita professionale e sociale, quale reazione occorre avere di fronte alle cadute più frequenti, motivate soprattutto da interessi individuali di carriera o da un esercizio spregiudicato dei poteri di amministrazione della giurisdizione nelle nomine a incarichi direttivi o di natura affine?

Si tratta solo di prendere atto di questi cedimenti, addebitandoli alla natura umana e alle manchevolezze dei singoli, o non occorre invece interrogarsi anche sull'ambiente culturale, professionale, istituzionale nel quale le violazioni sono risultate possibili, realizzabili, e sono state percepite come ammissibili e consentite?

Una riflessione, questa, che va unita alla ricerca di orientamenti culturali e di modifiche ordinamentali che possano ridurre lo spazio delle deviazioni e restituire effettività al prerequisito del disinteresse personale.

Proviamo, innanzitutto, ad analizzare le modifiche apportate allo Statuto dell'Anm dall'Assemblea generale del 14 settembre 2019 e le proposte di modifica al codice etico avanzate dal Comitato direttivo centrale dell'Associazione nazionale magistrati al fine di saggiarne l'efficacia e l'effettiva rispondenza alle esigenze poste dalla realtà.

Come è noto, il 14 settembre 2019 l'Assemblea generale ha approvato numerose modifiche dello Statuto dell'Associazione<sup>6</sup>, alcune delle quali incidenti anche sul codice etico e sul procedimento disciplinare interno all'Anm, mentre il Comitato direttivo ha formulato una base di proposte di modifica al codice etico «*dirette a delimitare la libertà nella richiesta o nell'accettazione d'incarichi o candidature al CSM*», che sono state presentate all'Assemblea, avviando così l'iter di consultazione dei magistrati attraverso assemblee locali, «*al fine di raccogliere il più ampio e motivato consenso possibile su questi od altri interventi di revisione del codice etico*»<sup>7</sup>.

Dalla lettura del nuovo articolo che si propone di aggiungere al codice etico (art. 7-bis), emergono con chiarezza le finalità perseguite.

Da un lato, si intende interrompere il circolo – giudicato vizioso – tra la presentazione di candidature al Csm e incarichi già “in atto” nell'Associazione o in istituzioni interne ed esterne alla magistratura (consigli giudiziari, Comitato direttivo della Scuola della magistratura, incarichi che comportano il collocamento fuori del ruolo organico della magistratura).

Dall'altro lato, si vuole precludere una accentuata contiguità temporale – anch'essa considerata discutibile e negativa sul piano etico – tra la fine del mandato di consigliere del Csm e l'assunzione di incarichi di direzione degli uffici giudiziari o presso altre istituzioni.

In altri termini, ai magistrati si propone di assumere su di sé un nuovo imperativo etico: onorare fino alla naturale scadenza gli impegni associativi o istituzionali assunti e, soprattutto, non considerarli impropriamente come un “trampolino di lancio” verso nuove e più ambite mete di carattere professionale o istituzionale.

Si tratta, all'evidenza, di una risposta alle incertezze, agli ondeggiamenti e ai cedimenti della politica e del legislatore in questa materia, attraverso la quale si mira a frapporre una sorta di barriera etica laddove altre barriere, apparentemente più solide ed efficaci, si sono dimostrate labili e facilmente aggirabili.

L'aspetto certamente apprezzabile della proposta – altamente significativo sul piano dell'etica professionale – sta nel richiamare i magistrati al pieno rispetto, fino alla scadenza del naturale mandato, dei propri impegni associativi e/o istituzionali. Tale richiamo è destinato a chiudere la strada al disinvoltato ricorso a dimissioni anticipate, che restano naturalmente sempre possibili senza però che vengano meno, prima del tempo, gli oneri morali assunti all'atto dell'accettazione di un determinato incarico e le preclusioni ritenute eticamente doverose all'immediato passaggio ad altri compiti e ruoli.

- 
6. Queste le novità più significative scaturite dal processo di revisione dello Statuto:
1. tipizzazione degli illeciti disciplinari degli associati, rimessi al Collegio dei probiviri, attraverso il rinvio ai singoli precetti contenuti nel codice etico, senza previsioni di automatismi nelle sanzioni, poiché la valutazione di proporzionalità è sempre rimessa agli organi associativi (art. 9); attraverso il rinvio dell'art. 9, potranno essere inseriti nel codice etico eventuali vincoli cogenti per gli associati in relazione ad attività ritenute temporaneamente o permanentemente inconciliabili con la vita del magistrato o con suoi incarichi precedenti;
  2. ampliamento delle garanzie procedurali per l'incolpato nel procedimento disciplinare (interno all'Anm, va ribadito) e introduzione della sospensione cautelativa dell'incolpato dall'attività associativa (artt. 9 e 10);
  3. l'inserimento dell'ufficio sindacale tra gli organi centrali dell'Anm, così che possa proseguire anche nei quadrienni successivi il lavoro avviato dall'ufficio attuale (artt. 12, 30-32 e 38-ter);
  4. l'assunzione automatica d'impegno da parte degli associati a portare a compimento i loro mandati elettivi fino alla loro scadenza naturale (art. 25-bis);
  5. l'utilizzo degli strumenti telematici per alcune forme di partecipazione alla vita associata (artt. 25, 26, 27, 28, 43, 54, 55 e 58).

7. Di seguito il testo del nuovo articolo – il 7-bis – che si propone di introdurre nel codice etico:

«Art. 7 bis – Cariche associative e istituzionali.

*Il magistrato componente del Comitato Direttivo Centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati, delle Giunte Esecutive Sezionali, delle presidenze e delle segreterie nazionali dei gruppi associativi (comunque denominate) non si candida al Consiglio Superiore della Magistratura prima della scadenza naturale dell'organo di appartenenza.*

*Il magistrato componente dei Consigli giudiziari e del Consiglio direttivo della Scuola Superiore della Magistratura non si candida al Consiglio Superiore della Magistratura prima della scadenza naturale dell'incarico.*

*Il magistrato fuori ruolo non si candida al Consiglio Superiore della Magistratura prima del decorso di due anni dal ricollocamento in ruolo.*

*Il magistrato già appartenente al Consiglio Superiore della Magistratura non presenta domanda per ufficio direttivo o semidirettivo, ove non ricoperto in precedenza, e non accetta incarichi fuori ruolo prima del decorso di due anni dal ricollocamento in ruolo».*

Il limite fisiologico dell'opzione sta nel suo essere indirizzata pressoché esclusivamente al versante delle cd. "carriere parallele", costruite attraverso percorsi a tappe, spesso accuratamente programmati in anticipo, che sfruttano indebitamente le relazioni e la visibilità connesse a determinati incarichi per raggiungere ulteriori traguardi.

Un fenomeno, questo, di cui non sono certo mancati esempi vistosi – al confine tra il cattivo gusto istituzionale e l'aperta strumentalizzazione dei ruoli ricoperti –, che hanno suscitato disappunto e riprovazione in sempre più ampi settori della magistratura.

Restano, però, al di fuori (non della discussione in corso sull'etica, ma) delle proposte di modifica del codice etico molte altre questioni, destinate ad assumere un rilievo decisivo nel quadro di una rivisitazione e di un ripensamento profondi dell'etica dei magistrati.

Il *self-restraint* dell'Associazione nell'intervenire, con proposte di modifica, sul testo del codice appare comprensibile e giustificato data la peculiare natura dei precetti etici e i loro naturali limiti a fronte di interessi, aspettative e diritti nascenti dalla normativa di ordinamento giudiziario e dal complessivo assetto dell'organizzazione giudiziaria.

Ciò non significa, tuttavia, che la magistratura italiana possa – nel riflettere sui temi della professione – eludere i temi di fondo oggi sul tappeto e rinunciare a chiedere innovazioni e riforme che diano vita a un ambiente istituzionale e ordinamentale propizio alla rinascita di un'etica professionale vitale ed elevata.

Esplorare le nuove frontiere dell'etica significa, perciò, porsi interrogativi radicali sull'assetto della carriera, sul rapporto con la politica, sulla vigilanza istituzionale e collettiva necessaria ad assicurare correttezza, regolarità ed efficienza della giurisdizione.

## **11. Le nuove frontiere dell'etica professionale. Disinnescare il "carrierismo"**

In quest'ottica, ci si trova subito di fronte ai nodi della "carriera" dei magistrati, del ruolo dei dirigenti degli uffici e dell'emersione di una vera e propria carriera dirigenziale, con il corollario della spinta al carrierismo.

È davvero possibile disinnescare il carrierismo – divenuto la fonte della maggior parte dei problemi – salvaguardando al contempo un ruolo forte e significativo della dirigenza degli uffici?

La risposta deve tener conto di due evidenze storiche apparentemente in contrasto l'una con l'altra.

La prima: è stata la magistratura "senza carriera" ad aver svolto, nel periodo repubblicano, un ruolo di straordinaria importanza, promuovendo nuovi

valori, adeguando la giurisprudenza alle mutate sensibilità collettive, contrastando mafia e terrorismo e orientando l'attenzione sulla criminalità politico-amministrativa ed economica, in precedenza troppo a lungo negletta.

La seconda: è stata l'attenzione dedicata, negli ultimi due decenni, ai temi della "organizzazione" e della "dirigenza" ad aver realizzato – nei limiti consentiti dai nostri farraginosi codici di procedura – significativi guadagni sul versante dell'efficienza e dell'efficacia della giurisdizione, oltre che della coerenza e omogeneità della giurisprudenza. Con il risultato che, oggi, la dirigenza degli uffici giudiziari è complessivamente migliore di quella selezionata sulla base del precedente criterio dell'anzianità senza demerito.

Da entrambe queste evidenze, assai difficilmente contestabili, scaturisce una prima indicazione utile per disinnescare la mina morale e professionale del carrierismo, preservando gli indubbi vantaggi organizzativi e culturali della scelta per una dirigenza dinamica e incisiva.

Si tratta di salvaguardare e valorizzare il ruolo attivo e incisivo della dirigenza e, al contempo, di sganciarla dalla prospettiva di una "carriera dirigenziale" diversa da quella propria del magistrato e potenzialmente destinata a snodarsi attraverso passaggi da un incarico direttivo a un altro.

Questo obiettivo è realizzabile in un solo modo. Prevedendo che, al termine di un incarico di direzione, il magistrato sia ricollocato – per un congruo periodo di tempo, almeno pari alla metà del tempo dell'incarico svolto – nella stessa posizione professionale di provenienza o in altra analoga, senza possibilità di richiedere e ottenere un nuovo incarico direttivo per tale lasso di tempo.

Solo escludendo o limitando drasticamente la "carriera dirigenziale" e vanificando le relative aspettative si può, infatti, rendere chiaro a "tutti" (i magistrati diretti e lo stesso magistrato dirigente) che il ruolo di direzione di un ufficio giudiziario non è uno *status*, ma un incarico temporaneo, di durata adeguata a garantirne l'incisività, che non istituisce differenze permanenti tra dirigenti e diretti, ma solo una temporanea diversità di funzioni.

Non si è osservato abbastanza che la temporaneità delle funzioni direttive e la parallela riduzione dei requisiti di anzianità per l'accesso a incarichi di direzione – a lungo rivendicate dalla stessa magistratura – sono state introdotte dalla "riforma Castelli" senza essere accompagnate dalla previsione di un lungo intervallo obbligatorio nel quale il dirigente dovesse ritornare, una volta terminato il suo incarico, a svolgere esclusivamente il lavoro di magistrato.

Questo assetto ha stimolato una impropria "rinascita della carriera", allineando la magistratura ad altre carriere burocratiche nelle quali il *cursus hono-*



*rum* inizia con incarichi di direzione più modesti, per passare progressivamente a incarichi via via più prestigiosi.

L'obiezione mossa alla "cesura" che si propone di introdurre è ben nota: il rischio di perdere l'apporto prezioso di dirigenti che hanno dato buona prova di sé in un precedente incarico.

Ora – a parte il fatto che la soluzione prospettata non preclude lo svolgimento di due incarichi di direzione nel corso della vita professionale – l'obiezione è tutt'altro che decisiva.

Da un lato, si può replicare che nel mondo della magistratura i talenti acquisiti e l'esperienza maturata nel positivo svolgimento di un incarico dirigenziale possono essere proficuamente reimpiegati in molteplici sedi: nel circuito del governo autonomo, nel settore della formazione, nelle molteplici attività di coordinamento all'interno degli uffici. Dall'altro, va messo in rilievo che un più intenso avvicendamento negli incarichi direttivi e la più ampia diffusione delle esperienze organizzative possono rivelarsi estremamente positivi e fruttuosi in un contesto, come quello della magistratura, nel quale non mancano talenti e competenze da valorizzare nella chiave della dirigenza.

Inoltre, il guadagno che ne verrebbe in termini simbolici, culturali ed etici sarebbe altissimo, giacché la cessazione di un incarico dirigenziale e il ritorno alle funzioni di magistrato non potrebbe – se previsto dalla legge – essere vissuto come una sorta di *de-minutio* e inciderebbe in profondità sulla psicologia dei cittadini, dei magistrati e degli stessi interessati, dando vita finalmente a una diversa considerazione del ruolo direttivo, meglio rispondente al dettato costituzionale, che prevede la distinzione dei magistrati solo sulle base delle funzioni svolte e non autorizza l'emersione di una parallela carriera di dirigente.

Si tratterebbe, in definitiva, di ritornare alle proposte originarie della magistratura associata che – nel rivendicare la temporaneità delle funzioni direttive – l'aveva sempre collegata alla prospettiva di un lungo rientro nei ranghi ordinari al termine dell'esperienza dirigenziale.

Restituendo al dirigente una posizione di temporaneo "*primus inter pares*", una siffatta scelta ordinamentale – di fronte alla quale si arrestò la riforma del 2006 – non diminuirebbe l'autorità e i poteri del dirigente nel corso del mandato, ma imporrebbe una battuta di arresto, psicologica e istituzionale, alle spinte carrieristiche che rischiano di mutare la fisionomia della nostra magistratura.

Più flessibile potrebbe essere, invece, la disciplina degli incarichi semidirettivi, per i quali la cesura successiva all'incarico dovrebbe essere ribadita, ma potrebbe essere più breve di quella prevista per i dirigenti, disciplinando queste funzioni in modo da renderle più vicine e compenstrate con quelle proprie del magistrato e valorizzandone il positivo apporto alla organizzazione interna degli uffici.

Un corollario naturale di questa scelta dovrebbe consistere nell'impegno del magistrato nominato dirigente o investito di un qualsiasi incarico semidirettivo a svolgere "integralmente" l'incarico assunto, con la sola possibilità di rinunciarvi in corso di mandato, tornando alle funzioni ordinarie.

Onorare fino in fondo gli impegni connessi alle funzioni direttive o semidirettive sarebbe il modo più efficace per evidenziare la natura di "servizio" che le connota, e per evitare che un incarico di direzione sia considerato come un gradino di una scala da percorrere per raggiungere mete ulteriori.

Ulteriore vantaggio di un tale assetto sarebbe quello di ridurre l'attuale girandola di nomine e di precludere i passaggi di ufficio e di funzione concepiti in funzione dello sviluppo di carriera, conferendo maggiore linearità e serietà alle scelte del Csm.

## 12. Tracciare una più netta linea di demarcazione con la politica

Vi è, poi, la questione annosa del rapporto con la politica.

La magistratura di orientamento democratico ha mantenuto viva negli anni un'idea alta della politica, del suo dinamismo, della sua responsabilità, e non intende certo rinunciarvi.

È divenuto, però, via via più evidente che le profonde trasformazioni verificatesi nel sistema politico italiano negli ultimi decenni hanno inciso sulle modalità di partecipazione del giudice-cittadino alla vicenda politica del Paese<sup>8</sup>.

Tanto la lunga fase politica caratterizzata da sistemi elettorali tendenzialmente maggioritari e dal bipolarismo, quanto la successiva esplosione nel Paese di movimenti di segno dichiaratamente populista e l'asprezza assunta dal conflitto politico, hanno reso problematica la diretta partecipazione di magistrati alla competizione per il potere politico (la *politic*), mentre hanno rafforzato la necessità di una magistratura più autonoma e più capace di una visione

8. Su questa problematica cfr., in particolare, N. Rossi (a cura di), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Quaderni di *Questione giustizia*, Franco Angeli, Milano, 1994.

d'insieme della politica, ispirata a valori della Carta costituzionale (la *policy*)<sup>9</sup>.

In quest'ottica, la magistratura ha apertamente condiviso le proposte di legge, sinora peraltro sempre abortite, dirette a precludere il ritorno in magistratura di quei magistrati che abbiano scelto di prendere parte alla competizione politica (ad avviso di chi scrive, anche solo candidandosi alle elezioni politiche o amministrative), prevedendo la loro ricollocazione – al termine del mandato o in caso di mancata elezione – in altri comparti dell'amministrazione, come ad esempio l'avvocatura dello Stato.

Si tratta, in sostanza, di aumentare la distanza tra sistema politico e potere giudiziario per salva-

guardare il libero svolgimento delle loro dinamiche interne, mettendoli al riparo anche solo dal sospetto di impropri condizionamenti e indebite influenze reciproche<sup>10</sup>.

Distanza da salvaguardare con determinazione, in un contesto istituzionale nel quale la fine dell'immunità parlamentare, nella sua versione forte, e il rilievo mediatico e politico assunto da particolari indagini e processi hanno talvolta dato vita a cortocircuiti, rivelatisi dannosi per l'immagine e la credibilità tanto della politica quanto della giurisdizione.

In definitiva, va contrastata – nei limiti del possibile e nel rispetto del diritto, costituzionalmente sancito, di elettorato passivo – la “spendita” nella sfe-

9. Particolarmente significative, al riguardo, le considerazioni svolte nella recente sentenza 20 luglio 2018, n. 170, della Corte costituzionale, che ribadendo la legittimità costituzionale della normativa che vieta ai magistrati la loro iscrizione a un partito politico, sanzionando disciplinatamente tale condotta, ha ricordato di aver «già affermato che, in linea generale, i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino» e «al contempo precisato che le funzioni esercitate e la qualifica rivestita dai magistrati non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale, al fine di stabilire i limiti che possono essere opposti all'esercizio di quei diritti (sentenze n. 224 del 2009 e n. 100 del 1981)». Tali limiti, ha sostenuto la Corte, «sono giustificati sia dalla particolare qualità e delicatezza delle funzioni giudiziarie, sia dai principi costituzionali di indipendenza e imparzialità (artt. 101, secondo comma, 104, primo comma, e 108, secondo comma, Cost.) che le caratterizzano». Così, «la Costituzione, all'art. 98, terzo comma, demanda al legislatore la facoltà di bilanciare la libertà di associarsi in partiti, tutelata dall'art. 49 Cost., con l'esigenza di assicurare l'indipendenza dei magistrati (nonché di alcune altre categorie di funzionari pubblici). E se tale facoltà viene utilizzata, come è accaduto, il bilanciamento deve essere condotto secondo un preciso obiettivo, cioè quello di impedire i condizionamenti all'attività giudiziaria che potrebbero derivare dal legame stabile che i magistrati contrarrebbero iscrivendosi ad un partito o partecipando in misura significativa alla sua attività. Questo è il senso della facoltà di stabilire con legge limitazioni al diritto dei magistrati d'isciversi a partiti politici. La Costituzione, in tal modo, mostra il proprio sfavore nei confronti di attività o comportamenti idonei a creare tra i magistrati e i soggetti politici legami di natura stabile, nonché manifesti all'opinione pubblica, con conseguente compromissione, oltre che dell'indipendenza e dell'imparzialità, anche della apparenza di queste ultime: sostanza e apparenza di principi posti alla base della fiducia di cui deve godere l'ordine giudiziario in una società democratica».

10. Nella vastissima letteratura sull'argomento, cfr. G. Arangio Ruiz, *Eleggibili ed eletti. Abbozzi di questioni costituzionali*, Jovene, Napoli, 1885; A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1995; S. Bartole, *Il potere giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 2006; F. Biondi, *Considerazioni di ordine costituzionale sui limiti per i magistrati alla partecipazione alla vita politica (a margine di una questione di costituzionalità)*, in *AIC*, 7 aprile 2009; N. Bobbio, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 1/2004, pp. 1 ss.; P. Borgna e M. Maddalena, *Il giudice e i suoi limiti. Cittadini, magistrati e politica*, Laterza, Roma-Bari, 2003; G. Borrè, *Articolo 98*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1994; G. Borrè, *Le scelte di Magistratura democratica*, in N. Rossi (a cura di), *Giudici e democrazia*, op. cit. pp. 246 ss.; G. Borrè, *Md e Questione giustizia. I compiti che ci aspettano*, in Aa.Vv., *Compiti della politica. Doveri della giurisdizione*, Quaderni di *Questione giustizia*, Franco Angeli, Milano, 1998, pp. 332 ss.; E. Bruti Liberati, *Imparzialità e apparenza di imparzialità dei magistrati in Europa*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 2/2006, pp. 377 ss.; P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Le Monnier, Firenze, 1959; M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984; G. Cascini, *Politicità della giurisdizione e consapevolezza del proprio ruolo*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 6/2012 pp. 247 ss.; G. Conso, *Un valore da rimeditare: il prestigio dell'ordine giudiziario*, in *Quaderni costituzionali*, 1981, pp. 601 ss.; L. Ferrajoli, *Orientamenti della magistratura in ordine alla funzione politica del giudice interprete* in *Quale giustizia*, nn. 17-18/1972, pp. 563 ss.; *Id.*, *Nove massime di deontologia giuridica*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 6/2012, pp. 74-82; G. Ferri, *Magistratura e potere politico*, Cedam, Padova, 2005; C. Guarnieri, *Magistratura e politica in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1992; *Id.*, *Dibattito: magistrati, politica, competizioni elettorali, forum* con M. Dogliani, G. Palombarini e N. Rossi a cura di A. Caputo e L. Pepino, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano n. 6/2005; G. Maranini, *Giustizia in catene*, Edizioni di Comunità, Milano, 1964; T. Massa, *Appartenenza all'ordine giudiziario e affiliazione alla massoneria: una questione aperta*, nota a Corte Edu, 2 agosto 2001, *N.F. c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 815; E. Moriondo, *L'ideologia della magistratura italiana*, Laterza, Bari, 1967; N. Pignatelli, *Il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici: un “cavallo di Troia”*, in Aa. Vv., *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 342-352; A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Einaudi, Torino, 1990; *Id.*, *I magistrati in Parlamento*, in *Democrazia e diritto*, anno XIX, nn. 4-5/1979, pp. 693-697; *Id.*, *Politica e giustizia in Italia dal dopoguerra ai nostri giorni*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 4/2002, pp. 791 ss.; R. Romboli, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 6/2008, pp. 195 ss.; *Id.*, *L'interesse politico come motivo di ricasazione del giudice* in *Riv. dir. proc.*, 1982, pp. 454 ss.; *Id.*, *Sul progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2004, pp. 388-391; N. Rossi, *Dibattito, forum* con M. Dogliani, C. Guarnieri e G. Palombarini, op. cit.; *Id.*, *Democrazia maggioritaria e giurisdizione*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, nn. 3-4/1992, pp. 506 ss.; G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997; *Id.*, *La responsabilità politica*, in S. Panizza - A. Pizzorusso - Romboli (a cura di), *Ordinamento giudiziario e forense*, Edizioni Plus, Pisa, 2002.

ra politica di meriti o di visibilità raggiunta in quella giudiziaria, rendendo irreversibile e per ciò stesso straordinaria la scelta del magistrato di trasformarsi in attore politico.

### 13. Intensificare la vigilanza istituzionale e collettiva

Naturalmente, ogni intervento sui fattori ambientali e sul versante professionale deve essere accompagnato, per risolversi in un significativo guadagno dell'etica professionale della categoria, da una più intensa vigilanza sugli *standard* di correttezza dei magistrati.

Ci si riferisce, in primo luogo, alla vigilanza istituzionale dei dirigenti degli uffici e dei consigli giudiziari sulla base del duro insegnamento impartito dall'esperienza: silenzi, coperture, compiacenze verso condotte professionalmente o eticamente riprovevoli, più o meno conosciute all'interno degli uffici, sono totalmente controproducenti se si vuole difendere l'istituzione.

E ciò perché, quasi sempre, quello di cui si parla o si mormora "all'interno" è destinato, in un breve arco di tempo a esplodere fragorosamente "all'esterno", con grave danno per l'immagine degli uffici e della collettività dei magistrati.

L'effettivo esercizio di tale vigilanza deve, dunque, divenire uno dei più significativi parametri di valutazione dell'operato dei dirigenti, anche ai fini della loro conferma dopo il primo quadriennio.

Non si tratta – è bene chiarirlo – di invocare una sorta di responsabilità oggettiva, ma di ribadire che, in questo ambito, esiste ed è effettivamente operante una "*culpa in vigilando*" tutte le volte che non vengano portate alla luce situazioni professionali critiche o scorrettezze più o meno note all'interno degli uffici.

Anche ai singoli magistrati e ai gruppi associativi va chiesto un costante impegno culturale ed etico per contrastare attivamente il "corporativismo del silenzio" che si esprime in forme di tolleranza e di acquiescenza verso condotte individuali scorrette, che rischiano di ripercuotersi sulla credibilità di tutti i magistrati e di ritorcersi contro gli onesti e i corretti.

È stata tempestiva e decisiva la spontanea reazione di indignazione e di ripulsa che si è manifestata nelle assemblee di magistrati svoltesi all'indomani dello scandalo romano delle nomine, reazione che si è tradotta nella richiesta di dimissioni dal Csm dei componenti in vario modo coinvolti.

Ad avviso di chi scrive, quando si riguarnerà questa vicenda in una prospettiva di più ampio respiro, si dovrà prendere atto che la magistratura – a differenza di altri settori della politica e della classe dirigente del Paese – non ha avuto alcun atteggiamento di indulgenza o di copertura verso i suoi membri.

Ma l'etica professionale non si salvaguarda solo manifestando capacità di reazione alle cadute o ricordando che sono stati altri magistrati a rivelare il bubbone sviluppatosi nel cuore delle istituzioni. Essa è affidata anche, e soprattutto, alla fisiologia della vita professionale, nella quale devono trovare posto la critica pubblica e, all'occorrenza, la denuncia di condotte anomale, contrastanti con l'elevato *standard* professionale ed etico che ogni magistrato è tenuto a rispettare.

Sarà questa la migliore risposta e la più credibile alternativa a chi ha immaginato proposte estreme e inappropriate (che, per la verità, ora sembrano abbandonate) dirette a introdurre nel mondo della giustizia figure analoghe a quella del *whistleblower* o, addirittura, a consentire e incentivare segnalazioni anonime sull'operato dei magistrati.

# Elogio dell'associazionismo giudiziario

di *Claudio Castelli*

Momento fisiologico fondamentale nella crescita di qualsiasi corpo professionale, l'associazionismo, per i magistrati, unisce tratti sindacali e culturali, ed è stato determinante per la conquista e la difesa di un'indipendenza reale della giurisdizione. Il crollo generale delle ideologie ha portato a mettere sempre più al centro gli interessi a discapito dei valori, portando a forti mutazioni in un associazionismo che, oggi, vive una evidente crisi. La vicenda Palamara è, al riguardo, emblematica, ma può essere il segnale per aprire una nuova fase dell'associazionismo giudiziario.

**1. Un'esperienza personale / 2. È necessario un associazionismo dei magistrati? / 3. La magistratura ha una visione e un substrato comune? / 4. La crisi di idee e ideologie e la crisi dell'associazionismo / 5. I gruppi associativi e la loro evoluzione / 6. Il "caso Palamara" / 7. Una nuova fase dell'associazionismo**

## 1. Un'esperienza personale

In pochi momenti come in questo l'associazionismo giudiziario è stato in crisi. La vicenda Palamara, con tutti i suoi addentellati e i suoi aloni, ha portato a evitabili generalizzazioni facendo apparire tutta l'attività delle correnti e dell'Associazione in generale come improntata al malaffare e all'iniquità, e rimettendo in discussione acquisizioni e concetti che pensavamo, erroneamente, ormai acquisiti.

Anch'io mi sono posto la domanda sotto un profilo prettamente personale, anche perché la mia vita professionale ha visto intrecciarsi le esperienze di lavoro e quelle associative. Il confronto in gruppi formali e informali (i pretori che si occupavano di penale del lavoro, i sostituti della "procurina", Magistratura democratica, Area, Innovazione per Area, l'Anm) ha consentito nel mio piccolo di verificare il modo di lavorare e gli orientamenti che avevo, di arricchirmi, di imparare da nuove esperienze e, spero, di migliorare il mio lavoro. Ma, più in generale, mi ha "imposto" di uscire dalla mia scrivania e dalla mia stanza, cogliendo le molteplicità e le differenze dei diversi mestieri di magistrato, che altrimenti non avrei mai conosciuto né colto, affrontando le diverse scelte operate sulla politica giudiziar-

ria, capendo il profondo impatto sulla quotidianità che queste venivano ad avere; mi ha consentito di rapportarmi con la società, le sue dinamiche e le sue tensioni. Solo una logica collettiva consente di fare ciò e di capire, nell'ascolto, nel confronto e, a volte, nel conflitto il senso profondo del proprio lavoro, della nostra funzione, del nostro ruolo sociale. Il magistrato chino sui suoi fascicoli ed estraneo al mondo (versione moderna del giudice isolato nella sua torre eburnea) si priva di una visione generale, limita la sua crescita professionale e ciò non gli consente di evolvere in consonanza con la società e, in definitiva, di migliorare anche la qualità del proprio lavoro.

## 2. È necessario un associazionismo dei magistrati?

«(...) i giudici hanno diritto di aderire ad associazioni di magistrati, nazionali o internazionali, con il compito di difendere la missione della magistratura» (art. 12 Magna Carta dei giudici approvata nel 2010 dal Consiglio consultivo dei giudici europei).

«(...) i giudici devono essere liberi di formare o aderire a organizzazioni professionali che abbiano

«come obiettivo di difendere la loro indipendenza, proteggere i loro interessi e promuovere lo stato di diritto» (raccomandazione n. 12 del 2012 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa).

L'associazionismo dei magistrati è stato, in particolare, incoraggiato nei Paesi che non conoscevano libere associazioni, come quelli dell'Est Europa, ma è sempre stato favorito come momento di crescita professionale anche dall'Onu sin dal 1985 (punti 8 e 9 dei «Principi fondamentali sull'indipendenza della magistratura» adottati dal Congresso Onu di Milano, 26 agosto - 6 settembre 1985, e confermati dall'Assemblea generale il 29 novembre e il 13 dicembre 1985).

In realtà, potremmo cominciare a chiederci se siano necessari gruppi associativi per qualsiasi corpo professionale, anche se – come poi vedremo – i magistrati, per ruolo e funzione sociale, hanno alcune specificità. La necessità di “mettersi insieme” per discutere del proprio lavoro, per cercare di ottenere migliori condizioni di lavoro e retributive è propria di ogni categoria lavorativa. È la ragione di nascita dei sindacati, che, con alterne fortune, sono comunque fondamentali in un moderno sistema di relazioni industriali. Quanto ai magistrati, questa esigenza si unisce con la particolarità di ruolo e funzione che impone una riflessione culturale sul ruolo (la missione citata nella Magna Carta dei giudici), un'analisi delle normative da cui e su cui parte il proprio lavoro, una visione del sistema di poteri e di contrappesi in cui si muove la propria attività. Riflessione, analisi e prospettiva che non può essere di singoli, ma che si nutre di esperienze, idee e persone diverse e che, come tale, inevitabilmente diviene collettiva in un gruppo o associazione. Gruppo o associazione che garantisce la varietà e la ricchezza dei contributi e il peso politico di non essere soli e, quindi, di poter far sì che idee e proposte possano avere valore. Del resto, l'esperienza che abbiamo in tutta Europa parla di un associazionismo dei magistrati presente in tutti i Paesi europei, sempre con questa peculiarità di assommare caratteri sindacali con caratteri politico culturali.

Ma a chi oggi dipinge l'associazionismo giudiziario in termini fondamentalmente negativi voglio ricordare alcuni dei passaggi in cui l'Anm è stata protagonista e che oggi consentono all'Italia di avere una delle magistrature più indipendenti al mondo.

- La battaglia contro i ruoli chiusi e a favore di progressioni nella qualifica svincolate dal ruolo effettivamente ricoperto, che ha consentito di eliminare la progressione per concorso e per cooptazione – in cui le retribuzioni più elevate e i ruoli

di appello e di legittimità erano riservati a pochi –, rendendo effettivo il principio costituzionale dell'eguaglianza delle funzioni.

- Un sistema di adeguamento periodico delle retribuzioni commisurato sulla media degli aumenti degli stipendi del pubblico impiego, evitando così alla magistratura la necessità di periodiche vertenze per aumenti stipendiali.
- La chiusura della fase restauratrice in materia di giustizia della bicamerale nel 1998, grazie (anche) alla relazione tenuta al XXIV Congresso Anm dalla presidente Elena Paciotti<sup>1</sup>, e alla sua integrale condivisione da parte dell'allora Presidente della Repubblica, Oscar Luigi Scalfaro.
- L'impegno coraggioso, nella quotidianità e nelle proposte, nel contrasto a un terrorismo feroce che ha mietuto tante vittime anche tra i magistrati, e che in certi momenti sembrava endemico e ineliminabile dalla società italiana – impegno che, a livello culturale e giudiziario, ha consentito di vincere il fenomeno nelle aule di giustizia e con gli strumenti della legalità.
- L'eliminazione degli elementi più pericolosi e devastanti della controriforma ordinamentale dell'allora ministro Roberto Castelli (promozioni solo per concorso per titoli ed esami, reintroduzione dei ruoli chiusi, separazione delle carriere dopo il concorso, gerarchizzazione, inasprimento disciplinare), anche se con un risultato finale comunque insoddisfacente a fronte di un Parlamento ostile alla magistratura anche dopo il 2006.

In Italia, troppo spesso, manca la memoria, ma questi passaggi sono il risultato della maturazione e promozione di una cultura, di lotte – sfociate a volte in scioperi – di cui l'associazionismo giudiziario italiano è stato protagonista e che non possono essere dimenticate.

### 3. La magistratura ha una visione e un substrato comune?

L'ipotesi da cui molti partono, che è figlia del nostro tempo, è che non ci siano differenze di fondo all'interno della magistratura, che ci sia un approccio di base su cui non si può che essere uniti e che, quindi, le divisioni che si sono create con le correnti siano in realtà espressione di potere e non di idee.

Si dimentica semplicemente la storia. La magistratura, non un secolo fa, ma per decenni dopo la Libe-

1. Relazione di Elena Paciotti, presidente Anm, al XXIV Congresso Anm «Giustizia e Riforme costituzionali», Roma, 1998, ora in E. Bruti Liberati e L. Palamara (a cura di), *Cento anni di Associazione magistrati*, Ipsoa (Wolters Kluwer Italia), Milano, pp. 181 ss., [www.associazionemagistrati.it/allegati/cento-anni-di-associazione-magistrati.pdf](http://www.associazionemagistrati.it/allegati/cento-anni-di-associazione-magistrati.pdf).

razione, era sostanzialmente prona al sistema politico. L'indipendenza era solo formale e quanto contava era solo l'indipendenza esterna. Quella interna, semplicemente, non esisteva. In particolare in procura, dove viveva sempre il vecchio art. 70 dell'ordinamento giudiziario (del 1941), che recitava: «Il Procuratore della Repubblica anche a mezzo dei dipendenti sostituti (...)»; ma anche negli uffici giudicanti, dove i processi delicati venivano assegnati con criteri politici a sezioni e giudici "affidabili". Del resto, a fronte di una indipendenza formale molto forte, tutte le indagini più delicate venivano puntualmente affossate, e anche solo non conformarsi agli orientamenti della Cassazione in materia civile o scrivere un libro sulla magistratura veniva visto con sospetto o punito disciplinarmente (è la vicenda di Dante Troisi, con il suo libro *Diario di un giudice*<sup>2</sup>). Una magistratura in cui i carichi di lavoro erano indubbiamente molto minori, mal pagata, che faceva del naturale ossequio al potere politico e del conformismo la sua ragion d'essere. Del resto, le vergognose vicende del processo per la strage di Piazza Fontana, per altre stragi, come per i fondi neri dell'Iri, per i petroli o per altri scandali economici ben descrivono la realtà di un corpo della magistratura che, anche se non più monolitica a partire dagli anni sessanta, era a livello grandemente maggioritario assestata su queste posizioni di consonanza con il potere e di quieto vivere. La scoperta della Costituzione e dei suoi valori, l'indipendenza reale dei magistrati, l'assegnazione sulla base di criteri oggettivi e predefiniti, un sistema di mobilità effettivo e trasparente (ammesso che oggi siano generalizzati) sono conquiste costate anni di contrasti, lacerazioni, discussioni e non una tranquilla acquisizione comune<sup>3</sup>. E questo è avvenuto anche grazie alle forti divisioni che esistevano all'interno della magistratura, divisioni ideali che erano approdate alla costituzione di gruppi che partivano da scelte ideologiche e valoriali, risentendo inevitabilmente delle divisioni politiche esterne.

Non c'è da scandalizzarsi. Quanto avvenuto, ed è normale che avvenga, è che gli stessi grandi fenomeni che investono la società investono la magistratura e con questo modellano e condizionano la stessa nascita e caratteristica dei gruppi associativi. Ciò spiega perché era semplicistico, come veniva narrato nelle cronache giornalistiche, dipingere Magistratura indipendente come destra giudiziaria, Unicost come centro e Magistratura democratica come sinistra, ma d'altro lato questo affondava nelle idealità e proposte da cui i vari gruppi partivano. Anche se poi il grande

orientamento era cosa molto diversa dal collaterali- smo, come del resto scelte concrete hanno dimostrato – ricordo solo la campagna per il "No" nel *referendum* del 1989 sulla responsabilità civile dei magistrati di Magistratura democratica, quando tutti i partiti (salvo il Partito repubblicano), compresi quelli di sinistra, davano indicazione per il "Sì".

La grande polemica era sulla politica in magistratura e sulla politicità della giurisdizione. Polemiche che riprendono dubbi antichi. Nel 1909, il ministro della giustizia Vittorio Emanuele Orlando condanna la nascita dell'Associazione generale fra i magistrati italiani: «[è] *indifferente la considerazione che una eventuale associazione fra magistrati si dichiara (e come potrebbe essere diversamente?!) apolitica. Lasciamo anche stare che tutte le associazioni tra funzionari cominciano col porre detta affermazione, ma poi nella loro effettiva attività difficilmente vi si mantengono fedeli*». Questioni che oggi appaiono più scontate, ma che per decenni hanno visto confronti al calor bianco con chi sosteneva la totale impoliticità della giurisdizione e l'isolamento dalla politica, per poi magari scoprire che proprio chi asseriva estraneità e lontananza era il più vincolato a poteri oscuri e clandestini come la P2. Questa costruzione di un substrato comune è stato il frutto di anni di pluralismo, di confronto e di adeguamento alla realtà sociale: oggi la difesa dell'indipendenza, anche interna, l'eguaglianza di tutte le funzioni, la gestione democratica degli uffici sono, almeno sotto il profilo formale, patrimonio di tutti, anche se magari spesso violati e diversamente declinati. Ma su molto altro vi sono opinioni, proposte e orientamenti molto diversi e inevitabili, per provenienza, cultura, elaborazione. Del resto, chiunque abbia vissuto come il sottoscritto esperienze nell'Anm come nel Csm, rileva facilmente come vi sia una chiarissima differenza – ma, oserei dire, antinomia – tra chi pone in primo piano la tutela del singolo, anche quando questa sia in contrasto con l'interesse generale, e chi, anche a costo di dire dei "no", cerchi di fare l'interesse dell'amministrazione; tra chi metta in primo piano l'interesse del singolo e chi cerchi di vedere le esigenze del servizio. Non si tratta neppure di corporativismo, che, come tutela dei diritti e degli interessi professionali della categoria, può essere nobile e positivo, ma di un micro-corporativismo tanto utile dal punto di vista clientelare quanto dannoso per la maggioranza dei magistrati e per un corpo della magistratura che, per la sua funzione, deve volare alto.

2. D. Troisi, *Diario di un giudice*, Einaudi, Torino, 1955. Troisi, con l'accusa di avere diffamato la magistratura, venne condannato alla sanzione disciplinare della censura.

3. Per chi voglia approfondire, vds. E. Paciotti, *Breve storia della magistratura italiana, ad uso di chi non sa o non ricorda*, in questa *Rivista online*, 7 marzo 2018, [www.questionegiustizia.it/articolo/breve-storia-della-magistratura-italiana-ad-uso-di-chi-non-sa-o-non-ricorda\\_07-03-2018.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/breve-storia-della-magistratura-italiana-ad-uso-di-chi-non-sa-o-non-ricorda_07-03-2018.php); E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, Bari, 2018.

#### 4. La crisi di idee e ideologie e la crisi dell'associazionismo

Nel momento in cui in tutta la società, ma oserei dire in tutto il mondo, con la fine dei muri nel 1989 e la globalizzazione, crollano ideologie e visioni generali (con la progressiva fine, in Italia, delle antinomie decennali “comunismo/anticomunismo”, “partiti laici/partiti confessionali”), emergono interessi e nuovi collanti, locali da un lato (il vincolo più immediato e facile), di potere dall'altro. Questo risulta particolarmente forte in un corpo come la magistratura, che il potere lo ha davvero per la funzione che svolge. Quanto è successo a livello politico generale è così avvenuto anche nella magistratura, derivando dalle stesse dinamiche. L'individualismo domina e viene esaltato e l'impegno collettivo, specie se disinteressato, appare desueto e privo di valore. Sempre più, gli stessi gruppi organizzati diventano mezzi e veicoli da prendere per soddisfare le proprie ambizioni personali, con un'evidente strumentalizzazione, pronti a scendere alla prima occasione utile. I veleni a lento rilascio diffusi da una cultura affermatasi come dominante nella società, ma introdotta o favorita progressivamente da normative che hanno riguardato specificamente la magistratura, hanno prodotto e stanno producendo danni e mutazioni anche dentro di noi. Così è stato per un sistema elettorale del Csm che, nato sulla carta per combattere le correnti (obiettivo, come vediamo, miseramente fallito), ha esaltato il singolo candidato svincolato da programmi e gruppi; così è per l'arrivismo derivante da una torsione del nuovo sistema di progressione in carriera e dalla fine dell'anzianità come criterio principe per le nomine; così è per un sistema disciplinare che si è cercato di impostare come strumento di governo della magistratura; così è per un produttivismo cieco che ha fatto diventare statistiche e tempi la dittatura che orienta i singoli. Si badi bene: spesso, queste riforme nascevano da esigenze reali e del tutto condivisibili (superare la gerontocrazia, giungere a un sistema di valutazione di professionalità effettivo, sanzionare comportamenti illeciti e scorretti, migliorare le *performance* degli uffici), ma il modo con cui venivano concretizzati e il clima culturale in cui si inserivano portavano a conseguenze distorte e spesso desolanti.

#### 5. I gruppi associativi e la loro evoluzione

Queste progressive trasformazioni hanno inevitabilmente coinvolto i gruppi associativi. Del resto, a fronte degli autentici terremoti che hanno colpito il mondo politico e sindacale, sarebbe risultato strano e anomalo che la magistratura e le sue espressioni ne fossero indenni. Unità per la Costituzione (ricordia-

mo, frutto di una fusione tra un gruppo centrista a vocazione sindacale come Terzo Potere e un gruppo di sinistra moderata come Impegno costituzionale), proprio per la sua vocazione a essere gruppo di gestione del potere, si trovava probabilmente, almeno sino all'esplosione del “caso Palamara”, a essere il meno colpito. Magistratura indipendente subiva una lenta e non so quanto consapevole trasformazione da espressione della destra giudiziaria a gruppo sempre più di potere, oltre che fedele interprete del micro-corporativismo sindacale. Non si tratta solo dell'attenzione al trattamento economico e alle condizioni di lavoro (fatti che, di per sé, possono essere ampiamente positivi), ma alla cura dell'interesse particolare del singolo, all'adeguamento della propria linea alla “pancia” della magistratura, con l'abbandono di orientamenti storici. Così, il gruppo che più difendeva la gerarchia e il potere dei capi è diventato il più critico al riguardo, sostenendo la più totale indipendenza interna anche in uffici come le procure, che qualche problema di coesione e di unitarietà ce l'hanno. Il cd. “ferrismo” – dal nome del segretario di Mi che ha condotto questa trasformazione e il rilancio dell'associazione – è stato vincente, approdando a risultati prima impensabili. Fino a pochi anni fa, l'idea che un segretario di Mi venisse prima nominato sottosegretario e, poi, eletto parlamentare in un gruppo di centrosinistra come il Partito democratico sarebbe stata impensabile. Oggi questa è (o era) la realtà con un segretario ombra che, come più fatti hanno evidenziato, dall'esterno continuava a ingerirsi e a condizionare la vita della corrente e, indirettamente, della magistratura.

Proprio la trasformazione di Mi provocava la nascita del nuovo gruppo di Autonomia e Indipendenza, in parte frutto della ripulsa di questa trasformazione e in parte gruppo personale nato sulla base del trascorso professionale e della popolarità di Piercamillo Davigo.

Le trasformazioni che hanno investito l'area progressista della magistratura sono, come spesso succede per quest'area, le più complesse. Proprio le trasformazioni in atto nella società e in magistratura portavano i due gruppi storici di Magistratura democratica e del Movimento della Giustizia a condurre prima un'alleanza e, poi, alla vera e propria creazione di un gruppo autonomo, che gestiva associazionismo e autogoverno. Non si trattava di una fusione, né tantomeno di una fusione a freddo. Non era una fusione perché la nuova creatura non portava a sciogliere i gruppi originari, che continuavano la loro attività culturale e di politica giudiziaria (di cui è un esempio questa Rivista, «promossa da Magistratura democratica», che nel 1982 ha raccolto l'eredità di *Quale giustizia*, pubblicata dal 1970); né tantomeno una fusione a freddo, essendo stata prima sperimentata per lunghi anni una profonda consonanza in un lavoro comune in Consiglio e nell'associazione. Rimane che

la costruzione del tutto originale, e in larga parte anomala, così creatasi inevitabilmente vive di periodiche fibrillazioni. Da un lato, anche per le continue emergenze, non si sono fatti i conti fino in fondo con il profondo cambiamento culturale e politico avutosi dagli anni novanta, con la crisi della cultura democratica (anche giuridica), la mutazione di età e provenienza delle nuove generazioni di magistrati (derivante dal concorso di secondo grado), la perdita di interlocutori politici. Dall'altro, la stagione della *conventio ad excludendum*, che aveva portato sino quasi al 2000 a vedere come *rara avis* qualsiasi esponente di Md o dell'area progressista nominato dirigente o ad altri incarichi, è finita. È seguita una stagione senza più discriminazioni preliminari generalizzate, in cui nomine e incarichi erano possibili sia per motivi anagrafici che di maggior peso interno al Consiglio, oltre che per una più ampia discrezionalità nelle scelte di cui veniva a godere quest'ultimo (la riforma del 2006, che aveva abbandonato il parametro dell'anzianità come determinante nelle nomine, è decisiva). Questo ha voluto dire passare da una relativamente facile opposizione, in un sistema che era dominato dal trinomio "Unicost + Mi + laici Dc o di centrodestra", a responsabilità di governo, con tutte le difficoltà, i compromessi e anche gli errori che ne sono derivati, normalmente ispirati all'ottimo intento di dare agli uffici il miglior dirigente, ma che hanno portato a perdere quella "innocenza" (di essere corretti, alieni da compromessi al ribasso e nomine discutibili) che era una delle principali forze del gruppo. Una realtà complessa tuttora in discussione e in evoluzione, ma che comunque, in un panorama desolante di gruppi sindacali e progressisti che procedono all'insegna della frammentazione, ha avuto il coraggio di mettersi in discussione e di unirsi, sperimentando il pregio del confronto e della contaminazione.

A parte, e in questo vi è una forte analogia con quanto accaduto nel mondo politico e sindacale, vi è stato il sorgere di un settore aspramente critico verso l'associazionismo e il modo con cui è stato declinato, con una condanna generalizzata dell'intero sistema. Settore che non ha mai avuto seguito e fortuna a livello di elezioni, ma estremamente presenzialista in particolare nella *mailing list* associativa, curiosamente diventata momento di continuo attacco ai vertici associativi, al Csm e alle correnti.

Questo quadro è, comunque, radicalmente mutato, non sappiamo ancora in che termini, all'esito del vero e proprio terremoto prodotto dal "caso Palamara".

## 6. Il "caso Palamara"

Al di là di come viene presentata, la nota vicenda dell'intrigo sorto per assicurare un procuratore della

Repubblica di Roma "gradito" è l'esatto contrario del correntismo e delle logiche di appartenenza. Il candidato prescelto dai componenti di Unicost e Mi coinvolti (oltre che da esterni) non era il candidato forte di Mi, né quello di Unicost, ma il candidato che, in apparenza, si riteneva avrebbe assicurato la discontinuità con la gestione della Procura del procuratore Giuseppe Pignatone. Dominanti sono logiche di potere individuali strumentali alle proprie ambizioni personali, condotte con spregiudicatezza e con – cosa ancora più grave – la commistione di elementi estranei al Consiglio, tra cui addirittura un parlamentare indagato dalla stessa Procura. Un salto di qualità negativo che, però, è anche il segnale di un limite superato in modo irreversibile e che pone la necessità inequivoca di una nuova fase dell'associazionismo, che segni una radicale rottura con questi metodi, ma anche con quel brodo di coltura di arrivismi, opacità, compromessi, logiche di appartenenza che ne ha consentito lo sviluppo.

## 7. Una nuova fase dell'associazionismo

Nessuno ha la bacchetta magica, dato che la crisi dell'associazionismo giudiziario si inserisce in una crisi più generale del sindacalismo e della rappresentanza politica. Ma, al di là dell'ottima e coraggiosa reazione delineata nell'immediatezza dall'Anm come risposta alla crisi, credo che per cambiare davvero e non trovarci – come probabile – a non cambiare nulla, finito il clamore della vicenda, occorranza due presupposti e tre requisiti. Il primo presupposto è fare i conti fino in fondo con una crisi di idealità che ha ragioni lontane e con le evoluzioni che, spesso inconsapevolmente, si sono prodotte nella vita associativa e nei diversi gruppi. Il secondo è ribadire il valore dell'associazionismo, del ragionare insieme, del pluralismo (con gli attuali o con nuovi gruppi), del riuscire, come solo in Italia si è positivamente fatto, a tenere insieme l'originale costruzione di un'Associazione unitaria e gruppi associativi che operano al suo interno, garantendo in tal modo forza contrattuale, peso politico e diversità di orientamenti. L'Italia, sotto questo profilo, è un'eccezione positiva e, laddove l'associazionismo giudiziario si è articolato in due o più gruppi rivali, il prezzo pagato è stato l'irrilevanza.

Le tre esigenze che possono costituire la base per un rilancio che investa i gruppi organizzati odierni o quelli che nasceranno, sono partecipazione, trasparenza e valori.

La democrazia si nutre di partecipazione, di pluralismo, di capacità di coinvolgere e far diventare protagonisti il maggior numero di persone. Già oggi, gli assetti associativi e di autogoverno della magistratura consentono la partecipazione, tra giunte locali, orga-



ni nazionali dell'Anm, consigli giudiziari, Csm, Scuola della magistratura e formazione decentrata oltre ad altri incarichi (referenti distrettuali per l'innovazione, magistrati referenti per l'informatica, referenti per l'archivio di merito), di oltre mille magistrati. Una grande prova e possibilità di democrazia, che deve essere implementata consentendo e incoraggiando tutti, nei ruoli a loro più congeniali, a mettersi alla prova e dare alle istituzioni e all'associazionismo il loro talento e le loro capacità. Le scelte statutarie di incompatibilità e di durata massima dei vari incarichi verranno a essere positive solo se stimoleranno una rotazione e nuove partecipazioni, non se verranno a creare steccati e a disincentivare possibili vocazioni e impegno.

Passiamo al secondo requisito sopra menzionato: la trasparenza. I sospetti oggi esistenti o latenti su possibili intrighi, compromessi al ribasso, accordi occulti sono costanti e possono essere smentiti solo con la massima trasparenza, sia a livello istituzionale che associativo. Ogni decisione deve essere chiara e spiegata; se una decisione non può essere ostensibile, semplicemente non deve essere presa.

I valori e le idee – il terzo requisito – sono la base e il collante di qualsiasi gruppo. Nel momento in cui

le grandi divisioni del passato sono finite e non vi sono più visioni palinogenetiche della società, occorre riscoprire e rilanciare quali siano le idee e le proposte su cui ciascuno si basa, giustificando la sua stessa esistenza. Come è avvenuto per idee forza che, nel passato, sono state ampiamente mobilitanti, quali la scoperta della Costituzione o l'effettiva eguaglianza di tutte le funzioni, occorre rilanciare il sogno di una giustizia vera, che sia capace di concretizzare i diritti costituzionali di eguaglianza e libertà e i diritti sociali. Abbiamo il privilegio e l'onere di poter realizzare un bene, la giustizia, anelato dall'umanità in tutta la sua storia. Abbiamo la possibilità, nell'era della digitalizzazione e dell'intelligenza artificiale, di lavorare meglio, in modo più efficace e vicino ai cittadini. Abbiamo un futuro da realizzare e qualsiasi gruppo, degno di esistere, deve fare i conti con queste speranze, senza ridursi a essere mero portatore di interessi o espressione di localismi e clientele. Solo un associazionismo profondamente radicato nella quotidianità, ma che nel contempo sappia volare alto, può darci un futuro ed essere appetibile. Non partiamo da zero e la storia del nostro associazionismo, pur con inevitabili difetti ed errori, ci deve inorgoglire. Ma un salto di qualità è indispensabile.

# Crisi dell'autogoverno, crisi della magistratura: la necessità di ricostruire una forte identità collettiva

di *Mariarosaria Guglielmi*

A pochi mesi dall'esplosione dello "scandalo delle nomine", la spinta al rinnovamento espressa dalla magistratura è destinata a esaurirsi se non riuscirà a tradursi in un nuovo progetto e in una linea di azione comune nell'associazionismo e nell'autogoverno. Una prospettiva che chiama in causa la responsabilità dei gruppi e la loro capacità di rigenerarsi come strumenti di elaborazione culturale. E impegna tutta la magistratura a fare i conti con la profonda trasformazione subita in questi anni, per ricostruire intorno ai valori comuni una forte identità collettiva.

**1. I fatti di Perugia e la crisi istituzionale del Csm: una "buona occasione" per normalizzare l'autogoverno e la magistratura / 2. La reazione e le dinamiche della magistratura / 3. La quiete dopo la tempesta? / 4. Il tempo stringe**

## 1. I fatti di Perugia e la crisi istituzionale del Csm: una "buona occasione" per normalizzare l'autogoverno e la magistratura

Sono trascorsi pochi mesi dall'esplosione dello "scandalo delle nomine" che ha travolto il Consiglio superiore, scrivendo una delle pagine più buie della sua storia.

Per un periodo di tempo che ci è parso interminabile, abbiamo assistito al progressivo aggravarsi di una crisi istituzionale senza precedenti, che si è pericolosamente avvitata su se stessa, mettendo seriamente a rischio il funzionamento del Consiglio e la tenuta dell'intero sistema di governo autonomo.

Il *nemico*, si sa, va colpito nel momento di massima debolezza. E lo *scandalo delle nomine* è servito alla politica per rilanciare progetti, in realtà mai abbandonati, di ridimensionamento del Consiglio. Primo fra tutti, la riforma per introdurre il sorteggio come metodo di selezione dei componenti togati.

Nonostante gli evidenti profili di contrasto con la previsione costituzionale che vuole i componenti togati «eletti» da tutti i magistrati ordinari, questa soluzione ha aggregato un fronte politico ampio e tra-

sversale, e persino quella parte di opinione pubblica non pregiudizialmente ostile alla magistratura e più attenta al rispetto delle sue prerogative di indipendenza: tutti d'accordo nel ritenere le vicende svelate dall'inchiesta di Perugia la punta di un *iceberg*, il momento di massima degenerazione raggiunto da un sistema strutturalmente malato a causa della *politizzazione* della magistratura e delle logiche di *lottizzazione* con le quali, attraverso i loro rappresentanti, gli *apparati* e le *oligarchie* interne alla corrente governano il Consiglio.

La fine prematura del Governo guidato dalla coalizione giallo-verde ha allontanato la prospettiva di un'approvazione immediata della riforma, propagandata e reclamata come il rimedio necessario per estirpare il *male oscuro* alla radice.

Ma il pericolo non è affatto scongiurato e la proposta di modifica della legge elettorale resta nell'agenda politica del Governo e del ministro Bonafede che, ancora pochi giorni fa, ha indicato nell'introduzione del sorteggio lo strumento utile per realizzare «l'obiettivo da cui non si può arretrare», rappresentato dalla «lotta alle degenerazioni delle correnti della magistratura».

Occorre dunque essere pronti a confrontarsi con questa eventualità, rimettendo al centro del dibattito la vera posta in gioco: il ruolo costituzionale del Csm.

Le istituzioni essenziali alla democrazia e gli organi costituzionali di garanzia possono essere indeboliti da riforme che non mutano la loro collocazione nell'architettura costituzionale o le loro competenze: il processo, più insidioso, che può alterare gli equilibri a vantaggio del potere esecutivo opera attraverso lo svuotamento dall'interno, con leggi approvate dai parlamenti e interventi in apparenza di minore impatto, ma capaci di neutralizzare i meccanismi che rendono le istituzioni vitali e le caratteristiche essenziali per lo sviluppo delle loro potenzialità democratiche.

La prima riforma *portata a casa* dal nuovo Governo con la riduzione del numero dei parlamentari, rappresenta un vero salto nel buio. Una riforma con la quale – ha scritto Gaetano Azzariti – abbiamo bruciato i ponti, senza possibilità di tornare indietro: un cambiamento strutturale che lascia in piedi l'istituzione, ma che, senza le riforme necessarie per rafforzare le garanzie costituzionali e di rappresentanza democratica, è destinato a produrre danni irreversibili alla nostra democrazia costituzionale e al pluralismo politico<sup>1</sup>.

La cifra demagogica di questa riforma è nell'aver ceduto all'esigenza di offrire all'opinione pubblica un *risultato*, che non svela nell'immediato il suo effetto di grave scompensamento degli equilibri costituzionali, ma serve a veicolare il messaggio atteso dal *popolo*: il taglio delle *poltrone* e il ridimensionamento di un'istituzione *inefficiente e pletorica*; l'idea che i meccanismi della rappresentanza siano al servizio dei privilegi di pochi, e che il valore della democrazia e delle sue istituzioni possa essere valutato solo in termini di costi; la semplificazione delle dinamiche e delle procedure che devono esprimere la complessità della democrazia rappresentativa.

La proposta di sorteggio per il Csm incrocia il sentire del momento, le spinte antisistema che rifiutano i meccanismi della rappresentanza e dell'intermediazione, e mira a una riconfigurazione dell'istituzione privandola delle sue potenzialità democratiche, che derivano dalla politicità e dal pluralismo culturale.

Due valori che, insiti nella fisionomia voluta dai Costituenti, sono essenziali per un governo *democratico* della magistratura e per la difesa delle prerogative di indipendenza della giurisdizione: il Consiglio che esprime una sua *politicità*, attraverso la dialettica fra le diverse componenti e, all'interno di quella togata, fra idealità, visioni e istanze di diverse aree culturali, si sottrae al rischio di etero-direzione e di subalternità alla sfera politica esterna; politicità

e pluralismo sono indispensabili per il dinamismo di questa istituzione, per il suo ruolo di orientamento nei rapporti fra magistratura e Paese e fra istituzione giudiziaria e sfera politica, nonché per la sua funzione di rappresentanza esterna e di raccordo – in un alto senso politico – di un potere giurisdizionale diffuso, come contrappeso al rischio di frammentarismo e irresponsabilità dei comportamenti giudiziari.

Il pluralismo culturale e ideale, garantito dal collegamento con le articolazioni dell'associazionismo giudiziario, è ciò che ha reso il Consiglio rappresentativo della magistratura e della sua fisionomia *costituzionale*: non un ordine burocratico, gerarchicamente strutturato e uniformato culturalmente, ma una realtà viva e complessa che, nell'esperienza associativa, ha costruito la sua identità costituzionale e ha acquisito consapevolezza del suo ruolo.

Occorre dunque essere pronti ad affrontare una nuova stagione di riforme che potrebbero cambiare radicalmente l'assetto costituzionale dell'ordine giudiziario, vero obiettivo anche della proposta per la cd. "separazione delle carriere": un progetto, a ben vedere, di complessiva revisione costituzionale, che tocca l'indipendenza del pubblico ministero e l'obbligatorietà dell'azione penale, l'unità dell'ordine giudiziario, la struttura del Consiglio e le sue competenze.

Per preparare la difesa della «pietra angolare»<sup>2</sup> dell'ordinamento giudiziario, come la Corte costituzionale ha definito il Consiglio, occorre dunque riportare nel dibattito interno ed esterno alla magistratura la consapevolezza della storia e del valore di *questo* Consiglio che, fra alti e bassi, è stato un'istituzione viva della democrazia e un luogo di assunzione di responsabilità per la magistratura rispetto all'efficienza e alla qualità della giurisdizione. E occorre saper guardare al risultato finale che si vuole ottenere: un Consiglio ridotto a un organo di amministrazione del personale, funzionale a una ristrutturazione in senso verticistico e burocratico dell'ordine giudiziario; un Consiglio privo di forza, autorevolezza e rappresentatività, per avere magistrati più *soli*, meno consapevoli del proprio ruolo, più esposti a pressioni e intimidazioni.

## 2. La reazione e le dinamiche della magistratura

La reazione venuta dalla magistratura di fronte all'annuncio della riforma per l'introduzione del sorteggio dimostra quanto, oggi, sia frammentato e

1. G. Azzariti, *Bruciati i ponti si salvi il Parlamento, Il manifesto*, 8 ottobre 2019, [www.ilmanifesto.it/bruciati-i-ponti-si-salvi-il-parlamento](http://www.ilmanifesto.it/bruciati-i-ponti-si-salvi-il-parlamento).

2. Cfr. Corte cost., 8 gennaio 1986, n. 4.

indebolito il fronte *interno* di difesa del Consiglio e del nostro sistema di rappresentanza: anche da parte della componente più consapevole dell'irrinunciabile valore dell'autogoverno, vi sono state aperture alla proposta del ministro Bonafede: non il male peggiore secondo alcuni; il necessario prezzo da pagare, secondo altri.

Le ragioni di questa breccia che si è aperta nella magistratura partono da lontano.

Lo scenario svelato dall'inchiesta di Perugia ha segnato un salto di qualità in negativo rispetto a un quadro di criticità, già da tempo conclamato, che ha prodotto un progressivo scollamento fra magistratura e istituzione consiliare, e ha aperto un varco pericoloso nel quale, accanto alle posizioni di consapevolezza critica dei limiti mostrati dall'azione di governo della magistratura, ma di difesa delle sue prerogative costituzionali, sono cresciute le spinte *antisistema* e di *rivolta* contro l'intero meccanismo della rappresentanza.

E la circostanza che le strategie concordate in circuiti occulti e paralleli a quello della trasparente dialettica consiliare avessero ad oggetto la nomina di dirigenti di importanti uffici giudiziari, spiega bene il pericoloso innesco creato dalla convergenza delle due spinte degenerative che in questi anni sono cresciute, traendo reciprocamente impulso l'una dall'altra: lo svuotamento del contenuto di *politicità* della rappresentanza prodotto dalla pessima legge elettorale del 2002 che, proprio con l'obiettivo di indebolire il ruolo delle correnti, ha posto le premesse per una investitura fondata su logiche *alternative* e aggregazioni non palesi (per interessi corporativi, o legami personali e territoriali) e per la ricerca di convergenze non sulla base del confronto di visioni diverse, ma di mediazioni più rispondenti alle esigenze *particolari* e *specifiche* di ciascun eletto e del *suo* elettorato; l'incapacità della magistratura di affrontare, nell'autogoverno, le criticità emerse nella fase di attuazione della riforma del 2007 e, in particolare, quelle relative all'esercizio delle prerogative più complesse attribuite al Consiglio, come la maggiore discrezionalità nella scelta dei dirigenti. Criticità non eliminate, ma in qualche misura addirittura accentuate dai progressivi aggiustamenti e dai periodici ritocchi della normativa secondaria, operati al fine dichiarato di un esercizio più trasparente della discrezionalità.

Sotto la spinta delle contraddittorie istanze provenienti dalla *base* (in parte critica, in parte proiettata verso nuove forme di carrierismo incentivate dalla stessa previsione di griglie, indicatori e parametri) l'autogoverno non è stato in grado di mettere in campo un progetto nuovo e – esaurito lo slancio verso l'attuazione dell'autoriforma – ha intrapreso un percorso di progressivo arretramento rispetto al suo ruolo di guida del cambiamento, assecondando il ri-

piegamento della magistratura verso vecchie e nuove forme di corporativismo e di carrierismo, e ignorando i segnali più chiari di sfiducia e di disaffezione provenienti da suoi settori sempre più consistenti.

Nelle affollate assemblee di giugno, la magistratura *tradita*, ferita nella sua immagine e nella percezione di sé, ha reagito con forza, rivendicando la propria *diversità* e una immediata correzione di rotta nella gestione dell'autogoverno. Di queste istanze si è fatta interprete l'Anm, con la richiesta di dimissioni e di assunzione di responsabilità da parte di tutti i consiglieri interessati, venuta tempestivamente a segnare la netta cesura con il passato anche dalla dirigenza di alcuni gruppi, come Unicost, che si è mossa senza incertezze e senza indulgenza nei confronti dei propri aderenti coinvolti.

Una reazione unitaria, che ha lasciato ai margini le posizioni di mediazione e di attendismo, con le quali si è cercato di dare un sostegno esterno alla scelta di alcuni componenti di rinviare le dimissioni con l'*escamotage* dell'"autosospensione", ma ha al tempo stesso puntato il dito contro il *sistema*: più che la prospettiva di una riforma e di un suo rinnovamento, la magistratura ha espresso l'esigenza di una presa di distanza dall'autogoverno e dalle correnti. E di questo *sentimento* di irreversibile fallimento del ruolo dei gruppi, e dei meccanismi rappresentanza basati sul ruolo dei gruppi, si sono fatti interpreti i candidati "indipendenti" per le elezioni suppletive del pm, rivendicando con orgoglio l'estraneità a ogni esperienza associativa, proponendo una competizione non più fondata sul confronto fra idee e visioni diverse, ma sulla comparazione fra qualità morali e storie professionali dei singoli. Alcuni persino evocando – a proposito delle correnti – logiche simili a quelle delle organizzazioni mafiose e, molti, riproponendo una visione dell'autogoverno non come un valore da salvaguardare, ma come un sistema dal quale difendersi.

### 3. La quiete dopo la tempesta?

Lo svolgimento delle elezioni suppletive del Csm per la sostituzione dei due membri nella categoria del pm ha segnato la fine della fase più acuta della crisi istituzionale. L'esito della seconda tornata, per la sostituzione del componente con funzioni giudicanti, ci consentirà di fare previsioni più complete e attendibili sulla nuova stagione che si è aperta per l'autogoverno, di decifrare meglio lo *stato d'animo* della magistratura e le sue aspettative, e di comprendere quanto quella richiesta di cambiamento espressa dalla *rivolta morale* dei mesi scorsi potrà produrre un serio percorso di rinnovamento anche nell'autogoverno.

Ma il quadro che si è progressivamente ricomposto, passato il momento di difficoltà più acuta e

acquisito il verdetto della prima tornata di elezioni suppletive, appare tuttavia già molto significativo: i segnali di cambiamento che vi si leggono non si prestano a una interpretazione univoca né ad orientare in maniera chiara e decisa l'azione del Consiglio nella direzione del cambiamento.

Non crediamo che le istanze di rinnovamento e di rigenerazione siano il riverbero effimero dell'immagine di una magistratura *in rivolta* nei giorni dello scandalo. Ed è reale il travaglio che sta vivendo quella parte della magistratura che vuole fare i conti con scelte sbagliate e con le degenerazioni subite o colpevolmente avallate.

Ma la forza propulsiva della spinta al cambiamento si esaurirà in breve tempo, se non riuscirà a tradursi in un progetto, in una linea di azione comune, e a improntare di sé un nuovo percorso nell'associazionismo e nell'autogoverno.

Una prospettiva che chiama in causa la responsabilità dei gruppi, la loro capacità di riproporsi e rivitalizzarsi come fenomeni collettivi, come strumenti di elaborazione culturale e di attuazione del pluralismo nei luoghi dove – attraverso il confronto e la sintesi – è necessario ritrovare una progettualità comune, necessaria per un effettivo processo di rinnovamento.

Ma è una prospettiva che impone anche a tutta la magistratura di fare i conti con la profonda trasformazione culturale subita in questi anni, di ricostituire al suo interno gli anticorpi per contrastare vecchie e nuove forme di corporativismo, di riflettere su quanto il *sistema* oggi sotto accusa sia diventato sempre più il riflesso di istanze che provengono dalla base, e di interrogarsi sulle degenerazioni che portano a forme di contiguità e di vicinanza al potere politico.

La curvatura che, in poco tempo, hanno ripreso il nostro dibattito interno e le dinamiche consiliari dimostra quanto sia lungo e impegnativo questo percorso, stretto fra la tentazione di sottrarsi al confronto con la complessità dei problemi da affrontare e di prendere scorciatoie che, nell'immediato, diano l'illusione del cambiamento; le proposte più radicali che – in sintonia con quel che accade nel Paese – invocano il cambiamento attraverso la lotta del magistrato-singolo alla "casta" e al sistema delle correnti in cui questa prospera; la forte contropinta a ristabilire – anche nei rapporti con la politica – gli equilibri scossi dai sommovimenti prodotti dallo scandalo delle nomine, intorno al baricentro della *corporazione* e della difesa delle sue prerogative.

Sono dinamiche che si sono già tutte riproposte nel dibattito che ha accompagnato la campagna per le elezioni suppletive, e che forniscono qualche chiave di lettura del risultato consegnato dalle urne.

La proposta dell'Anm di favorire l'emersione di una pluralità di candidature nelle assemblee locali, in luogo della loro *designazione* da parte dei gruppi – che nelle ultime elezioni aveva portato per la categoria del pm non solo a un numero di candidati pari ai seggi da coprire, ma anche alla scelta di ben due candidati senza esperienza significativa nel settore requirente – si è fatta interprete di una effettiva istanza di maggiore partecipazione e di responsabilizzazione della magistratura rispetto all'autogoverno e dell'esigenza di mettersi in gioco anche avventurandosi *in mare aperto*, con l'individuazione di candidature *bi-partisan* o indipendenti.

Una proposta che, da subito, si è rivelata politicamente debole: la pluralità delle candidature è rimasta confinata nell'area elettorale di AreaDG, mentre altri gruppi hanno scelto di compattare il loro elettorato di riferimento sui candidati sostenuti. E l'esito delle votazioni – con il numero dei non votanti e delle schede bianche (301 su 6799 votanti)<sup>3</sup> – ha confermato che il messaggio di rinnovamento, che si è voluto lanciare con la pluralità e lo spontaneismo delle candidature, non ha catturato il consenso di scettici e di delusi e non ha prodotto la maggiore partecipazione che si voleva ottenere.

Il risultato elettorale ha premiato il candidato sostenuto da Mi, la componente più penalizzata dalle vicende di Perugia e indebolita dalle dimissioni di tre consiglieri, e ha ulteriormente rafforzato la componente di AeI che, da due componenti, per effetto dell'acquisizione dei due giudici subentrati come primi non eletti ai due dimissionari e dell'elezione del secondo pm, è oggi il gruppo di maggioranza.

Una ricomposizione radicale degli equilibri interni al Consiglio che – tenuto conto del consenso riportato da ciascuno dei candidati riferibili ad AreaDG – non dà rappresentanza all'effettivo peso dell'area progressista della magistratura. Se si considera il ridimensionamento subito da Unicost e l'effetto di indebolimento politico prodotto dal risultato di AreaDG, in questo nuovo assetto si rischia una forte riduzione degli spazi per un'azione di governo che sia effettiva espressione del pluralismo culturale della magistratura.

La sconfitta di AreaDG, ampiamente prevedibile tenendo conto del meccanismo elettorale e della frammentazione del voto prodotta dalla scelta *solitaria* della pluralità delle candidature, lascia sul campo un bilancio politico ben più pesante della mancata conquista di un seggio. Risultato che, pure, è destinato a pesare negativamente sulla capacità della componente progressista di incidere sulla linea di azione dell'autogoverno.

3. Il sito del Csm, aggiornato al 4 novembre 2019, indica in 9.591 i magistrati in servizio.

La vera cifra politica di questa sconfitta è in quel “*passo indietro delle correnti*” promosso da AreaDG con una decisione che è apparsa una fuga in avanti, anche rispetto alla direzione poi indicata dall’Anm a favore del pluralismo delle candidature, e nella *coerente* rinuncia ad assumere, come gruppo, un ruolo di guida e di orientamento sulla base dei contenuti emersi nel confronto elettorale.

Una scelta non ponderata, che ha veicolato un messaggio incompatibile con il senso che abbiamo sempre attribuito all’impegno associativo, da rivendicare e da difendere proprio nel momento in cui, nella magistratura e nel dibattito pubblico, le correnti erano finite sotto accusa come il male da estirpare.

Il tema di riflessione che l’esito elettorale oggi pone alla magistratura progressista è nella sconfitta della nostra idea di gruppo e di rappresentanza, del suo ruolo di sintesi delle istanze e dei valori che il gruppo esprime, del significato che assume l’investitura in quanto espressione del fenomeno collettivo e dell’aggregazione, per idealità e per visioni, che ha dietro di sé.

Una riflessione alla quale non è possibile sottrarsi perché ci interroga sul futuro e sul senso del nostro impegno associativo: non inseguire le pulsioni del momento, ma raccogliere e rappresentare le istanze del cambiamento, tradurle in comportamenti coerenti e in capacità di vigilanza critica e autocritica, farne la base di un progetto forte per l’autogoverno, che sappia rivendicare i valori più autentici dell’associazionismo e rappresentare l’alternativa all’individualismo e al populismo dilagante anche in magistratura.

#### 4. Il tempo stringe

Questo è l’apporto di consapevolezza critica che la magistratura progressista deve essere in grado di offrire alla ripresa di un confronto collettivo nel quale ricostituire le basi per un progetto comune di cambiamento.

Non cercare di *mettersi in sintonia* con gli umori e i *desiderata* del momento, ma essere pungolo per-

ché la magistratura, in ogni sede, faccia i conti con se stessa. E con la *crisi di identità* che – come soggetto collettivo – vive da tempo.

Percorsa da pulsioni contraddittorie (fra spinte all’individualismo, atteggiamenti antisistema e chiusure corporative), anche di fronte alla grave crisi istituzionale che ha messo a rischio il presidio istituzionale della sua indipendenza e della sua autonomia, la magistratura stenta a ricostruire intorno a questi valori una nuova consapevolezza di sé, un nuovo *sensu comune* e, nel Consiglio, a ritrovare la spinta ideale per un’azione condivisa di governo capace di restituire centralità alle esigenze della giurisdizione.

L’Assemblea generale dell’Anm del 14 settembre ha approvato modifiche statutarie proposte dal Comitato direttivo centrale, che ha avviato nel contempo le procedure di riforma del codice etico: lo scopo è riaffermare il valore dell’impegno associativo e nelle sedi dell’autogoverno, in funzione dell’*interesse generale*, e di scoraggiare il carrierismo interno al circuito associativo<sup>4</sup>. Un risultato del confronto associativo che, tuttavia, lascia sullo sfondo una serie di nodi irrisolti, che rimandano alle questioni cruciali da rimettere al centro di una riflessione comune: se è vero che non sono accettabili letture strumentali e semplificazioni interessate a normalizzare il Consiglio e a porre fine all’esperienza dell’associazionismo giudiziario, le gravi cadute dell’autogoverno e il riemergere della questione morale in magistratura, da tempo sotto gli occhi di tutti, pongono interrogativi ai quali dobbiamo dare risposte convincenti. Per noi stessi e per la collettività.

La ricerca di una via d’uscita passa attraverso una riflessione collettiva sui valori fondamentali dell’etica, della deontologia e della professionalità, sui cambiamenti culturali che hanno prodotto un allentamento della tensione ideale, sulla necessità di fare luce sui punti oscuri, dove si annidano i germi delle degenerazioni, e di far ripartire da questa riflessione un progetto di cambiamento, una nuova stagione di autoriforma e di protagonismo dell’autogoverno.

Il tempo stringe.

4. Sul tema, *cfr.*, in questo numero, il contributo di Nello Rossi: *L’etica professionale dei magistrati: non un’immobile Arcadia, ma un permanente campo di battaglia*.

# Quale futuro per la giustizia penale? Fra derive populiste e inefficienze “garantiste”, cosa ci riserva il presente “giallorosso”?

di *Marco Patarnello*

Per una rivista come la nostra, la giustizia penale costituisce senza dubbio uno dei centri di gravità più significativi. Essa incarna l'idea di Stato che caratterizza un Paese ed è uno degli strumenti di lettura di una società. Ci dice chi siamo e chi vorremmo essere. Indica il punto di equilibrio dei valori in gioco fra individuo e comunità.

**1. L'inefficienza del processo penale / 2. L'ingiustizia del processo penale / 3. Quali energie e per cosa. L'aspirazione verso chi vorremmo essere / 4. L'incerto presente “giallorosso” / 5. Quale direzione imprimere: l'imputato al centro e l'uso razionale delle risorse / 6. Soluzioni preprocessuali per i reati minori / 7. Udiienza preliminare quale ponte di comando della “nave” processuale / 8. Quale rito ordinario e perché / 9. La prescrizione / 10. Conclusioni**

## 1. L'inefficienza del processo penale

Chi siamo? Se muoviamo dalla percezione comune (dato dal quale sarebbe velleitario prescindere del tutto), la nostra giustizia penale, gravata da enormi aspettative, risulta in stallo su entrambi i fronti che ne caratterizzano il senso. Innanzitutto, su quello di un buon livello di efficacia, intesa come capacità di giungere in tempi ragionevoli a una decisione stabile sul merito del processo, autentico fallimento della giustizia italiana. In secondo luogo, su quello di un buon livello di giustizia, inteso come effettivo rispetto dei diritti, delle garanzie e del principio di uguaglianza dei cittadini innanzi alla legge. Aspetti, peraltro, fra loro strettamente connessi, poiché è del tutto evidente che un processo che duri dieci anni è “ingiusto” per definizione, qualsiasi ne sia il risultato.

Se, invece, guardiamo la giustizia penale più da vicino e con gli occhi di chi vi opera, probabilmente i due fronti dello stallo non sono del tutto simmetrici. Da un lato, l'inefficienza del processo penale non è poi così omogenea a tutti i settori e le tipologie penali. Dall'altro, se l'ingiustizia di un sistema si misura dal numero di innocenti condannati, quella del sistema italiano è di certo meno clamorosa di quanto appaia.

Sul fronte dell'inefficienza, sembra giusto constatare che l'area dei reati violenti per i quali sia stata disposta la custodia cautelare non viaggia poi così lentamente! Processi per delitti – diversi da quelli associativi e – caratterizzati da pene consistenti nei confronti di imputati in custodia cautelare giungono, per lo più, a una decisione definitiva in tempi contenuti e conservando lo stato detentivo, ove necessario. C'è una specifica tipologia repressiva (e, mi verrebbe da dire, criminologica e per certi aspetti sociologica) che non sembra colpita significativamente dalla crisi del processo penale: quella che riguarda i processi alla grave devianza di strada, per rapina, estorsione, spesso – ma non sempre – per violenza sessuale e per i crimini violenti in genere. Questi processi si concludono, per lo più, in udienza preliminare o “in direttissima” in stato di custodia cautelare con rito abbreviato o col patteggiamento; anche quando sono sottoposti ad appello o a ricorso in Cassazione, lo stadio custodiale assicura loro tempi contenuti e decisioni veloci. Per questi processi, la sentenza definitiva arriva in tempi ragionevoli. Per tutti gli altri c'è un destino dilatato negli anni – ma, più frequentemente, la prescrizione.

## 2. L'ingiustizia del processo penale

Sul versante dell'ingiustizia, tocca prima intendersi sul significato del termine. "Ingiusto" è un processo che impiega dieci anni o più a giungere a una conclusione. Qualunque essa sia. Se, poi, essa è anche una conclusione di *non liquet*, come sostanzialmente può dirsi per la dichiarazione di prescrizione, l'ingiustizia si trasforma addirittura in farsa, anzi in beffa, che alimenta l'ingiustizia moltiplicandone gli effetti negativi. E il discorso sull'ingiustizia potrebbe anche chiudersi qui, recitando senza appello il *de profundis* del sistema penale italiano per tutti i processi, con le sole eccezioni cui ho accennato poc'anzi. Se invece approfondiamo il significato di questo termine, ci accorgiamo che anche qui le cose sono più complicate. Pur nella consapevolezza che nessun sistema penale è immune da errori o pericoli, se il grado di ingiustizia di un processo penale si valutasse dalla sua capacità di evitare che un innocente venga condannato, il sistema italiano complessivamente considerato non potrebbe definirsi ingiusto. Del resto, è piuttosto recente la polemica che – sia pure ad altri fini – ha stigmatizzato la qualità del lavoro delle procure della Repubblica basandosi sul numero, stimato come eccessivamente alto, di assoluzioni dibattimentali.

Invece io credo che sia corretto dubitare del grado di giustizia del nostro sistema processuale penale, non solo per il gravissimo *vulnus* legato alla sua durata. Credo che il punto debole del nostro sistema sia costituito dallo scarso o nullo coinvolgimento dell'imputato nel processo o, per meglio dire, del suo coinvolgimento solo formale e apparente. In definitiva, credo che il punto debole sia costituito dalla gestione dei processi *in absentia*. Avendo perso fiducia nella "serietà" e "gravità" dell'evento "processo penale" nella vita di una persona, abbiamo accettato che la sua celebrazione avvenga ordinariamente nell'assenza del protagonista imputato, spesso fondando questa assenza sulla *fictio* di una scelta che di rado vi è realmente e che, ancor più raramente, è valutata con consapevolezza. Invece, l'assenza radicale del protagonista dalla scena e dalle scelte processuali condiziona negativamente l'andamento e l'affidabilità del processo penale e pone le premesse per una conclusione lontana dalla realtà di vita che lo ha generato. Ancor più, essa favorisce lunghi accertamenti processuali sfilacciati e complessi e, magari, conseguenze esecutive di estremo rigore, quando invece la sua presenza assai verosimilmente avrebbe condotto a soluzioni più agili e adeguate al fatto e al protagonista. Troppo spesso dando anche luogo a processi inutili, nei confronti di soggetti che mai ne subiranno le conseguenze: pensiamo agli innumerevoli processi a soggetti stranieri e di passaggio in Italia – per lo più per reati modesti – la cui consapevolezza dell'esi-

stenza di un processo penale è legata a dichiarazioni o elezioni di domicilio effettuate con superficialità e nell'assenza di un effettivo luogo di vita, con enorme dispendio di inutili energie giudiziarie. Su un altro versante, l'esecuzione penale – conosciuta e soppesata seriamente – evidenzia come il soggetto detenuto, troppo frequentemente, risulti essere stato assente nel processo penale (spesso non per scelta) laddove l'apporto del suo contributo di conoscenza e del suo effettivo punto di vista avrebbe potuto offrire al processo dati rilevanti per una valutazione completa e, comunque, ne avrebbe certamente favorito una conclusione semplificata.

## 3. Quali energie e per cosa. L'aspirazione verso chi vorremmo essere

Se, per capire chi vorremmo essere, dovessimo guardare al numero di magistrati cui affidiamo la cura di ciascun processo, dovremmo senza dubbio concludere che al centro delle nostre paure c'è il rischio dell'errore giudiziario. È stato già osservato come, in un processo penale "elementare" (sarebbe a dire monocratico, non caratterizzato da "incidenti" particolari e privo di parentesi cautelari) che percorra i nostri ordinari tre gradi di giudizio, vi sono almeno tredici magistrati che si sono chinati sulla vicenda: un pubblico ministero, un giudice per le indagini preliminari, un giudice dibattimentale, un procuratore generale in appello, un collegio d'appello, un procuratore generale di legittimità, un collegio di legittimità. Se, poi, la vicenda ha avuto una fase cautelare o riguarda fattispecie meno elementari, il numero di magistrati coinvolti nel processo sale sino ad almeno venticinque (ma il numero può salire anche molto oltre, in caso di corte d'assise). Tutto ciò sempre senza ipotizzare incidenti particolari (giudizi di "rinvio" o incidenti di esecuzione) e, ovviamente, senza considerare la fase di esecuzione della pena. Ogni singolo processo penale: non credo che il numero abbia uguali in altri ordinamenti. Se, però, si raffronta questo dato con la naturalezza con cui ci aspettiamo che ogni singolo processo si svolga in assenza dell'imputato, ci sarebbe da interrogarsi seriamente sul grado di buon senso del nostro sistema: intorno al fatto-reato si muove un mondo enorme di professionisti, che prescindono pressoché interamente dal protagonista principale. Ma, senza la partecipazione effettiva del protagonista principale, la gigantesca macchina giudiziaria trasfigura. Si trasforma, se non in un circo senza pubblico, quanto meno in una medievale macchina esoterica, disegnata per andare sulla luna, ma frutto della fantasia di chi non ha alcuna idea di come raggiungerla realmente.



Su questo tessuto va immaginata e valutata ogni ipotesi di riforma del processo penale. Muovendo, però, da alcune consapevolezze fondamentali. Un processo penale molto attento ai diritti, ma naufragato in una durata infinita e privo di alcun risultato non è un processo garantito, è un processo ingiusto e incivile. A un processo penale ingiusto e incivile corrisponde una società ingiusta e incivile. Se la comunità chiede ai suoi giuristi di amministrare o realizzare un processo giusto, gli chiede di renderlo innanzitutto efficiente, come preconditione per qualsiasi valutazione sul suo grado di giustizia. Quando noi tutti ci interroghiamo sulle garanzie del processo, abbiamo anzitutto il dovere di interrogarci su come rendere il processo efficiente. Non dovrebbe essere consentito a nessuno degli *stakeholders* culturali coinvolti su questo argomento di dibattere il tema senza confrontarsi con tale preliminare necessità. Questo non perché il diritto del singolo debba essere trascurato o cedere il passo, ma perché sull'altro piatto della bilancia c'è il diritto della comunità, di tutti noi cittadini, a un ordinamento che tuteli effettivamente chi ha bisogno dell'intervento dello Stato e che garantisca il rispetto delle regole, perché il rispetto delle regole è l'unico argine contro la supremazia del più forte. Se il processo non funziona, non produce i risultati che deve assicurare, prima o poi qualcuno bussa alla porta e chiede conto di ciò che accade e la risposta non può essere, semplicemente, "non sono fatti tuoi". La risposta deve essere razionale, lucida e attenta ai diritti, ma ci deve essere.

Sulla base di queste premesse e in – si spera – provvisoria assenza di un testo governativo per la riforma del processo penale, è comunque possibile sviluppare alcune considerazioni sul tema indicato nel titolo.

#### 4. L'incerto presente "giallorosso"

Nel perimetro culturale e ideale che caratterizza ciascuno dei due – anzi tre, se non quattro – raggruppamenti politici al governo, esiste in linea teorica, a mio giudizio, la possibilità di un'intersezione suscettibile di produrre risultati positivi. La spinta propulsiva più sensibile ai bisogni concreti dei cittadini – o, se preferite, del *popolo* – che caratterizza il M5S può saldarsi e giovare positivamente della maggiore competenza e attenzione ai diritti individuali che caratterizza il Pd e gli altri alleati di governo. Detta diversamente, può dirsi che l'eccessiva cautela e la scarsa attenzione ai bisogni concreti dei cittadini "normali" che caratterizza il Pd e, ancor più, i suoi fuoriusciti può molto beneficiare del senso di realtà e della spinta al cambiamento che caratterizza gli alleati Cinquestelle. Ma è vero anche il contrario. In questo scam-

bio, gli alleati possono mettere in comune le proprie qualità o i propri difetti. Gli uni e gli altri consentono l'individuazione di un'area comune di intersezione suscettibile di produrre un risultato. Ma se, anziché mettere insieme, da un lato, concretezza e sincera spinta propulsiva e, dall'altro, competenza e attenzione ai diritti, questi alleati mettono insieme populismo di facciata e garantismo "peloso", il risultato sarà un disastro peggiore dello stato semicomatoso in cui versa attualmente il processo penale. Se, anziché mettere insieme i loro pregi, queste forze metteranno in comune i loro difetti, la giustizia sarà il campo d'elezione del loro disastro.

Se dovessimo giudicare dalle premesse, entrambi gli scenari sembrano concretamente raggiungibili e anzi, sullo specifico della giustizia penale, non mancherebbero le ragioni di preoccupazione. In difetto di un progetto governativo attuale, la bozza di riforma della giustizia presentata dal ministro Bonafede al Consiglio dei ministri del Governo "gialloverde" aveva, infatti, luci e ombre. Mentre, però, sul versante della riforma ordinamentale vi erano molte intuizioni e proposte positive, e una sola vera e drammatica criticità incostituzionale costituita dall'introduzione del sorteggio per la scelta dei componenti togati del Csm, sul versante del processo penale la bozza di riforma era di un'imbarazzante modestia e sembrava giustappunto frutto di un populismo di facciata: i processi penali italiani non sono fermi a causa dei pm neghittosi o dei giudici fannulloni; magari fosse così semplice. D'altro canto, anche la circoscritta riforma delle intercettazioni, varata dal precedente ministro Orlando e ancora in attesa di entrare in vigore, non aggiunge ragioni di serenità a chi voglia cimentarsi con questa specie di lettura del volo delle rondini: farraginoso e preoccupato solo di circoscrivere alcuni abusi, ma estranea al tema dell'efficienza o incisività del processo penale. Più delicata e problematica la lettura della riforma della prescrizione realizzata dal Governo precedente, sotto la pressione politica del M5S e del ministro Bonafede. Si tratta di una riforma che non può certo essere definita "timida", né "poco incisiva", ma che ha già subito critiche feroci, e anche su questa Rivista sono emerse argomentate e convincenti criticità. Anche perché la sua riuscita, in chiave di accelerazione processuale, è tutta da dimostrare. Un giudizio sereno e serio su questa riforma non può limitarsi a valutarla isolatamente, falcidandola. Si tratta senza dubbio di un intervento che, per incidere positivamente sul funzionamento concreto del processo penale nel senso più sopra richiamato, necessita di essere collocato nell'ambito di una riforma complessiva, capace di rendere il processo penale davvero efficiente e caratterizzato da una durata ragionevole, non solo a parole. Al di fuori di un progetto complessivo di interventi incisivi per la velo-

cizzazione dei processi penali italiani, la sola riforma della prescrizione varata rischierebbe di completare il quadro di uno sfascio già imminente, aggiungendovi l'ingiustizia di un processo perenne, senza rimedio. In assenza di una prospettiva di effettiva accelerazione, il funzionamento del processo, privato della spada di Damocle della prescrizione, finirebbe assai verosimilmente coll'allungarsi ancora. Anche se oggi la durata dei processi risente negativamente dell'obiettivo di conseguire la prescrizione, la causa della durata interminabile dei processi penali è, purtroppo, assai più complessa. Peraltro, collocata all'interno di un quadro di interventi riformatori e di risorse umane suscettibili di imprimere alla giustizia penale un'autentica ed effettiva iniezione di efficienza, la riforma della prescrizione approvata con la legge 9 gennaio 2019, n. 3 – con qualche accorgimento correttivo, soprattutto nel caso di assoluzione in primo grado – non potrebbe che ricondurre a un adeguato *standard* di equità e di giustizia un processo penale che se ne è troppo allontanato. In questo senso, si può dire che anche questa riforma della prescrizione può rivelarsi il primo passo verso un nuovo innesco di funzionalità e giustizia nel sistema processuale penale italiano o l'ultimo passo verso il baratro di un sistema irrimediabile.

### **5. Quale direzione imprimere: l'imputato al centro e l'uso razionale delle risorse**

Nella cornice finora descritta e nell'assenza di un quadro da criticare dipinto dall'artista, la cosa più ragionevole che una rivista può fare è abbozzare sulla tela la trama di un soggetto plausibile, ricordando a chi ha il compito di scrivere le riforme che, in questa materia, neppure il legislatore può muoversi in modo autistico e chiuso in se stesso, senza tradire il proprio mandato. Se si vuole realizzare un risultato concretamente utile, meditato e praticabile, è con gli operatori del diritto che bisogna confrontarsi. O, quanto meno, con quegli operatori che siano sinceramente mossi dal desiderio di restituire al processo penale italiano la funzione che gli è propria: quella di accertare i fatti e giungere a una decisione stabile e giusta su di essi.

Da questo punto di vista, se l'enucleazione dei punti di debolezza e criticità del processo penale sono davvero quelli accennati in precedenza, le leve di un possibile intervento sono state già indicate al dibattito, proprio sulle pagine di questa Rivista, fondando la visione dell'intervento su una impegnativa filosofia di fondo: non si processa nessuno senza la preventiva ed effettiva instaurazione di un rapporto diretto fra imputato e giudice. L'imputato al centro, nessun processo *in absentia*; ma anche su una valutazione

fredda e razionale delle risorse: gli istituti di garanzia non si moltiplicano a *prescindere*, senza una visione complessiva. Infine, è venuta l'ora di considerare che la macchina processuale e la sua incisività non dipendono solo dal numero dei magistrati che si china su ciascun processo, ma anche da una struttura moderna e organizzata.

### **6. Soluzioni preprocessuali per i reati minori**

Premessa necessaria a qualsiasi intervento riformatore è quella di evitare l'ingresso nel circuito processuale penale di tutti i "casi" che possono chiudersi senza sanzione penale, non solo perché il fatto è di modesta offensività (e l'attuale assetto della tenuità del fatto deve essere significativamente modificato), ma anche qualora un fatto – non tenue, ma relativamente "offensivo" – sia passibile di un esito diverso dalla sanzione penale per la sua natura occasionale, per la dinamica sociale che lo sottende, per la personalità dell'autore, per il possibile intervento di significativi comportamenti "riparatori", etc. Si tratta, in buona parte, del segmento che oggi viene definito a mezzo di "citazione diretta" (anche a seguito di opposizione a decreto penale), per il quale andrebbe modificato il rito. Per lo più si tratta di fatti che non richiedono accertamenti approfonditi e, pertanto, la presentazione davanti a un giudice dovrebbe essere pressoché immediata e avere lo scopo di valutare l'opportunità o meno di schiudere le porte del procedimento penale. Se l'indiziato presente accetta soluzioni alternative allo schema processo/condanna, gli strumenti per affrontare la rottura degli equilibri della comunità in modo meno costoso di un processo penale, le cui forme sono pensate per giungere alla privazione della libertà personale, possono essere vari e tarati sul caso concreto. In materia, possono essere utilmente adottate soluzioni adottate in altri sistemi non dissimili dal nostro (ad esempio, in Francia o in Olanda), ma anche soluzioni sanzionatorie innovative, che allarghino l'attuale tipizzazione sanzionatoria o che affidino al giudice la possibilità di allontanarsi dalla tradizionale tipizzazione sanzionatoria e individuare e proporre comportamenti suscettibili di "sciogliere" concretamente la tensione o la lacerazione creata nella comunità dal comportamento penalmente sanzionato, e fare uscire dal circuito processuale penale vicende che non necessitano della "solennità" e formalità del processo e della sanzione penale (così ricca di corollari e di conseguenze), potendo essere più concretamente risolte con provvedimenti di natura amministrativa concordati. Se l'indiziato presente indica plausibili e agili approfondimenti necessari, essi potranno essere effettuati senza formalità e solennità,

in modo funzionale alla fase non propriamente processuale in corso e alla definizione, con archiviazione o concordata, sulla base di quanto emerso. Se, invece, l'indiziato presente rifiuta qualsiasi interlocuzione ragionevole o concordata, il giudice potrà orientare il procedimento verso la sua prospettiva processuale o, magari, potrà disporre una *reprimenda* o un ordine coattivo che determini il comportamento/sanzione imposto. Si potrebbe ipotizzare, infatti, che trattandosi di uno snodo al di fuori del processo e della sanzione penale, il provvedimento – anche coattivo – del giudice si muova in un ambito slegato da un vero e proprio accertamento e caratterizzato da agilità e leggerezza, alternativo alla scelta processuale comunque possibile, legando la sua efficacia alla prospettiva che la sua violazione comporti – all'esito dell'eventuale accertamento penale conseguente – conseguenze penali più consistenti.

È del tutto evidente che, all'obbligo di presenza, consegue la necessità dell'accompagnamento coattivo in caso di assenza o una sorta di ordine di custodia per l'udienza, nel caso di irreperibilità del soggetto. In tal caso, si potrebbe immaginare un meccanismo di udienza strutturato in modo simile a quello del rito direttissimo.

## 7. Udienza preliminare quale ponte di comando della “nave” processuale

Al di fuori del segmento *bagatellare* accennato, l'udienza preliminare deve diventare il ponte di comando della “nave” del processo penale. Come si è detto – ed essendo la sede in cui si effettuano tutte le scelte più importanti –, all'udienza preliminare è indispensabile e obbligatoria la partecipazione personale dell'imputato. Essa dovrebbe essere la sede in cui si valutano i presupposti per la chiusura del processo con il “non luogo a procedere”, mediante canoni di delibazione rigorosi e realistici sulle prospettive di condanna: una verifica, con strumenti “inquisitori”, della responsabilità penale ai soli fini della celebrazione del processo, senza formulare prognosi su ipotetiche e improbabili acquisizioni dibattimentali ulteriori. Anche per questo segmento penale meno banale, l'udienza preliminare diventerebbe la sede per una definizione di natura concordata o non penale del processo. Si potrebbe anche ipotizzare che il giudice formalizzi una ragionevole “proposta solenne” di definizione, il cui rifiuto, eventualmente rivelatosi irragionevole all'esito della condanna a seguito del processo dibattimentale, possa essere elemento di valutazione negativo ai fini della pena. È certamente la sede per definire la vicenda con un rito alternativo incentivato, magari consentendo, in caso di patteggiamento, di

patteggiare anche la natura della pena o della misura alternativa, così da incentivarne l'utilizzo; con rito abbreviato incentivato da maggiori aperture istruttorie e dalla possibilità di scelta di definizione immediata, con l'attuale sconto “secco” di pena innanzi al giudice dell'udienza preliminare, o di ottenere la fissazione di un rito abbreviato collegiale con sconto di pena “fino” a un terzo; conservando al rito abbreviato tutti gli attuali strumenti e margini di impugnazione, conservando l'attuale divieto di *reformatio in peius*. Con una pronuncia che, proprio in quanto maturata in seno a un processo “scelto” dall'imputato, magari apre, in caso di condanna, la possibilità di accesso a istituti esecutivi di maggior favore. Del resto – fermo restando l'attuale impianto costituzionale, che lega l'uso dei riti alternativi alla scelta dell'imputato – è giusto ricordare che già oggi il rito abbreviato è lo strumento processuale che, in concreto, amministra la giustizia in quasi tutti i processi con detenuti e che ha dato dimostrazione di una buona capacità di accertamento e valutazione dei fatti; si tratta di favorire l'ampliamento della sua utilizzazione. Ma, soprattutto, in questa chiave l'udienza è la sede propria per disporre sull'istruttoria dibattimentale e sulla trascrizione delle intercettazioni rilevanti: se il processo si muove verso il rito ordinario, le parti dovrebbero avere l'obbligo, a pena di decadenza, di concludere su tutte le proprie richieste istruttorie dibattimentali e di indicare le intercettazioni rilevanti di cui chiedere la trascrizione; conseguentemente, le parti potrebbero anche patteggiare sulla prova. Corollario di ciò è che sulle richieste istruttorie decida il giudice dell'udienza preliminare – il quale conosce il fascicolo e i fatti –, e decida contestualmente all'eventuale rinvio a giudizio (fermi restando i poteri istruttori del futuro giudice dibattimentale ai sensi dell'art. 507 cpp), con conferimento dell'incarico peritale per le trascrizioni delle intercettazioni rilevanti, da trascrivere nelle more dell'inizio del dibattimento e depositare innanzi al giudice del dibattimento.

## 8. Quale rito ordinario e perché

È inutile nascondersi che, per riformare in modo incisivo e concreto il processo penale, lo snodo del rito ordinario è decisivo. Esso costituisce il terreno su cui si vince o si perde la battaglia del sistema processuale italiano. È impensabile – e infatti è un fallimento – trattare con rito ordinario l'ordinaria domanda di giustizia penale. Il rito ordinario serve a gestire i processi caratterizzati dalla necessità di una acquisizione probatoria di particolare raffinatezza ed è in questo alveo che dovrebbe collocarsi. Occorre creare le condizioni perché ciò accada. All'esito di un'udienza preliminare del genere di quella descritta, e dun-

que con una scelta del rito ordinario pienamente consapevole e avvertita, maturata previa instaurazione di un rapporto diretto fra il giudice e l'imputato, il processo con rito ordinario deve essere caratterizzato da oralità, concentrazione, celerità e rispetto sostanziale delle garanzie. Per questa ragione, il processo dovrà essere verbalizzato solo mediante videoregistrazione, si svolgerà innanzi a un giudice collegiale, che si china essenzialmente solo su un processo alla volta, in modo "sequenziale", e che porta a compimento il processo nella medesima composizione, non potendosi dare esecuzione neppure a trasferimenti ad altro ufficio o incarico senza aver terminato il processo in corso. Al contempo, la pratica e l'esperienza quotidiana rendono razionale consentire, nella sede dibattimentale, la lettura degli atti redatti dalla polizia giudiziaria o da organi dell'amministrazione pubblica o con funzioni di accertamento, limitatamente ai contenuti che documentano l'attività svolta e con esclusione di ogni riferimento valutativo, ferma restando la possibilità di ottenere l'esame dell'autore dell'atto a chiarimento (come autorevolmente suggerito dall'Associazione nazionale magistrati). In applicazione di questi principi, è conseguente che il processo con rito ordinario si svolga, di regola, in un unico grado di merito (tanto in caso di condanna, quanto in caso di assoluzione). Solo in caso di vizio nell'assunzione della prova che ne infici l'attendibilità e, quindi, nel caso in cui la prova debba essere riassunta, potrà essere proposto appello innanzi alla corte di appello, la quale decide con ordinanza camerale sull'ammissibilità e, se lo ritiene ammissibile, fissa la celebrazione del nuovo processo innanzi a sé per rinnovare o effettuare l'acquisizione probatoria e per la decisione. Continuare – come si è fatto sinora – a effettuare giudizi ordinari fondati sul principio di oralità e sui suoi corollari in primo grado, e consentire l'appello cartolare in secondo grado anche solo sulla pena, come accade per i processi definiti in rito abbreviato, significa sommare gli istituti di due diversi sistemi processuali e far fare il cortocircuito al processo penale italiano, uccidendolo. Come infatti è accaduto.

## 9. La prescrizione

È evidente come il tema della prescrizione, se collocato in un buon alveo processuale efficiente, razionale e attento ai diritti, riemerge del tutto sdrammatizzato e, anzi, ne completa il funzionamento, diventando lo strumento che favorisce scelte processuali libere e consapevoli, prive della prospettiva *deviante* di ottenere la prescrizione. Se si creano le condizioni perché la decisione definitiva giunga in tempi ragionevoli, diventa inaccettabile che, quando lo Stato ha

consolidato l'esercizio della sua pretesa punitiva, il processo non giunga alla sua conclusione nel merito. Del resto, non c'è da inventarsi nulla, basta seguire le esperienze degli ordinamenti a noi più prossimi e adattarli al nostro sistema: nessuno è caratterizzato da discipline simili alla nostra sulla prescrizione. E nessuno è caratterizzato da processi penali che durano dieci anni ordinariamente.

Ma, a ben guardare, l'istituto della prescrizione dovrebbe anche svolgere un utile ruolo regolatore nell'impedire che un processo cominci a troppa distanza dal fatto, ed anzi questo è il suo compito elettivo. Occorre una valutazione fredda delle risorse disponibili e del loro impiego, ovviamente tenendo conto della natura del reato commesso. Anche in questo la prescrizione dovrebbe svolgere un ruolo prezioso, lavorando opportunamente sulla disciplina della sua durata, sospensione e interruzione. Una disciplina rigorosa e lucida, che, distinguendo opportunamente fra le diverse tipologie di reati, riuscisse a impedire di avviare i processi a eccessiva distanza dai fatti, ridimensionerebbe anche il tema del termine di durata delle indagini preliminari, consentendo di eliminare l'istituto della proroga, oggi privo di significato e portatore di inutili complicazioni.

## 10. Conclusioni

È, però, venuto anche il momento di prendere atto che la funzionalità della macchina processuale non è data solo dalle regole processuali e dal numero dei magistrati. Un'informatizzazione effettiva ed efficiente, una logistica minimamente decorosa e, soprattutto, risorse di personale idonee e motivate sono un'esigenza imprescindibile: un'amministrazione pubblica non può essere caratterizzata da un'età media che sfiora i sessanta anni. Senza una spinta motivazionale di personale giovane e *nativo digitale*, anche una burocrazia esperta e preparata crollerebbe e perderebbe entusiasmo e motivazione.

Certo, queste considerazioni e prospettive risentono profondamente di ciò che pensiamo e che ci aspettiamo dal processo penale. Se pensiamo che la sua attuale condizione sfilacciata e sonnacchiosa possa essere, in fondo, un male minore e che magari sia meglio una giustizia lenta e poco credibile, perché una giustizia davvero veloce è quasi inevitabilmente frettolosa e ingiusta, in quanto figlia delle differenze sociali del mondo in cui è calata, allora abbandoniamo il processo penale al suo destino e concentriamoci su altro. Se, invece, pensiamo che la giustizia penale serva a restituire alle fasce sociali più deboli uno spazio di vita dignitoso, rimbocchiamoci le maniche.

## Introduzione.

# Le cliniche legali nelle università e negli uffici giudiziari.

## Realtà e prospettive

di Luca Minniti e Simone Spina

**1.** Passati da due a circa venti nel giro di pochi anni<sup>1</sup>, i corsi di “clinica legale” attivi presso le università italiane costituiscono un modello didattico innovativo ormai largamente diffuso nei dipartimenti di giurisprudenza italiani e, al contempo, un importante strumento d’impegno sociale, tanto per i docenti quanto per i discenti<sup>2</sup>.

Sia negli uni che negli altri, infatti, le cliniche legali consentono la maturazione di una coscienza critica nei confronti del sistema giuridico vigente e, in particolare, verso i suoi concreti meccanismi di funzionamento, specie quand’essi involgono soggetti con ridotte capacità economiche e scarse possibilità di accesso alla giustizia.

Ma le cliniche legali rappresentano anche una forma di insegnamento innovativa, vicina all’esperienza didattica dei Paesi anglo-americani e alternativa rispetto ai tradizionali moduli di lezione accademica di tipo frontale, ai quali contrappongono attività di tipo prevalentemente laboratoriale, ove didattica e ricerca si coniugano allo studio e all’analisi dei casi concreti, con impatto diretto su utenti e operatori giuridici, e con incidenza tangibile sulla realtà sociale e, soprattutto, su talune categorie di soggetti deboli.

A questa poliedrica esperienza formativa e di impegno civile è interamente dedicato questo Obiettivo, con i contributi in esso raccolti.

**2.** Sul versante formativo, le cliniche legali sono improntate all’apprendimento esperienziale, con un

sensibile scostamento dall’educazione giuridica tradizionale tipica dei sistemi di *civil law*, ove consolidata è l’idea che la conoscenza del diritto – al pari del ragionamento giuridico – discenda da (e proceda per) astrazioni, e che le decisioni giudiziarie possano essere lette quale esito di sillogismi e ragionamenti deduttivi, che da premesse generali e astratte giungano a conclusioni specifiche e concrete, in esse già ricomprese perché logicamente sottintese.

Nei sistemi di *common law* – e, in ispecie, in quelli angloamericani – domina invece l’idea che la conoscenza del diritto debba partire da un fatto specifico, e soltanto da questo possa poi progredire nell’individuazione di una regola generale per la soluzione del singolo caso concreto<sup>3</sup>.

È chiaro, allora, come alla base dei due sistemi esistano diverse e opposte concezioni del ragionamento giuridico: prevalentemente deduttivo nel *civil law*, marcatamente induttivo nel *common law*. Ed è parimenti chiaro come proprio nei sistemi di *common law*, prima che in quelli di *civil law*, si siano potuti sviluppare metodi alternativi di insegnamento – come l’insegnamento clinico – incentrati non tanto (e non solo) sullo studio del dato normativo e delle tecniche d’interpretazione giuridica, ma anche (e soprattutto) su altre competenze e abilità, quali l’impiego di operazioni induttive nell’analisi dei singoli casi, e dei metodi d’apprendimento del cd. “*problem based learning*” (PBL)<sup>4</sup> e del cd. “*learning by doing*”<sup>5</sup>.

1. M.R. Marella ed E. Rigo, *Le cliniche legali, i beni comuni e la globalizzazione dei modelli di accesso alla giustizia e di lawyering*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 4/2015, p. 539.

2. Di recente, è stata costituita una rete di cliniche legali in materia di diritto degli stranieri per opera dell’Accademia di diritto e migrazioni (ADiM).

3. Sulla nascita e lo sviluppo del *common law* inglese, cfr. U. Mattei, *Il diritto anglo-americano*, Utet, Torino, 1992, pp. 19 ss.

4. Sul punto, si veda C. Amato, *Il modello clinico bresciano*, in A. Maestroni - P. Brambilla - M. Carrer (a cura di), *Teorie e pratiche nelle cliniche legali*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 147.

5. Vds. A. Maestroni, *I progetti e l’esperienza clinico legale*, in A. Maestroni - P. Brambilla - M. Carrer (a cura di), *Teorie, op. ult. cit.*, p. 103,

Ci troviamo di fronte, in definitiva, a un approccio di tipo realista che, senza pretermettere l'aspetto del diritto come "law in the books", assume, quale orizzonte epistemologico dell'universo giuridico, quello del diritto come "law in action"<sup>6</sup>.

Il movimento clinico, in altri termini, oppone alla concezione del diritto come «mondo di segni prodotti da atti linguistici espressi da attori istituzionali (legislatori, giudici e amministratori) e di significati ad essi associati da interpreti»<sup>7</sup> una visione pragmatica, che esalta la dimensione politica delle norme, respingendo l'idea della natura puramente tecnica delle decisioni giudiziarie.

**3.** Il movimento clinico italiano non è, quindi, estraneo a un orizzonte di senso valoriale, dato dall'attenzione tanto ai diritti fondamentali – che segnano il confine di *ciò che può* e (soprattutto) di *ciò che non può* esser deciso dalle contingenti e variabili maggioranze politiche<sup>8</sup> – quanto alla circostante realtà sociale, da cui vengono direttamente tratti temi e casi di interesse pubblico o collettivo, poi affrontati nei corsi universitari di clinica legale.

Così, allo spirito di trasformazione delle consolidate e tradizionali tecniche di trasmissione del sapere accademico, le cliniche legali uniscono l'attenzione verso i soggetti svantaggiati, quali sono le persone detenute o gli stranieri richiedenti protezione internazionale.

Proprio a questi ultimi – soggetti qualificati da condizioni di particolare fragilità e ai quali si vuole offrire una difesa o consulenza di qualità, cui essi non avrebbero accesso per le ragioni più disparate, come le peculiari condizioni di svantaggio in cui versano o la mancanza di preparazione da parte dei tradizionali operatori – sono infatti indirizzati i servizi offerti dalle cliniche legali: dalle attività di orientamento ai diritti dei richiedenti protezione internazionale, a quelle di consulenza – tramite stesura e redazione di pareri a tutela dei loro interessi – sino all'attività di

collaborazione all'assistenza tecnica degli stessi, in affiancamento ad avvocati coinvolti e inseriti nel progetto clinico-didattico, o di ausilio agli organi decisori – tribunali, in primo luogo, ma non solo.

L'attività delle cliniche legali, inoltre, spesso è in grado di produrre – tramite progetti di cd. "public interest strategic litigation", ossia di cd. "contenzioso strategico" – veri e propri cambiamenti negli orientamenti giurisprudenziali e nelle prassi amministrative (in specie, in quelle delle commissioni territoriali), svolgendo così un ruolo importante nella trasformazione in senso solidaristico della società.

Non è infrequente, infatti, che nei corsi clinico-legali vengano seguiti casi giudiziari ove emergono questioni e problemi cruciali per l'ampliamento delle tutele giudiziarie, con il precipuo fine di stimolare l'intervento dei tribunali e, al contempo, di contribuire «al rafforzamento e all'espansione dell'educazione alla giustizia in generale e alla giustizia sociale in particolare»<sup>9</sup>.

Un'educazione alla giustizia che fa dell'insegnamento clinico uno strumento formativamente utile e culturalmente fecondo, soprattutto per gli studenti di giurisprudenza, i quali ultimi – secondo la felice sintesi metodologica tracciata da Frank Bloch e Madhava Menon – sono con esso preparati «a comprendere e assimilare le proprie responsabilità in quanto membri di una professione di interesse pubblico, volta all'amministrazione della giustizia, alla riforma della legge, a rendere equa la distribuzione dei servizi giuridici nella società, alla protezione dei diritti individuali e degli interessi pubblici, nonché ad affermare gli elementi fondamentali della propria professionalità»<sup>10</sup>.

**4.** Un'educazione alla giustizia cui questo Obiettivo aspira concretamente a contribuire, offrendo distinte rappresentazioni delle varie *realtà* clinico-legali presenti in Italia e diverse visioni dell'esperienza formativa che in esse può essere coltivata.

nonché C.M. Alaimo - E. Consiglio - M. Romano - A. Sciarba, *La clinica legale per i diritti umani dell'Università di Palermo*, ivi, p. 167.

6. La classica distinzione tra "law in books" e "law in action" viene comunemente fatta risalire a R. Pound, *Law in Books and Law in Action*, in *American Law Review*, 1910, p. 12. Tuttavia, come ha rilevato G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 114, essa fu formulata due anni prima da A.F. Bentley, *The Process of Government*, Principia Press, Evanston (IL), 1949, pp. 294-297 e 165-172 (ristampa della prima edizione, University of Chicago Press, Chicago, 1908).

7. L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 92.

8. Sul punto, cfr. *Id.*, Iura paria. *I fondamenti della democrazia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 106, per il quale i diritti fondamentali, «oltre che indisponibili, operano come limiti e vincoli alla legislazione e più in generale ai poteri politici della maggioranza che non possono a essi derogare. Disegnano, come già detto, la sfera del non decidibile» (*corsivo dell'Autore*).

9. Sul punto, cfr. A. Maestroni, *Le cliniche legali italiane tra offerta formativa e servizio alla comunità*, in A. Maestroni - P. Brambilla - M. Carrer (a cura di), *Teorie*, op. cit., p. 16.

10. Così F. Bloch e M. Menon, *The Global Clinical Movement*, in F. Bloch (a cura di), *The Global Clinical Movement: Educating Lawyers for Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 271 (nonché in M.R. Marella ed E. Rigo, *Le cliniche legali*, op. cit., pp. 540 ss.).

Un'esperienza formativa che merita di essere valorizzata, anche per gli spazi di riflessione che può aprire e per i temi dibattito che può offrire.

L'integrazione tra sapere teorico e conoscenza esperienziale – fertile terreno arato dalle cliniche legali – non può non indurre, infatti, a una riflessione sulle *prospettive* della formazione del giurista, anche alla luce del calo degli iscritti ai corsi di giurisprudenza e della funzione, propria delle cliniche legali, di avvicinare i giovani, anche culturalmente, allo studio del diritto e all'attività giurisdizionale.

Per altro verso, l'esperienza clinica offre inoltre l'occasione per riaprire il dibattito su temi non certo

nuovi, quali quelli delle diverse tipologie di collaborazione formativa presenti negli uffici giudiziari (*stage* universitari, tirocini formativi vari, anche sostitutivi della pratica forense), e che ben possono essere affrontati anche nell'ottica del necessario apprendimento esperienziale di quanti hanno deciso di intraprendere tali percorsi.

Ci auguriamo, dunque, che i contributi raccolti in questo Obiettivo, in uno con le diverse rappresentazioni dell'insegnamento clinico italiano in essi descritte, possano essere di stimolo al dibattito e alla riflessione sui temi della formazione del giurista, nel mondo accademico e in quello giudiziario.

# Perché non abbiamo avuto un caso *Brown*. Il ruolo delle cliniche legali nelle strategie di *public interest litigation*

di Marzia Barbera

L'articolo si interroga sulle ragioni per le quali nel caso italiano manca un'esperienza di *strategic litigation* simile al caso *Brown*, suggerendo che quest'assenza sia dovuta anche al nostro modello di educazione giuridica, al fatto che – per dirla in breve – nelle nostre università il modo di insegnare e di apprendere il diritto fa sì che chi praticherà il diritto sia esposto per lo più a problemi di diritto, ma è raramente esposto a problemi di giustizia ed è difficile che si confronti con l'esistenza di chi è discriminato o vive condizioni di svantaggio e deprivazione sociale.

L'opposizione a questo modo di intendere l'educazione giuridica e, in buona sostanza, di intendere il diritto stesso, è una delle ragioni fondamentali per cui, nel corso degli ultimi dieci anni, sono nate anche in Italia le cliniche legali, le quali non sono solo un metodo alternativo di fare didattica, ma sono anche un modo alternativo di guardare al diritto. È per questo motivo che dalle cliniche legali si può sviluppare una promettente riflessione teorica (oltre che una pratica innovativa) sull'uso del diritto in funzione di strategie di cambiamento sociale.

**1. Perché non abbiamo avuto un caso *Brown* e perché parlare di cliniche legali può aiutarci a capirlo / 2. Le cliniche legali italiane: nascita e crescita di un'idea / 3. I precedenti delle cliniche legali: la stagione dell'uso alternativo del diritto e il neo-costituzionalismo / 4. La centralità del problema della giustizia e dell'accesso alla giustizia nelle cliniche legali / 5. *Public interest litigation* e ruolo delle cliniche legali / 6. Ragionando sui problemi posti dal caso *Brown* a partire dall'esperienza delle cliniche legali. L'uso "ribelle" del diritto / 7. Le cliniche legali come spazio riflessivo**

## 1. Perché non abbiamo avuto un caso *Brown* e perché parlare di cliniche legali può aiutarci a capirlo

Nel 1954 la Corte suprema degli Stati Uniti stabilì, nella causa *Brown c. Board of Education*, che la segregazione razziale nelle scuole pubbliche, ammessa da molte leggi statali, fosse incostituzionale per violazione della clausola di eguaglianza sancita dal XIV emendamento della Costituzione. Si tratta di un caso mitico della storia costituzionale americana, forse il

caso mitico, diventato il modello delle strategie giudiziarie di contrasto alla legislazione razziale dei decenni successivi.

Della sua eredità si continua a parlare a distanza di 65 anni. Come ha scritto Martha Minow, «[t]he legacies of *Brown* invite a look at the capacity of individuals to push and achieve change using law and social science; the histories are interconnected with social movements as well as unexpected consequences of resulting reforms»<sup>1</sup>.

Gli individui di cui parla Minow sono figure straordinarie, come l'avvocato afroamericano Thurgood

1. M. Minow, *In Brown's Wake. Legacies of America's Educational Landmark*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010, p. 2.



Marshall, principale consulente giuridico della *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP – l’associazione che, dalla sua fondazione agli inizi del secolo scorso, aveva concentrato i suoi sforzi sulla lotta alla discriminazione razziale nelle aule di giustizia), che sua volta, nel 1967, sarebbe stato nominato da Lyndon Johnson giudice della Corte suprema. Fu sua la decisione di lanciare una campagna di *strategic litigation* centrata sulla segregazione scolastica, fino ad arrivare, appunto, al ricorso presentato contro il consiglio scolastico della città di Topeka, nel Kansas, per conto dei Brown, una famiglia di neri americani alla quale il distretto scolastico pubblico locale aveva rifiutato l’iscrizione della figlia Olivia alla scuola più vicina a casa, costringendola a recarsi in una scuola per soli neri, raggiungibile con il bus, che presentava *standard* e risultati educativi più bassi.

L’idea di Marshall era che «*The only way to get the white folks to give us decent schools was to make it be their schools too*». Ci volle la fermezza di un altro straordinario individuo, il giudice Earl Warren, divenuto nel 1953 presidente della Corte suprema, a portare gli altri componenti della Corte, che avevano a lungo vacillato sulla strada da prendere, ad adottare una decisione unanime (nove giudici su nove si espressero in senso favorevole ai ricorrenti), che sposò per intero la visione di Marshall secondo cui la strada maestra verso il superamento della discriminazione era l’integrazione razziale. Ove pure fosse possibile assicurare gli stessi *standard* di qualità e lo stesso tipo di strutture, affermò la Corte, «*separate educational facilities are inherently unequal*».

Gli storici sono divisi nel valutare gli effetti prodotti da *Brown* in termini di reale de-segregazione delle scuole pubbliche americane. Negli anni successivi, non solo i progressi furono estremamente lenti ma, in risposta a *Brown*, in molti stati del Sud si intensificarono le cd. “*Jim Crow Laws*”, che sancivano la separazione fra bianchi e neri nei luoghi pubblici, sui mezzi di trasporto, nei bagni, nei ristoranti. Per abolirle ci sarebbe voluto il *Civil Rights Act* del 1964, espressione di una volontà politica di affrontare la questione razziale alle radici che non si sarebbe mai più manifestata con la stessa forza negli anni a

seguire. C’è anche chi pensa che l’essersi concentrati sulla lotta per i diritti civili abbia distratto da quella, più radicale, per una maggiore giustizia sociale e che l’aver puntato tanto sul divieto di classificazioni basate sulla razza abbia offerto il viatico necessario, anni dopo, per affossare i programmi di *affirmative action* a favore dei gruppi di minoranza svantaggiati, sulla base dell’*aforisma* – suggestivo, ma falso – per cui «*The way to stop discrimination on the basis of race is to stop discriminating on the basis of race*»<sup>2</sup>.

A distanza di alcuni decenni, la segregazione scolastica di diritto è stata soppiantata da una segregazione di fatto che riflette, a sua volta, la segregazione abitativa che caratterizza la maggior parte delle città nordamericane. L’una e l’altra sono il frutto del progressivo disimpegno delle corti e degli attori politici, restii a proseguire su una strada che non ha tardato a incontrare il sospetto, se non l’ostilità, della maggioranza bianca; nonché delle scelte private che hanno portato i bianchi dotati di mezzi a iscrivere i loro figli nelle scuole private dei quartieri bianchi in cui abitano, invece di consentire che fossero ricollocati nelle scuole pubbliche dei quartieri poveri abitati prevalentemente da neri. La loro percezione era (e continua ad essere) quella di una penalizzazione della loro progenie in termini di qualità dell’educazione e di opportunità, nonostante il fatto che, inizialmente, la desegregazione e i contatti inter-razziali, grazie anche alla riduzione dei pregiudizi e degli stereotipi, avessero in realtà accresciuto l’una e le altre, sia per gli studenti neri che per gli studenti bianchi.

Eppure, malgrado *Brown* venga talvolta descritta come “*a hollow hope*”<sup>3</sup> – “una speranza vuota” –, è a *Brown* che continuano a ritornare tutti i movimenti che hanno cercato, in questi anni, di contrastare nelle aule di giustizia le diseguaglianze fondate sul genere, sull’orientamento sessuale, sulla religione, sullo *status* di migrante, sulla disabilità<sup>4</sup>. Non solo negli Stati Uniti, ma anche in altri Paesi e continenti, Europa compresa, dove il primo caso di segregazione scolastica su base etnico-razziale a danno di bambini rom è stato deciso dalla Corte di Strasburgo in una causa intenzionalmente modellata sulla causa *Brown*<sup>5</sup>.

In realtà, gli effetti di *Brown* non sono misurabili solo sul terreno dei numeri – guardando a quante

2. Così il giudice John Roberts nell’opinione con la quale, nel 2007, in *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District*, una maggioranza risicata della Corte suprema ha dichiarato incostituzionale un piano di integrazione scolastica adottato volontariamente dal Distretto scolastico di Seattle.

3. G. Rosenberg, *The hollow hope: Can courts bring about social change?*, University of Chicago Press, Chicago, 2008.

4. M. Minow, *In Brown’s Wake*, *op. cit.*, p. 5.

5. Si tratta del caso *D.H. e altri c. Repubblica Ceca* (ric. n. 57325/00), deciso dalla Corte nel senso della sussistenza di una discriminazione indiretta a danno dei bambini di famiglie rom segregati in scuole speciali per alunni con ritardi cognitivi. Vds., più in generale, B. Hepple, *The European Legacy of Brown v. Board of Education*, in *University of Illinois Law Review*, 2006, pp. 605 ss. (cfr. [www.equalrightstrust.org/sites/default/files/ertdocs//Hepple%20Paper%202006.pdf](http://www.equalrightstrust.org/sites/default/files/ertdocs//Hepple%20Paper%202006.pdf)).

scuole, cioè, siano state effettivamente desegregate. Anzitutto, come ci ricorda Venera Protopapa in una ricostruzione attenta delle vicende che portarono a *Brown* e degli eventi successivi, la decisione ha sicuramente contribuito a ispirare gli afroamericani: «la dichiarazione di incostituzionalità della segregazione è stata molto importante dal punto di vista simbolico, rafforzando la speranza e la convinzione che un cambiamento radicale fosse possibile»<sup>6</sup>. Inoltre, la stessa feroce reazione a *Brown* da parte dei segregazionisti ha costretto, a loro volta, i bianchi del Nord a schierarsi e ha portato, infine, all'adozione del *Civil Rights Act*. Il che dimostra che gli effetti delle strategie legali volte a provocare cambiamenti sociali vanno misurati in un contesto più ampio e che i rischi che esse comportano assumono rilevanza solo se esistono strategie di cambiamento alternative<sup>7</sup>.

In definitiva, l'eredità più duratura di *Brown* risiede soprattutto nel suo valore simbolico, nella sua capacità di mostrare la forza e i limiti del diritto, quello che il diritto può e non può fare.

Il diritto, suggerisce *Brown*, può arrivare a rendere illegittimo un sistema consolidato di segregazione razziale, ripudiando una dottrina centenaria e ingiusta – la dottrina del “*separate but equal*” – che, a partire dal caso *Plessy c. Ferguson* del 1896, aveva ammantato di legittimità un sistema istituzionalizzato di gerarchia sociale e di subordinazione razziale; ma fallisce, suggerisce anche, nell'abolirlo effettivamente, se non è accompagnato da pratiche sociali e politiche coerenti con quell'obiettivo egualitario e se non è sostenuto da movimenti sociali che si prefiggono di combattere l'oppressione di gruppo che produce la segregazione.

*Brown* mostra anche le contraddizioni degli ideali egualitari: a distanza di qualche tempo, la stessa comunità nera avrebbe cominciato a interrogarsi sulla saggezza di smantellare le scuole delle comunità nere, dove i ragazzi entravano a contatto con modelli di riferimento autorevoli e con un senso di impegno comune per il bene della comunità, per puntare soprattutto al successo individuale di ciascuno di loro.

Se sono tante le ragioni per cui, nel bene e nel male, si continua a parlare di *Brown*, c'è da chiedersi, allora, perché da noi non ci sia stato un caso *Brown*.

Le occasioni non sono mancate. Nonostante l'Italia oggi non viva certo una situazione paragonabile a quella degli Stati Uniti degli anni cinquanta, il nostro Paese ha sperimentato una lunga serie di discriminazioni istituzionali, a partire dalla stagione delle ordinanze locali in materia di sicurezza pubblica e sicurezza urbana emanate nel corso del decennio scorso, passando per il “decreto emergenza rom” del 2008, fino ad arrivare ai recenti provvedimenti del Governo in carica in materia di migrazione e sicurezza pubblica, in cui non mancano, accanto ad aspetti illiberali, esempi di disposizioni direttamente o indirettamente discriminatorie.

Per altro verso, anche in Italia vi sono stati casi di un consapevole uso strategico del diritto nel campo delle discriminazioni razziali da parte di associazioni che hanno, fra le loro finalità, quella di contrastare le discriminazioni, e che si avvalgono di giuristi dotati di un *know how* sofisticato e determinati a impiegare tutte le opportunità offerte dal sistema giuridico al servizio di una visione politica progressista<sup>8</sup>.

La dimensione e i risultati di queste strategie non sono, però, paragonabili a quelli del caso *Brown* e nessuno dei casi trattati, neppure quelli che hanno occupato anche i *media* e le pagine dei *social*, è assurdo al rango di caso iconico rivestito da *Brown*.

Ragionare a fondo su questo interrogativo ci condurrebbe lontano. Anzitutto, a riflettere sulla particolare concezione dei diritti e del ruolo delle corti che caratterizza il sistema nordamericano. Le strategie di *public interest litigation* si sono, infatti, sviluppate all'interno di un'esperienza fortemente segnata dalla concezione secondo la quale il potere politico e i suoi modi di esercizio sono vincolati al rispetto dei diritti individuali dei singoli e che condizione del legittimo esercizio del potere è che esso non leda i diritti naturali dell'individuo e la sua autonomia. Ciò ha affidato alle corti (ma anche agli avvocati, dato il carattere avversariale del sistema processuale nordamericano) un ruolo di risoluzione dei conflitti sociali e politici, in funzione della protezione della libertà dei singoli dall'autoritarismo del potere pubblico, sconosciuto agli altri ordinamenti. Oppure il ragionamento ci porterebbe a osservare come i sistemi di *common law*, basati su precedenti giudiziari, favoriscano il fatto

6. V. Protopapa, *Percorso di lettura su cause strategiche e cambiamento sociale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 3/2019, pp. 565-579.

7. L'Autrice ricostruisce anche, in termini più ampi, il dibattito sul rapporto fra strategie di *public interest* e mobilitazione sociale. Con l'espressione “*public interest*” gli studiosi di “*Law and Society*” intendono riferirsi a «una varietà di pratiche attraverso le quali gli attori, individuali o collettivi, usano il diritto come strumento per promuovere le loro richieste nei confronti di altri individui o della società».

8. L'esempio più significativo è costituito dalle decine di cause intraprese da Asgi, Avvocati per niente (Apn), Naga, con il sostegno di Cgil e Fondazione “Guido Piccini”, raccolte nel volume: A. Guariso (a cura di), *Senza distinzioni. Quattro anni di contrasto alle discriminazioni istituzionali nel Nord Italia*, in *Quaderni di Apn*, n. 2/2012 ([www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/08/Senza-distinzioni.pdf](http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/08/Senza-distinzioni.pdf)). In un ambito diverso, un altro importante esempio sono le cause promosse da Rete Lenford contro le discriminazioni contro le persone LGBTI ([www.retelenford.it/attivita/tutela-giudiziaria](http://www.retelenford.it/attivita/tutela-giudiziaria)).

che la creazione del diritto nasce dai casi, da un problema concreto, poiché la legge viene creata dai giudici dopo che una pretesa è stata avanzata in giudizio da una parte privata.

L'intento di questo scritto è molto più limitato. Quel che si vuole suggerire è che una delle ragioni per le quali, nel caso italiano, manca un'esperienza di *strategic litigation* simile al caso *Brown* sia riconducibile al nostro modello di educazione giuridica, al fatto che – per dirla in breve – nelle nostre università il modo di insegnare e di apprendere il diritto fa sì che chi praticherà il diritto sia esposto per lo più a problemi di diritto, ma è raramente esposto a problemi di giustizia ed è difficile che si confronti con l'esistenza di chi è discriminato o vive condizioni di svantaggio e deprivazione sociale.

L'opposizione a questo modo di intendere l'educazione giuridica e, in buona sostanza, di intendere il diritto stesso, è una delle ragioni fondamentali per cui, nel corso degli ultimi dieci anni, sono nate anche in Italia le cliniche legali, le quali non sono solo un metodo alternativo di fare didattica, ma anche un modo alternativo di guardare al diritto.

Per questo motivo, a partire dalle cliniche legali si può sviluppare una promettente riflessione teorica (oltre che una pratica innovativa) sull'uso del diritto all'interno di strategie di "*public interest litigation*". Parlare di cliniche legali è un modo per parlare dell'emersione anche nel contesto europeo e nazionale di questo tipo di strategie, per indagarne i limiti ed esplorarne la potenzialità<sup>9</sup>.

## 2. Le cliniche legali italiane: nascita e crescita di un'idea

Definite in poche parole, le cliniche legali sono corsi universitari nei quali gli studenti apprendono il diritto assumendo la difesa di clienti reali in casi reali, sotto la supervisione di professori-avvocati. Fin dalla

loro nascita negli Stati Uniti, durante la seconda metà del secolo scorso, le cliniche si sono dimostrate uno strumento di apprendimento del diritto in grado di combinare conoscenze teoriche e approccio pratico.

In Italia le cliniche legali nascono esattamente dieci anni fa, quando vengono istituite in un gruppo pionieristico di università (Brescia, poi Torino, Roma Tre, oltre allo IUC di Torino), per diffondersi negli anni successivi anche alle università di Genova, Milano, Bergamo, Verona, Ferrara, Firenze, Perugia, Teramo, Napoli, Bari, Lecce, Palermo, Catania<sup>10</sup>. Data l'assenza della figura del professore-avvocato, il ruolo di supervisore è rivestito, in modo congiunto, da accademici e da avvocati. Questo modello ibrido, inizialmente adottato per necessità, si è rivelato preferibile a quello nordamericano, perché evita la creazione di una carriera a doppio binario, ove i *clinician*, in molti casi, non godono dello stesso prestigio e della stessa autorità degli accademici puri. Vale la pena di ricordare, comunque, che Francesco Carnelutti parlava dell'opportunità di istituire cliniche legali sulla falsariga delle cliniche mediche già alla metà degli anni trenta, più o meno nello stesso periodo in cui Jerome Frank, esponente del realismo nordamericano, proponeva che le *law school* si dotassero di strutture simili a quelle delle cliniche o degli ambulatori medici<sup>11</sup>.

Il fatto che si tratti di casi reali e non di casi simulati o di casi decisi dalla corti e poi analizzati retrospettivamente è caratteristica distintiva delle cliniche legali (così come lo è, del resto, delle cliniche mediche). Come osserva Matteo Carrer nella sua acuta rilettura del saggio di Carnelutti, nella decisione di istituire cliniche legali vi è «ben di più dell'aspetto organizzativo pratico» di far apprendere agli studenti le abilità del futuro professionista<sup>12</sup>: le cliniche postulano una certa visione del rapporto fra diritto e realtà, fra norma e interpretazione. Più precisamente, postulano un approccio di tipo realista, che guarda non solo alla "*law in the books*", ma anche alla "*law in action*", al diritto quale risulta dall'interazione con i fatti reali,

9. Nell'analisi delle caratteristiche delle cliniche legali e del movimento clinico, verranno riprese alcune considerazioni già svolte in M. Barbera, *Il movimento delle cliniche legali e le sue ragioni*, in A. Maestroni - P. Brambilla - M. Carrer (a cura di), *Teorie e pratiche nelle cliniche legali. Cliniche legali – Vol. II*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. XIX ss.; M. Barbera, *The emergence of Italian Clinical Legal Education movement*, in A. Alemanno e L.B.R. Khadar, *Reinventing Legal Education in Europe: How Clinical Education is Reforming the Teaching and Practice of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

10. Per la ricostruzione di questo processo, vds. C. Bartoli (a cura di), *Legal Clinics in Europe: for a commitment of higher education in social justice*, in *Diritto e questioni pubbliche*, numero speciale, maggio 2016, [www.dirittoeququestionipubbliche.org/page/2016\\_nSE\\_Legal-clinics-in-Europe/DQ\\_2016\\_Legal-Clinics-in-Europe\\_specialissue.pdf](http://www.dirittoeququestionipubbliche.org/page/2016_nSE_Legal-clinics-in-Europe/DQ_2016_Legal-Clinics-in-Europe_specialissue.pdf); C. Amato, *Experiential Learning: If the cap fits...*, in R. Grimes (a cura di), *Re-thinking Legal Education under the Civil and Common Law. A road map for constructive change*, Routledge, Londra, 2017.

11. F. Carnelutti, *Clinica del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, n. 2/1935 (parte I), pp. 169 ss.; J. Frank, *Why Not a Clinical Lawyer-School?*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1933, pp. 907 ss.

12. M. Carrer, *Rileggendo Carnelutti su La clinica del diritto. Problemi e questioni sui fondamenti della clinica legale*, in A. Maestroni - P. Brambilla - M. Carrer (a cura di), *Teorie e pratiche, op. cit.*

temperato, rispetto alla visione interamente scettica e pragmatica dei realisti nordamericani, dall'assumere come orizzonte normativo-ideale l'"*higher law*": le carte costituzionali e le carte sovranazionali dei diritti umani.

Le cliniche legali rifuggono dalle concezioni idealistiche e formalistiche del sapere e del diritto, rifuggono dalla distinzione fra momento pratico, che sarebbe proprio dell'economia e della sociologia, e momento teoretico, che sarebbe proprio della logica giuridica, e aderiscono invece all'idea che il significato del diritto si riveli nella *pratica*, dove l'ordine dei principi astratti e oggettivi lascia il posto al disordine della realtà, che appare confusa, soggettiva, indefinita, contraddittoria<sup>13</sup>.

Si capisce, allora, perché le cliniche legali – che sono state una caratteristica costante della formazione giuridica nel Regno Unito, in Norvegia e nei Paesi Bassi già a partire dai primi anni settanta, in Europa orientale e centrale a partire dalla metà degli anni novanta<sup>14</sup> – hanno conosciuto nell'ultimo decennio una crescita esponenziale anche nei Paesi di *civil law* dell'Europa occidentale, sviluppandosi prima in Spagna, poi in Paesi come Belgio, Francia, Germania e Italia. Aderire al movimento clinico è stata, anzitutto, una reazione di una parte degli studiosi del diritto europei a una formazione giuridica – cui essi stessi partecipano in qualità di docenti – ancora fondata sulle categorie concettuali del formalismo giuridico. Questi studiosi hanno avvertito come un paradosso il fatto che, mentre il formalismo giuridico non può certo dirsi la corrente teorica oggi dominante nel discorso filosofico-giuridico, esso rivesta ancora un ruolo centrale nella formazione dei giuristi, teorici e pratici.

Ciò che costituisce una caratteristica specifica del formalismo giuridico, e che influenza profondamente il nostro modo di apprendere e comprendere il diritto, è la primazia del *testo*, l'idea che la legge sia ciò che è *scritto*, il che impedisce ai giudici di applicarla arbitrariamente, poiché la legge è voluta e creata dal legislatore.

Dal momento che la legge non è creata, ma è *appresa* dagli interpreti, il ruolo dei giuristi è visto fondamentalmente come un ruolo di concettualizzazione del significato di principi e regole, che si compie

esplicitando la razionalità insita nel sistema giuridico. L'elaborazione degli studiosi del diritto, raccolta nei manuali e nei trattati, è quindi una parte sostanziale di ciò che molti di noi insegnano e molti dei nostri studenti e delle nostre studentesse imparano, in un modo che li porta a credere che manuali e trattati *sono* il diritto. Di conseguenza, le capacità principali che ci si aspetta essi acquisiscano sono la conoscenza e la padronanza dei testi di legge o dei testi delle sentenze e di ciò che la dottrina giuridica elabora a partire da quei testi.

Quanto alle capacità principali che ci si aspetta da chi deve insegnare il diritto, un buon modo per descriverle è ricorrere alla definizione utilizzata da uno dei docenti del mio dipartimento durante una discussione che avemmo tempo fa sui nostri metodi di insegnamento. Secondo tale definizione, «*l'insegnante perfetto è l'oratore perfetto*». Se questo è il modo in cui si concepisce il modello ideale di docente, allora è evidente che chi ascolta è solo il destinatario passivo di un discorso che mira, più che a fare apprendere, a dimostrare qualcosa, a intrattenere e a persuadere il pubblico: a *probare, delectare, flectere*, secondo l'insegnamento di Cicerone.

Per contro, la forma di ragionamento più usata nel *common law* è induttiva: progredisce dalle osservazioni dei singoli casi verso lo sviluppo di un principio generale. Come conseguenza, agli studenti è richiesto di pensare analiticamente e analogicamente, di partire dal problema e condurre uno scrutinio rigoroso delle circostanze in base alle quali i precedenti possono essere distinti dalla controversia in questione o estendersi analogicamente ad essa. Ai docenti è richiesto di guidare questo processo di scoperta della soluzione del problema giuridico posto dal fatto, tradizionalmente attraverso il metodo socratico, un metodo d'indagine basato sul dialogo, sull'alternarsi di domande e risposte, che tende a far emergere le false credenze e ad arrivare a una soluzione che costituisca una forma di verità provvisoria.

Queste differenze tra i due sistemi spiegano perché nei sistemi di *common law* si sono sviluppati prima che da noi metodi alternativi di insegnamento come le cliniche legali, focalizzati non solo sulla conoscenza delle regole giuridiche e degli strumenti

13. Cfr. J. Perelman, *Penser la pratique, théoriser le droit en action: des cliniques juridiques et des nouvelles frontières épistémologiques du droit*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n. 2/2014, pp. 133 ss.

14. Ciascuna di queste esperienze ha un'origine e uno sviluppo differenti. Ad esempio, nel Regno Unito – dove esistono da decenni – le cliniche, benché influenzate dal modello americano, si sono poi sviluppate seguendo un modello diverso, più centrato su obiettivi di formazione professionale. Quanto alle cliniche dei Paesi di *civil law*, mentre quelle sorte in Europa occidentale hanno avuto una genesi di carattere endogeno, essendo nate su una spinta proveniente dall'interno delle università, quelle sorte in Europa centrale e orientale hanno avuto una genesi di carattere esogeno. In questo secondo caso, la spinta è arrivata da finanziatori privati, come l'Open Society Justice Initiative o la Ford Foundation, che volevano rafforzare il processo di democratizzazione e la ricostruzione di una società civile attiva nella fase post-comunista, esportando l'esperienza della *public interest litigation* proveniente dalle cliniche legali statunitensi. Per un'analisi dei diversi processi di sviluppo delle cliniche legali nei vari Paesi europei vds. A. Alemanno e L.B.R. Khadar (a cura di), *Reinventing*, *op. cit.*

dell'interpretazione, ma anche su altre abilità, che richiedono di partire dal problema e si basano su operazioni mentali induttive o pragmatiche e su ragionamenti di tipo teleologico<sup>15</sup>.

Ma vi è una seconda ragione – non meno importante della prima – per cui una parte dei giuristi, nonché dei filosofi e dei sociologi del diritto, ha rivolto in questi anni l'attenzione alle cliniche legali, e cioè il rigetto dell'idea che la formazione universitaria sia un'attività che non ha (e non deve avere) nulla a che fare con la politica.

Cent'anni fa Max Weber scriveva, ne *La scienza come professione*, che la politica non si addice alle aule universitarie, poiché il primo dovere di un docente competente dovrebbe essere quello di «insegnare ai suoi studenti a riconoscere fatti scomodi», vale a dire fatti «che sono scomodi per le loro opinioni politiche personali». Scienza e politica – insiste Weber – hanno un linguaggio differente. Le parole che usiamo in classe non sono le stesse utilizzate in un raduno politico: in classe, le nostre parole sono «vomeri per smuovere il terreno del pensiero contemplativo»; in un raduno politico, sono «spade contro gli avversari»<sup>16</sup>.

Max Weber ha ragione quando sostiene che i docenti devono ben guardarsi dall'imporre allo studente una specifica presa di posizione politica, tanto più che ciò avviene all'interno di una relazione di potere asimmetrica, chiaramente squilibrata a loro favore. Tuttavia, contrariamente a quanto Weber stesso ritiene, il primo fatto scomodo da far apprendere agli studenti è proprio l'impossibilità di mantenere così distinte le due arene del discorso – quella del sapere e quella della politica – e, nel campo specifico del sapere giuridico, la necessità di riconoscere invece l'essenziale funzione politica del giurista-interprete, sia esso teorico, avvocato o giudice.

È ovvio che, come ha osservato Nicola Lipari, «non può trattarsi di una visuale politica del tutto personale

ed utopica, ma semmai (...) di un modo di raccordare il processo applicativo del diritto alla concretezza dell'esperienza sociale»<sup>17</sup>. E non potrebbe essere diversamente, perché la costruzione di significato del diritto non può risultare dalle sue sole categorie interne.

Le cliniche legali gettano un ponte fra l'astrattezza delle categorie giuridiche e la costruzione del loro significato e riaffermano l'essenziale funzione del diritto come pratica sociale, come «discorso persuasivo, indirizzato ad un contesto storicamente individuato che si farà persuadere, nello scambio di un dialogo mai consegnato a formule definitive»<sup>18</sup>.

### 3. I precedenti delle cliniche legali: la stagione dell'uso alternativo del diritto e il neo-costituzionalismo

Non si tratta certo di posizioni nuove nel dibattito italiano. Tra i primi a far osservare il carattere necessariamente politico dell'attività dei giuristi è stato Giovanni Tarello<sup>19</sup>. Vi fu, poi, la breve e intensa stagione dell'uso alternativo del diritto, che si poneva all'interno di un processo di rinnovamento complessivo del bagaglio culturale del giurista<sup>20</sup>.

In uno dei testi di base di quel periodo, *L'educazione del giurista*, Pietro Barcellona ragiona sui motivi dell'attaccamento dei giuristi tradizionali all'idea dell'autonomia del diritto dalle sfere della politica, dell'economia, della morale<sup>21</sup>. Forse è perché, osserva Barcellona, il contrario significherebbe ricadere nel mondo dell'indistinto, nella confusione dello stato patrimoniale pre-moderno, quando si postulava l'unità di morale, politica e diritto.

Il giurista sembra allora essere prigioniero di un dilemma: se riconosce la compenetrazione fra queste diverse sfere, pare dover rinunciare all'autonomia della propria disciplina e il prezzo è la confusione e

15. Fra quanti per primi, in Italia, hanno indagato sui metodi pedagogici di tipo esperienziale, si segnala soprattutto Giovanni Pascuzzi: *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Il Mulino, Bologna, 2013 (seconda edizione); *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, Zanichelli, Bologna, 2013.

16. M. Weber, *La scienza come professione*, edizione a cura di L. Pellicani, Armando Editore, Roma, 1997, pp. 61 ss.

17. N. Lipari, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Giust. civ.*, n. 1/2018, pp. 75-97 ([www.biblio.liuc.it/scripts/essper/ricerca.asp?tipo=scheda&codice=11381774](http://www.biblio.liuc.it/scripts/essper/ricerca.asp?tipo=scheda&codice=11381774)).

18. *Ivi*.

19. Cfr. G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in *Politica del diritto*, nn. 3-4/1972, p. 459, ora in *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974.

20. Cfr. A. Cantaro, *L'idea di diritto nei "giuristi d'area"*, in L. Nivarra (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 59 ss., che include in questo rinnovamento complessivo il rilancio del normativismo kelseniano (R. Treves, N. Bobbio), la scoperta del realismo giuridico americano (G. Tarello), l'introduzione dell'analisi economica del diritto (P. Trimarchi), l'ingresso nella teoria generale del diritto dell'analisi del linguaggio (U. Scarpelli) e del neopositivismo logico (ancora, Bobbio e Tarello).

21. P. Barcellona, *L'educazione del giurista. Capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, in *Id.* - D. Hart - U. Mückenberger, *L'educazione del giurista*, De Donato, Bari, 1973, pp. 9 ss., in particolare pp. 45 ss.

la paura dell'ignoto; se, invece, ribadisce l'autonomia del punto di vista giuridico, allora deve rimanere con gli occhi bendati di fronte ai processi reali e il prezzo è la cecità<sup>22</sup>. Ma il dilemma, conclude lo studioso, è un falso dilemma. La scelta dell'autonomia fa imbattere in altre più gravi contraddizioni perché si arriva sempre a un punto in cui una spiegazione puramente giuridica del dover essere del diritto diventa impossibile. Il ritenere che il giurista si debba occupare solo della norma e di come applicarla e non della giustizia di una determinata soluzione giuridica si regge perciò su una finzione – in altre parole, ha natura e sostanza ideologica<sup>23</sup>.

Nel 1973, Barcellona constatava che questa concezione del diritto e dei suoi rapporti con le altre scienze sociali e con la politica dominava ancora l'organizzazione degli studi: da una parte, le materie "professionali" (civile, penale, procedure); dall'altra, alcune materie "generaliste", che consentono di speculare su filosofia, società, economia (filosofia del diritto, sociologia, economia politica e aziendale). Liberatosi dei fatti sociali, dei valori e dei problemi della giustizia, il vero giurista poteva dedicarsi alle pure forme, delle quali l'insegnamento costituiva la trasmissione.

Già a metà degli anni settanta, Barcellona riteneva che solo *operando a livello di formazione del giurista* fosse possibile rompere il cerchio vizioso della riproduzione di questo modo di intendere il diritto.

Da allora, le cose sono cambiate poco per quel che riguarda il modo di organizzare i *curricula* universitari, ma nel frattempo si sono accentuate le tendenze già intraviste dallo studioso, e cioè il fatto che lo sviluppo di un punto di vista critico sul diritto e sulla giustizia coincide con un processo di modernizzazione del diritto (di come esso è inteso e praticato) e di revisione della concezione tradizionale del diritto e della funzione dell'interprete (in particolare, della funzione giudiziale).

Il diritto – lo si è detto – da tempo non è più descritto come un sistema di norme ordinato secondo regole logiche che, a loro volta, ordinano la realtà, ma come un insieme di regole e strumenti giuridici condizionati dalla realtà circostante, dal contesto, dai modelli culturali dominanti.

Nella prospettiva dell'uso alternativo del diritto, rispetto alla funzione dell'interprete vi era l'indicazione di un necessario indirizzo del procedimento applicativo secondo una scelta precisa, quella in favore

delle classi subalterne, che si assumeva «già operata dalla Costituzione repubblicana». Il diritto doveva essere decostruito e ricreato come strumento di conflitto e di riequilibrio delle disegualianze strutturali di classe.

Oggi, acclarata la centralità del diritto vivente e ormai definitivamente acquisita la «necessaria giurisdizionalità del diritto», emerge, secondo gli studiosi del diritto vivente, «la regola delle peculiarità del caso»: i diritti che cadono nel bilanciamento operato dai giudici, «troveranno protezione solo se la loro tutela è conforme a giustizia»<sup>24</sup>.

È per questa ragione che il movimento italiano degli anni settanta trova un più effettivo parallelo nel movimento statunitense dei "*Critical Legal Studies*" (CLS) che nell'attuale movimento clinico. Le cliniche sembrano adottare alcuni degli argomenti dell'uno e dell'altro movimento, come il rifiuto dell'idea della natura puramente tecnica della norma giuridica e la necessità di considerare la dimensione politica delle norme giuridiche e delle decisioni giudiziali. Nel movimento clinico, tuttavia, l'approccio decostruttivo è in larga parte assente<sup>25</sup> e rimane una fiducia di base nel "*diritto vivente*", nella quale si mescolano posizioni che guardano alla ricerca della "*giusta soluzione*" del caso e posizioni più radicali, che vanno alla ricerca di ciò che è "*socialmente giusto*", a partire da un punto di vista "*socialmente istituito*", vale a dire dal punto di vista dei soggetti svantaggiati nella distribuzione dei beni primari della vita.

D'altra parte, l'attuale discorso del movimento clinico europeo non può essere completamente assimilato alla visione scettica dell'interpretazione giudiziaria espressa dalla tradizionale dottrina realista. Incorporando una prospettiva di "*public interest law*", dell'uso del diritto a favore dei soggetti socialmente svantaggiati, e scegliendo un modello clinico orientato alla giustizia, i clinici europei hanno implicitamente sposato le posizioni neo-costituzionaliste.

"Neo-costituzionalismo" è il termine suggerito nella filosofia legale e politica per descrivere gli scritti di filosofi del diritto e della politica come Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino e, in Italia, Luigi Ferrajoli e Gustavo Zagrebelsky. Tutti, facendo salve le differenze che corrono fra le diverse posizioni, sostengono un'idea di diritto che connette diritti e valori morali, come conseguenza del riconoscimento giuridico nelle costituzioni post-belliche di diritti e principi fondamentali di natura assiologica, in quan-

22. *Ivi*, p. 47.

23. *Ivi*, p. 48.

24. Tutte le citazioni sono tratte da N. Lipari, *L'uso alternativo*, op. cit.

25. Cfr. L. Cruciani, "*E giustizia per tutti*". Accesso alla giustizia e "cliniche legali" come beni comuni, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 307.

to esprimono valori morali come l'uguaglianza, la libertà individuale, la dignità umana, la solidarietà<sup>26</sup>.

Questo riconoscimento va di pari passo con un insieme di procedure, pratiche e dispositivi volti a promuovere l'attuazione di tali principi e a garantire la loro tutela giurisdizionale. *Le cliniche legali partecipano a questo processo di attuazione dei diritti e dei principi fondamentali*, promuovendo un metodo anti-formalista di interpretazione del diritto e, quindi, dell'applicazione giudiziaria della legge. Ma riorientano anche il percorso dell'educazione giuridica, spostando l'attenzione degli studenti verso la struttura del ragionamento giuridico e verso le funzioni di ponderazione e bilanciamento tra principi giuridici eventualmente concorrenti.

Il realismo del movimento clinico italiano è, per usare un'espressione paradossale come quella di "realismo magico", un "realismo normativo", vale a dire un realismo cui è non estraneo un orizzonte di senso valoriale. Per questo, il movimento clinico è immune dalle derive nichiliste che riducono il diritto al mero fatto dell'interpretazione e del gioco linguistico.

Anzitutto, vi è la consapevolezza che «qualsiasi decisione presa nel nome del diritto "privilegia" un valore e ne sacrifica (secondo varie proporzioni) altri e, così facendo, avvantaggia talune fasce sociali e svantaggia le altre». In secondo luogo, vi è l'intenzione di prendersi cura, primariamente, proprio di quei «valori che rimangono disattesi, interessi che non ricevono soddisfazione, aspirazioni che restano deluse»<sup>27</sup>.

#### 4. La centralità del problema della giustizia e dell'accesso alla giustizia nelle cliniche legali

La nascita del movimento clinico italiano coincide, come si è visto, con un rinato interesse per le questioni di metodo, per l'interpretazione, per le teorie sul diritto, per la "law in action", ed è stato un modo per ripensare e ri-concettualizzare le norme legali, le istituzioni, i processi legislativi e applicativi e il ruolo dei diversi attori coinvolti in questi meccanismi. Il particolare metodo pedagogico che è al cuore delle cliniche legali offre un terreno particolarmente fertile

per un rinnovamento della ricerca scientifica su tutti questi aspetti.

A questo proposito, si può vedere nella diffusione delle cliniche legali l'espressione di due fenomeni epocali: il ri-orientamento della cultura giuridica verso una visione della costituzione *ex parte societatis*, non più riducibile a mera espressione di un onnipotente potere costituente, e il riaffiorare dell'idea del diritto come *sapere pratico*, guidato da giudizi di equità. Il che permette di ricongiungere l'esperienza dei sistemi di *civil law* con quella dei sistemi di *common law*, colmando una contrapposizione che è in realtà da tempo superata, grazie alla crescente importanza del *case law* nei primi e dello *statutory law* nei secondi.

La prima tendenza può essere osservata molto chiaramente nel nuovo *jus commune* europeo creato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dal dialogo con le altre corti. Le decisioni della Corte di giustizia sono articolate seguendo modi di ragionamento e di argomentazione tipici del *common law* (di conseguenza, lo stile di una lezione di diritto dell'Unione europea tende a essere molto simile allo stile di una lezione, ad esempio, sui *torts*).

Per altro verso, vi è un'ibridazione/integrazione di tecniche giuridiche: da un lato, un impiego crescente nei sistemi di *civil law* di norme a carattere procedurale, di meccanismi di negoziazione e consulenza, che richiedono approcci più flessibili e processi di pensiero più vicini a quelli utilizzati dai *common lawyers*; dall'altro, nei sistemi di *common law*, uno spazio sempre più ampio riservato a norme di carattere sostanziale, che richiedono un'accresciuta attenzione ai concetti astratti e all'interazione di regole e principi.

Infine, l'idea che la *public interest strategic litigation* sia in grado di produrre cambiamenti sociali è venuta affermandosi anche nei sistemi di *civil law*, insieme a rilevanti interventi normativi in campi quali la protezione antidiscriminatoria e i diritti dei consumatori, che forniscono nuovi strumenti di contenzioso, come le *class actions* e la legittimazione di soggetti collettivi.

Più nello specifico, la circolazione dei modelli riguarda non solo i sistemi giuridici e la cultura giuridica, ma la stessa formazione dei giuristi. A livello europeo, ciò avviene dentro la cornice del Processo di

26. Cfr. T. Mazzarese, *Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism*, in *Associations*, n. 6/2002, pp. 233-260, disponibile online in *Jura gentium*, 2008 ([www.juragentium.org/topics/rights/en/mazzares.htm](http://www.juragentium.org/topics/rights/en/mazzares.htm)); M. Barberis, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in *Revus*, n. 16/2011, pp. 55-93, disponibile online ([https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2427419](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2427419)).

27. Vds. M. Barcellona, *Il diritto e il conflitto*, in F. Ciamarelli e F.G. Menga (a cura di), *L'epoca dei populismi. Diritti e conflitti*, Mimesis, Milano, 2015, pp. 19-46, disponibile online ([www.academia.edu/19999238/Diritto\\_e\\_Conflitto](http://www.academia.edu/19999238/Diritto_e_Conflitto)).

Bologna<sup>28</sup>, che costituisce una messa in discussione del carattere chiuso del sistema universitario e della tradizionale gerarchizzazione dei *curricula* accademici, con la marginalizzazione dei saperi trasversali e metodologici. In verità, è in atto una circolazione su scala globale di nuovi modelli formativi che si realizza principalmente attraverso reti accademiche e di *élite* professionali fluide e informali, che operano nei diversi sistemi giuridici e sono connesse fra loro sulla base di una varietà di interessi comuni: ambiti di ricerca, scambi universitari, inclinazioni politiche, approcci metodologici o ideologici e così via<sup>29</sup>.

## 5. Public interest litigation e ruolo delle cliniche legali

È a questo punto evidente come, nel movimento clinico, una certa concezione del diritto risulti strettamente legata a una certa concezione dell'educazione dei giuristi<sup>30</sup>, ai quali sono richieste capacità e abilità nuove, che attengono alla conoscenza, ma soprattutto all'applicazione del diritto e sono più in assonanza con un diritto che si struttura intorno a principi generali e norme flessibili, che si situano in sistemi ordinamentali multilivello aperti alla circolazione e alla comparazione.

Proprio perché ciò avviene non in relazione a casi *pensati*, ma in relazione a casi *reali*, le cliniche legali possono essere un potente strumento per riconnettere sapere giuridico e società, esponendo coloro che insegnano e coloro che apprendono il diritto a rilevanti e concreti problemi di giustizia.

Questo significa che il movimento clinico si pone al suo interno, e pone al dibattito giuridico, un problema di "giustizia" e di "accesso alla giustizia", non solo nel caso di liti strategiche, ma anche nel caso di liti individuali. E lo fa a partire dall'attenzione ai diritti fondamentali, che segnano il confine di ciò che non è nella disponibilità di variabili di maggioranza

politiche, ma anche a partire dall'attenzione alla comunità e alla realtà circostante. Il che è una scelta di metodo, ma è altresì un posizionamento del giurista e del sapere giuridico rispetto alla società e alle dinamiche di potere e di disuguaglianza che la attraversano.

Per questa ragione, nell'impostazione di alcune correnti del movimento clinico il sapere giuridico è configurabile come un *bene comune*, un prodotto collettivo necessario alla soddisfazione di bisogni essenziali; pertanto, è vitale che la sua gestione non riproduca le logiche di mercato. Le cliniche legali sono il tramite che consente di condividere la conoscenza prodotta dentro l'università con la più ampia comunità che vive fuori dai suoi confini, il che ha importanti ricadute anche in termini di *accesso alla giustizia*, poiché è dai soggetti concreti con cui la clinica entra in relazione e dalla loro richieste di giustizia che l'applicazione del diritto prende vita<sup>31</sup>.

L'oggetto delle cause e l'identità dei soggetti rappresentati danno immediatamente l'idea di quali siano gli ambiti in cui i diritti fondamentali della persona sono in questo momento maggiormente esposti al pericolo di violazioni o abusi da parte del potere pubblico o dei poteri privati: si tratta di migranti, richiedenti asilo, associazioni ambientaliste o di consumatori, lavoratori colpiti da licenziamenti collettivi o individuali, disabili, carcerati, vittime di tratta o sfruttamento lavorativo, senz'altro privi di residenza. Guardando ai criteri di selezione delle cause, in molti di questi casi il sistema di gratuito patrocinio non era accessibile ovvero offriva un'assistenza legale di bassa qualità. La negazione dei diritti si accompagnava anche a una negazione del diritto di tutelarli davanti a un giudice. In altri casi, le cause sono state scelte sulla base della loro rilevanza strategica e della possibilità che la decisione del giudice potesse innescare mutamenti giuridici e politico-sociali di portata più generale<sup>32</sup>.

A scanso di equivoci, va chiarito che le cliniche legali non tendono a sostituirsi al meccanismo del gratuito patrocinio: non ve ne sono le condizioni materiali;

28. Il «Processo di Bologna» è un processo di convergenza dei vari sistemi di istruzione superiore europei, che ha l'obiettivo di creare un'«Area Europea dell'Istruzione Superiore». Iniziato nel 1999, quando i ministri dell'istruzione superiore di 29 Paesi europei si sono incontrati a Bologna per sottoscrivere un accordo noto come la «Dichiarazione di Bologna», prosegue tuttora guidato da incontri a cadenza biennale degli stessi ministri dei Paesi aderenti.

29. G. Capuzzo, «In mani esperte»: il ruolo della legal expertise nei sistemi transnazionali, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 4/2014, pp. 497 ss.

30. Cfr. M. Barbera, *Insegnare il diritto del lavoro. Cosa si insegna e come si insegna, come si impara e cosa si impara*, in *Lavoro e diritto*, n. 4/2016, pp. 1041 ss., da cui sono tratte le osservazioni che seguono.

31. M.R. Marella ed E. Rigo *Le cliniche legali, i beni comuni e la globalizzazione dei modelli di accesso alla giustizia e di lawyering*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 4/2015, pp. 537 ss.

32. Alcuni casi di liti strategiche intrapresi dall'Università di Brescia nel settore della migrazione e dei richiedenti asilo sono analizzati da L. Masera, *La tutela dei diritti dei migranti nell'attività delle cliniche legali dell'Università statale di Brescia: un caso di contenzioso strategico*, in M. Colombo (a cura di), *Immigrazione e contesti locali – Annuario CIRMiB 2015*, Vita e Pensiero, Milano, pp. 155-166 (disponibile online: <http://clinicalegale.unibs.it/wp-content/uploads/2017/07/Masera-La-tutela-dei-diritti-dei-migranti-nell%E2%80%99attivit%C3%A0-delle-cliniche-legali-dell%E2%80%99Universit%C3%A0-statale-di-Brescia.pdf>).



prima ancora, l'ambizione del movimento clinico non è certo quella di subentrare a un servizio la cui prestazione spetta al potere pubblico. Peraltro, la predisposizione di un modello sussidiario di gratuito patrocinio potrebbe porsi in contrasto con le finalità didattiche delle cliniche, che devono necessariamente convivere con quelle di *advocacy* e che potrebbero essere compromesse da un carico eccessivo di casi da seguire.

Viceversa, proprio grazie a questa loro duplice funzione – di pedagogia giuridica e di *advocacy* – le cliniche offrono un punto di vista privilegiato per riflettere sui temi da cui siamo partiti analizzando il caso *Brown*: le opportunità e gli aspetti critici che presentano le strategie di *public interest law* e le forme vecchie e nuove di *advocacy*. Non si tratta di un apporto solo speculativo: l'esperienza delle cliniche legali, come vedremo, consente di sperimentare nella pratica, nell'*esercizio in concreto del diritto*, i dilemmi posti dall'uso strategico del diritto in funzione del cambiamento sociale, e di farlo a partire dalla natura riflessiva della metodologia didattica clinica.

La riflessività è un concetto fondamentale delle didattiche di tipo costruttivistico – delle quali fa parte la didattica clinica<sup>33</sup> – e si riferisce all'obiettivo di sviluppare in chi apprende la capacità di riconoscere il proprio rapporto epistemico con la realtà: il proprio modo di conoscere e interpretare la realtà, gli schemi di riferimento, le presupposizioni e le assunzioni tacite utilizzati nella selezione e nell'attribuzione di significato agli eventi. Si tratta, dunque, di una didattica che favorisce la ricerca e la costruzione attiva e autonoma del sapere e non la ricezione passiva di contenuti e tecniche, che innesca un processo di apprendimento basata sul riadattamento flessibile della conoscenza preesistente in funzione di situazioni nuove<sup>34</sup>.

## 6. Ragionando sui problemi posti dal caso *Brown* a partire dall'esperienza delle cliniche legali. L'uso "ribelle" del diritto

È tempo di tornare al caso *Brown*. Nella sostanza, il problema centrale che esso pone è se il diritto possa

davvero essere usato come leva di cambiamento sociale e quale rapporto l'uso politico della legge istituisca fra i giuristi che costruiscono il caso – o lo decidono – e i soggetti sociali dei cui diritti si controverte.

Il caso *Brown* è un esempio affascinante di interrelazione fra dinamiche giuridiche e dinamiche di cambiamento sociale: come si è visto, le strategie giudiziali, inizialmente adoperate per l'assenza o la debolezza di altre forme di mobilitazione sociale e politica, hanno poi prodotto effetti, in gran parte non intenzionali, anche su quest'ultimo piano. Il carattere ambivalente di *Brown* in quanto caso paradigmatico di *strategic litigation* finalizzata a un progetto di cambiamento sociale ha portato gli studiosi di "*Law and Society*" ad adottare un approccio critico a tali strategie, più articolato e più attento al contesto, un approccio che ne misura gli effetti alla luce di una serie di condizioni<sup>35</sup>. L'aspetto forse più interessante di tale approccio è *che il diritto è visto come «forza costitutiva delle relazioni sociali»*: in questa prospettiva, «il diritto contribuisce a dare forma all'identità e al comportamento delle persone, strutturando la loro comprensione della realtà, le loro aspettative, nonché le modalità dell'interazione con gli altri e rappresenta un'importante risorsa per impostare questa interazione, formulare rivendicazioni legittime e negoziare i conflitti»<sup>36</sup>. Questa idea del diritto, come si è detto, è intrinseca all'esperienza americana e alla visione del diritto e dei diritti che la contraddistingue, ed è una delle ragioni sufficienti a far sì *che si continui a parlare di Brown* e a tentare di riproporne la logica in altri contesti di disegualianza sociale.

C'è da chiedersi, allora, se proprio una scarsa consapevolezza del diritto quale «forza costitutiva delle relazioni sociali», strettamente dipendente dai rapporti di forza istituiti nel dominio sociale, non sia proprio un'altra delle ragioni che spiegano come mai, da noi, non ci sia stato un caso *Brown*. Una consapevolezza che non si apprende durante gli anni della propria formazione come giurista, perché – lo si è visto – non è questa la lezione che viene impartita nelle aule universitarie, e che si sviluppa a fatica anche nella pratica concreta del diritto, perché questa pratica manca spesso di «riflessività».

33. Mentre la cultura accademica esalta in genere le teorie cognitive e il modello di valore della razionalità cognitiva e considera la prestazione individuale – l'*achievement* – un elemento fondamentale del processo di apprendimento e un prodotto atteso dell'insegnamento, nella cultura dei docenti della scuola domina da tempo una visione costruttivista dell'apprendimento, considerato come il risultato di un processo sociale, culturalmente connotato, in cui la dimensione di gruppo assume un ruolo prioritario.

34. C. Blengino – S.L. Brooks – M. Deramat – S. Mondino, *Reflective Practice: Connecting Assessment and Socio-Legal Research in Clinical Legal Education*, in *International Journal of Clinical Legal Education*, n. 3/2019, pp. 54-92.

35. Cfr. V. Protopapa, *Percorso di lettura*, op. cit.

36. *Ibid.*

C'è, però, da prendere in considerazione un altro aspetto, che emerge là dove tale consapevolezza sia (o sia stata) presente, e cioè nei casi di *strategic litigation* sviluppatasi nel tempo nell'esperienza italiana<sup>37</sup>.

Alcuni di questi sono significativi per dimensione e qualità. Si è già detto del movimento dell'uso alternativo del diritto, tradottosi anche in una concreta prassi giudiziaria. Un altro importante esempio è il contenzioso in materia di Statuto dei lavoratori che si registrò negli anni immediatamente successivi alla sua entrata in vigore, in cui i sindacati, attraverso gli uffici legali e gli avvocati legati alle organizzazioni sindacali anche da vincoli di militanza politica, agirono da soggetti catalizzatori e da *gate-keeper* delle quantità e qualità delle cause individuali e collettive, utilizzando la domanda di giustizia a sostegno della mobilitazione politica e sindacale.

In anni più recenti – lo si è detto nelle pagine iniziali –, una strategia di contrasto in giudizio delle discriminazioni istituzionali a danno degli stranieri è stata portata avanti con successo, soprattutto nei tribunali del Norditalia, da parte di associazioni della società civile, ed esempi significativi di *strategic litigation* si registrano anche nell'ambito dell'attività delle cliniche legali.

La ricerca condotta da parte di un gruppo di noti sociologi e studiosi del diritto sull'“uso politico” dello Statuto dei lavoratori, a qualche anno di distanza dalla sua entrata in vigore, ebbe un grande impatto sulla letteratura sociologica e giuridica del tempo<sup>38</sup>. Era la prima volta che ricercatori di diversa formazione analizzavano la domanda di giustizia e la risposta giudiziaria sulla base di grandi aggregati, evidenziando le relazioni esistenti tra il comportamento degli attori del processo giudiziario e la struttura sociale e politica in cui si trovavano ad agire. A questo proposito, i risultati della ricerca mostravano l'inadeguatezza di qualsiasi interpretazione deterministica della relazione tra il quadro politico e sociale e le tendenze quantitative e qualitative della domanda di giustizia e della risposta giudiziaria. Ad esempio, non c'era una correlazione univoca tra forza o debolezza del sindacato e ricorso alla lite strategica, così come essa non

sussisteva fra ricorso alla legge e situazione economica complessiva.

Nel secondo caso, l'analisi che accompagna la pubblicazione di più di sessanta decisioni in tema di discriminazione dello straniero sottolinea come la tutela in giudizio contro le discriminazioni si affermi proprio «nel momento in cui il tema dell'uguaglianza tocca il punto più basso di popolarità e sparisce quasi completamente dal discorso politico»<sup>39</sup>. Il diritto discriminatorio – e il suo uso in giudizio – si conferma così come lo strumento capace di contrastare «la progressiva emarginazione dei gruppi sociali minoritari»<sup>40</sup>.

In ognuno di questi casi, esplicitamente o implicitamente, il contenzioso strategico viene visto come un processo “*actor-driven*”, guidato cioè dalle decisioni strategiche dei soggetti che decidono di portare l'azione in giudizio, sia pure nella consapevolezza che la partita decisiva si gioca poi sul versante sociale, politico, culturale.

Ma di quali attori si parla?

Ricostruendo le vicende del movimento dell'uso alternativo del diritto, Nicola Lipari scrive che «sul presupposto che le classi subalterne, i soggetti deboli non avessero la forza sufficiente per incidere sul momento di posizione delle norme, i sostenitori dell'uso alternativo del diritto predicavano la necessità di spostare il tentativo di riequilibrio degli interessi in conflitto al momento applicativo. Alla “verità” del legislatore veniva contrapposta la diversa “verità” dell'interprete, e segnatamente del giudice, più sensibile alle speranze e alle attese dei soggetti esclusi». Questi ultimi restavano, però, silenti rispetto a tale pratica giuridica.

Non accadde diversamente al tempo dell'“uso politico” dello Statuto dei lavoratori. Mentre si sa molto del rapporto tra strategie legali e strategie sindacali, si sa poco di come i rappresentanti sindacali interagirono con i lavoratori rappresentati in giudizio, individualmente e come comunità, e fino a che punto fu dato peso alle scelte personali degli individui.

Né accade diversamente oggi, quando, nelle cause strategiche intraprese dalle associazioni e dalle stesse cliniche legali, i soggetti reali di queste vicende giudi-

37. L'analisi di questo aspetto è sviluppata più compiutamente in M. Barbera e V. Protopapa, *Access to Justice and Legal Clinics: Developing a Reflective Lawyering Space. Some Insights from the Italian Experience*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies – Access to Justice and Liberal Democracies: Global, Regional and National Solutions to a Worldwide Problem*, working paper Csdle “Massimo D'Antona”, n. 141/2017 ([www.academia.edu/37448721/Access\\_to\\_Justice\\_and\\_Legal\\_Clinics\\_Developing\\_a\\_Reflective\\_Lawyering\\_Space\\_Some\\_Insights\\_from\\_the\\_Italian\\_Experience](http://www.academia.edu/37448721/Access_to_Justice_and_Legal_Clinics_Developing_a_Reflective_Lawyering_Space_Some_Insights_from_the_Italian_Experience)).

38. Cfr. T. Treu (a cura di), *Sindacato e magistratura nei conflitti di lavoro*, voll. I e II, Il Mulino, Bologna, 1975 e 1976; *Id.*, *Una ricerca empirica sullo Statuto dei lavoratori negli anni '80*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 23/1984, pp. 497 ss.; M. Barbera, *Vecchi e nuovi attori sulla scena dello Statuto*, in *Riv. giur. lav.*, n. 1/1995, pp. 135 ss.

39. Cfr. A. Guariso, *Introduzione*, in *Id.* (a cura di), *Senza distinzioni*, op. cit., p. 9.

40. *Ivi*, p. 13.

ziarie si manifestano spesso solo al momento di conferire una delega o di rafforzare, con la loro presenza in giudizio, la legittimazione ad agire dei soggetti collettivi, ma poi scompaiono dalla scena, se si esclude il momento (ovviamente tutt'altro che secondario) in cui vi tornano per beneficiare dei vantaggi derivanti dall'esito positivo dell'azione.

A differenza del contenzioso strategico in tema di Statuto dei lavoratori, ove almeno sussisteva un vincolo di rappresentanza, nell'assenza di legami stabili tra i legali delle associazioni e i clinici da una parte, e i gruppi o singoli individui i cui diritti sono tutelati in giudizio dall'altra, vi è il rischio concreto che l'azione in giudizio non si trasformi in azione collettiva e che le vittorie nei tribunali non si traducano in vittorie politiche.

In questo caso, ricorrere ai tribunali per superare situazioni di debolezza sociale e politica, invece di essere uno strumento ausiliario di mobilitazione sociale e azione collettiva, può diventare il loro sostituto.

Tutto ciò avviene a prezzo di qualcosa, qualcosa che Gerard López, uno dei più influenti clinici americani, ha così ben descritto ventisette anni fa in *Rebellious lawyering*, parlando dei *civil rights lawyers* che prestavano la loro opera a favore della comunità chicana di East Los Angeles, da cui López stesso proviene. Scrive l'Autore: «*these activist lawyers tended to fit our needs and aspirations into preestablished frameworks that were neither animated by nor ultimately much responsive to the lives we were leading*»<sup>41</sup>.

Questo succedeva, anzitutto, perché gli stessi professionisti erano incapaci di scrollarsi di dosso i presupposti taciti della loro cultura giuridica. Per esempio, tendevano a pensare che la via dell'azione in giudizio fosse sempre il modo migliore di risolvere un problema e prestavano poca attenzione a vie alternative al processo; o non esploravano abbastanza la possibilità che le soluzioni migliori fossero di altro tipo, politiche o economiche; o non erano consapevoli del fatto che il ricorso al processo escludeva la partecipazione attiva dei singoli e delle comunità coinvolte. Oppure, all'opposto, pensavano che risolvere un problema politicamente significasse dedicarsi a estenuanti incontri e trattative con burocrati locali o politici, senza, però, includere negli incontri i loro rappresentati o altri componenti della comunità locale. Così, pur essendo realmente dediti alla difesa dei diritti dei loro clienti, essi finivano con l'aver molto in comune con la loro controparte, di cui condivide-

vano esattamente la stessa idea di diritto e di pratica del diritto, e poco in comune con la comunità che rappresentavano, della quale ignoravano che cosa potesse veramente cambiare l'esistenza, contribuendo così a perpetuare, invece che a combattere, la loro condizione di vulnerabilità e subordinazione sociale.

E questo perché i giuristi sono i «mandarini del diritto»<sup>42</sup>, parlano una lingua che pochi comprendono – e chi non comprende non può partecipare alla conversazione – e perché le università in cui si insegna il diritto non espongono chi le frequenta alla vita concreta delle persone che lottano contro la deprivazione e la marginalizzazione sociale.

Gerard López è partito da questa disillusione, dallo scoprire che i giuristi progressisti per primi non avevano idea di come rapportarsi con la comunità di cui ritenevano, in perfetta buona fede, di tutelare gli interessi, ed è arrivato alla conclusione che il «*rebellious lawyering*», l'uso «ribelle» del diritto, deve essere radicato nel mondo che si cerca di cambiare.

Nella pratica del diritto orientata alla giustizia si deve riflettere anche la pratica sociale dei soggetti deboli, subordinati, vulnerabili che si vogliono rappresentare.

Non sono solo gli avvocati e i giudici a praticare il diritto: in realtà, lo praticano molti tra coloro che fanno parte delle comunità svantaggiate che i giuristi rappresentano, nella misura in cui sono molti i soggetti sociali che tentano di indirizzare il diritto verso il cambiamento sociale. Il libro di López ci restituisce la storia di tanti fra loro (clienti, segretarie, assistenti sociali, rappresentanti di associazioni, preti, rabbini, attivisti politici), descritti nel minuto impegno di promuovere un modo progressista di praticare il diritto.

Per parte loro, i giuristi devono diventare capaci di valutare l'interazione fra l'approccio legale e l'approccio sociale e politico ai problemi e capire, come conclude López, «*how to be part of coalitions, as well as how to build them*».

## 7. Le cliniche legali come spazio riflessivo

Le cliniche legali non sono estranee al modo «ortodosso» di praticare il diritto descritto da Gerard López, ma sono anche il luogo in cui questa pratica è già diventata oggetto di riflessione e di critica. Questo stesso articolo è nato dalla mia personale esperienza all'interno della clinica legale bresciana, dallo scam-

41. G. López, *Rebellious Lawyering. One Chicano's Vision of Progressive Law Practice*, Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1992.

42. D. Bonilla, *Los mandarines del derecho: trasplantes jurídicos, análisis cultural del derecho y trabajo pro bono*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2017.

bio di idee e dalla ricerca condivisa con altri componenti della nostra e di altre cliniche legali.

Questo non significa che altri attori delle strategie di *public interest litigation* non riflettano criticamente su ciò che fanno e sull'impatto delle loro attività. La differenza tra le cliniche legali e gli altri attori, a questo riguardo, sta nel fatto che le cliniche tendono a farlo per loro natura, perché sono progettate per essere anche uno *spazio riflessivo*.

L'unicità delle cliniche legali a questo riguardo risale, ancora una volta, alla convivenza di scopi di *advocacy* e scopi educativi, e alla particolare metodologia didattica impiegata, che si basa sul riadattamento flessibile della conoscenza preesistente in funzione di situazioni nuove. È quello che Gregory Bateson chiama «deutero-apprendimento» o «apprendimento dell'apprendimento» e che permette al soggetto che apprende non solo di risolvere i singoli

problemi, ma di diventare capace di risolvere problemi in generale<sup>43</sup>.

Un elemento necessario del deutero-apprendimento è proprio la riflessività: la sola esperienza non è elemento sufficiente, ma è necessaria anche una riflessione su di essa perché la conoscenza si trasformi in pensiero consapevole. Occorre attivare tale riflessione sia rispetto alla posizione del problema (*problem setting*) che alla sua risoluzione (*problem solving*)<sup>44</sup>.

La pratica riflessiva riguarda non solo chi apprende, ma anche chi insegna: l'interrogarsi sul senso della sua azione formativa consente al docente clinico di dare corso ad azioni che modifichino il senso ordinario attribuito al contesto consolidato. È in questo senso che le cliniche sono un *forum* che facilita una migliore comprensione della natura della conoscenza giuridica e della pratica alternativa del diritto.

43. G. Bateson, *Verso un'ecologia della mente*, Adelphi, Milano, 1998, p. 204.

44. D.A. Schön, *Formare il professionista riflessivo*, Franco Angeli, Milano, 2007, p. 64.

# La clinica legale veronese: riflessioni epistemologiche sulla Clinica legale di diritto della famiglia, dei minori e delle persone

di *Alessandra Cordiano*

Il lavoro è teso a illustrare i profili organizzativi della Clinica legale attiva presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona, in materia di diritto delle persone, della famiglia e dei minori. Dall'esplicitazione degli scopi e delle modalità concrete, connesse alla costruzione di un percorso didattico atipico, si giunge a elaborare l'esperienza didattica attraverso una riflessione teorica, in termini di categorie dogmatiche coinvolte e di conseguenze epistemologiche interessate.

**1. Premessa: la clinica veronese e la costruzione di un percorso didattico atipico / 2. Riflessioni teoriche nell'area del diritto di famiglia, dei minori e delle persone / 3. Aspetti organizzativi e conseguenze epistemologiche / 4. Conclusioni**

## 1. Premessa: la clinica veronese e la costruzione di un percorso didattico atipico

L'esperienza didattica della clinica legale veronese è piuttosto giovane; eppure essa ha trovato, sin da subito, un gruppo tanto ristretto quanto entusiasta, che ha condotto abilmente la costruzione del percorso didattico secondo delle linee direttrici condivise: la didattica dedicata alla clinica legale, 36 ore per 6 crediti formativi, è stata volutamente sciolta dai vincoli tipici della collocazione nel campo degli insegnamenti a libera scelta, collocazione che avrebbe certamente giovato in termini organizzativi, ma che avrebbe d'altro canto sofferto il necessario ancoramento a un preciso e definito settore scientifico disciplinare<sup>1</sup>.

Questa modalità alternativa, vale a dire l'inserimento della clinica nelle attività formative senza caratterizzazione scientifica, senza il tradizionale accertamento finale e senza attribuzione di un voto, ha – a dispetto di alcuni pronostici infausti – un doppio vantaggio: il primo, quello di consolidare, fra gli stu-

denti e fra gli operatori giuridici coinvolti, l'idea della clinica come esperienza formativa in sé ricca di valore, a prescindere degli esiti in termini di profitto; questo primo effetto favorevole è stato inaspettatamente realizzato, tanto che, in alcuni semestri, è apparso necessario attivare altri percorsi clinici per il numero consistente di iscrizioni.

In secondo luogo, una modalità siffatta ha potuto tener conto di innumerevoli profili formativi degni d'attenzione e di approfondimento: così come è costruita, infatti, la clinica legale veronese non è identificata secondo un preciso settore scientifico disciplinare; non è appannaggio di alcuni, ma è, per così dire, una casa aperta a tutti quanti desiderino accogliere e osservare lo "statuto giuridico-ideologico" della clinica. Essa, infatti, prevede una sorta di tronco comune di insegnamenti che tutti gli iscritti frequentano e che concernono la deontologia professionale (in linea di massima, della professione forense), il linguaggio giuridico e l'argomentazione giuridica; successivamente, gli iscritti scelgono un'area tematica, differente a seconda delle contingenti

1. Mentre si scrive, è in via di verifica la revisione della Laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza, che prevede l'inserimento della clinica in alternativa allo *stage*, come attività obbligatoria in lettera E, con l'attribuzione di 6 CFU.

disponibilità, ma sempre tendenzialmente nei settori del diritto civile, del diritto del lavoro e del diritto penale.

L'esperienza della clinica legale nell'area del diritto di famiglia, dei minori e delle persone del Dipartimento di Scienze giuridiche veronese ha messo nella condizione di dover costruire un percorso didattico in un ambito scientifico fortemente sensibile sotto il profilo etico e con una vocazione (potenzialmente) solidaristica; al contempo, vista una certa arretratezza della materia, la didattica è stata sovente interessata da modifiche consistenti, che hanno reso ancor più stimolante un lavoro come quello della clinica legale.

Questa complessa costruzione ha provocato numerose riflessioni, alcune di tipo teorico-epistemologico, altre di tipo meramente pratico e organizzativo, ma con numerose e interessanti conseguenze sotto il profilo teorico.

## 2. Riflessioni teoriche nell'area del diritto di famiglia, dei minori e delle persone

Venendo alle prime questioni di ordine squisitamente teorico, è parso sin da subito evidente che un percorso didattico di clinica legale nell'area del diritto di famiglia, latamente inteso, con la sua inedita metodologia didattica, ha posto in luce numerosi profili critici del sistema giuridico italiano.

La spiegazione di un siffatto rilievo si può trovare in diversificate ragioni, delle quali la prima è certamente quella per cui il codice civile italiano, quindi pure nella parte del diritto della famiglia e delle persone, è stato costruito sulle basi del diritto delle obbligazioni e dei contratti. Sovente, tuttavia, quei modelli dogmatici di riferimento appaiono inadeguati all'area di cui si tratta: un'area che mal soffre alcune categorie fondamentali – valga per tutti l'esempio dell'invalidità e dell'annullabilità<sup>2</sup> –, che sempre più va a dimostrare una propria specifica dogmatica di riferimento e dove le categorie di responsabilità, autoresponsabilità e autosufficienza comprendono evocazioni anche simboliche e un fondamento comunque e sempre equitativo. Inoltre, è ben evidente che tutta l'area del diritto delle persone e della famiglia esige un approccio *case by case*, rendendo talvolta inefficienti regole aprioristicamente costituite.

Quanto detto può apparire facilmente comprensibile, avendo in mente, ad esempio, il celebre caso dell'Ospedale "Pertini", dove è avvenuto uno scambio di embrioni fra due coppie che avevano entrambe fatto accesso alla tecnica di procreazione medicalmente assistita omologa.

Il tipico modello del *learning by doing* della clinica legale mostra con chiarezza – si può dire, quasi, con spietatezza – questa sorta di distorsione del sistema; e questa presa di consapevolezza per gli studenti (ma la riflessione vale per tutti gli studiosi del diritto: dottorandi, avvocati, magistrati) è effettivamente molto significativa, perché la clinica legale mostra loro, in una misura che neppure il corso di diritto di famiglia più esperienziale e casistico può soddisfare, le difficoltà che sicuramente incontreranno come professionisti, dovendo trattare con regole giuridiche qualche volta insufficienti a questa specifica area.

Un'altra riflessione dalle molteplici connessioni epistemologiche, che l'insegnamento clinico aiuta a rivelare, è quella per cui il diritto italiano della famiglia, dei minori e delle persone è per tradizione basato e costruito su dogmi e categorie "naturalistiche", fondato su un concetto di "natura". L'ingresso del diritto di famiglia all'interno di un omnicomprensivo diritto privato, tutto confluito nel codice civile del 1942 è, infatti, un'idea piuttosto recente, che tuttavia succedeva a una tradizione sostanzialmente pubblicistica del settore, rimesso in larghissima misura al diritto canonico e, in linea con la tradizione ottocentesca, con una particolare attenzione alle ragioni di una famiglia gerarchica e patriarcale, sul modello delle istituzioni pubblicistiche.

Abbandonata una visione esclusivamente patrimonialistica, grazie all'avvento della Carta costituzionale, e nonostante i numerosi progressi culturali in materia, tutta l'area del diritto delle persone e della famiglia rimane ancorata a concetti di tipo squisitamente biologistico: l'eterosessualità come presupposto implicito della relazione matrimoniale; la derivazione biologica e genetica nella filiazione; la dicotomia escludente del binarismo sessuale; lo stesso concetto di indisponibilità degli *status*, ancora descritto come uno dei fondamenti della materia, stenta a mantenere una sua autonomia prescrittiva<sup>3</sup>.

Tuttavia, l'esperienza concreta non ha mancato di dimostrare più volte come la visione biologista tenda a semplificare la realtà, decodificandola con costrutti molto più semplici di quanto essa non sia<sup>4</sup>. È a tutti noto come la realtà sia sovente molto più complessa

2. S. Viciani, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 161.

3. P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, Il Mulino, Bologna, 2002, *passim*.

4. Sulla critica alla visione biologista, F. Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, pp. 908 ss.

da decodificare e da comporre, e come essa sia fortemente connessa con i progressi della scienza e della tecnica rispetto alle possibilità di manipolare il proprio corpo e di disporne: la crescente acquisizione di tecniche scientifiche è in grado, infatti, di investire potentemente gli aspetti relativi alla sessualità, alla maternità e alla genitorialità<sup>5</sup>, e di cambiare profondamente la relazione dell'individuo con la propria corporeità e, soprattutto, con la propria identità anche in una prospettiva più generale, su un piano antropologico di *esseri di genere*<sup>6</sup>. Valga, in questo caso, l'esempio della surrogazione di maternità che, oltre a confliggere con la norma di cui al terzo comma dell'art. 269 cc, in virtù del quale la madre è colei che partorisce, mette fortemente in discussione il paradigma dominante e tradizionalmente ordinatore della genitorialità biologica, composta di eterosessualità, derivazione genetica, gestazione e parto<sup>7</sup>, restituendo una realtà incapace di essere assorbita dalle disposizioni di riferimento.

Questi aspetti, messi in luce nell'insegnamento clinico, rivestono particolare importanza nella prospettiva dell'acquisizione da parte degli studenti degli obiettivi formativi prefissi, mostrando loro le complessità che potranno incontrare nell'uso di concetti giuridici che non si accordano, né sono compatibili, con le specifiche e concrete fattispecie e neppure con un diffuso sentire sociale.

Infine, la formazione clinica efficacemente dimostra, e perciò insegna agli studenti (ma, anche qui, la riflessione è idonea a valere per tutti gli studiosi del diritto), che, nonostante le più recenti riforme legislative, il diritto italiano della famiglia e delle persone rimane una disciplina vecchia e spesso lontana dalla realtà, dal progresso scientifico, dall'evoluzione sociale e culturale<sup>8</sup>. Per tutte queste ragioni, evidentemente, il diritto della famiglia e delle persone è stato così profondamente ridisegnato e riscritto: ma non solo e non tanto da parte del legislatore, che sovente ha apportato modifiche senza tarare il sistema alle nuove misure, quanto soprattutto da parte delle corti superiori, nazionali e internazionali, con particolare riferimento alla Corte Edu. In questo senso, una profonda rilettura del sistema proposta da una corte non nazionale, con le sue categorie e metodologie di approccio alla risoluzione del conflitto, appare estremamente significativa in questa

materia, che appare più di altre connotata da un metodo casistico, sopravanzando e in qualche misura imponendo una forte riflessione sul nostro modello di *civil law*<sup>9</sup>.

### 3. Aspetti organizzativi e conseguenze epistemologiche

Proseguendo con la seconda tipologia di considerazioni, concernenti la costruzione e la programmazione del corso, da un punto di vista eminentemente pratico è possibile rilevare alcuni profili degni di attenzione: in questo senso, il disegno del corso ha evidenziato la necessità di trovare un buon punto di equilibrio, anche in termini di ore dedicate sulle residue del corso, fra teoria, pratica e aspetti professionali non giuridici.

Ciò ha significato fornire ai discenti non solo (1) nozioni teoriche e propriamente giuridico-normative, avendo in mente anche le più recenti riforme legislative che hanno profondamente riformato la materia durante l'erogazione del corso; ma anche (2) abilità legali di tipo strettamente pratico, fornite da avvocati o magistrati; infine, per quanto possibile, (3) competenze riguardanti settori non giuridici, che gravitano nell'orbita della giustizia della famiglia e delle persone, prevedendo un contributo didattico di consulenti tecnici, assistenti sociali, psicologi.

Questa peculiare mescolanza, che si associa a una modalità didattica già di per sé atipica, ha concorso a dimostrare almeno due caratteristiche dell'insegnamento clinico nell'area del diritto di famiglia: innanzitutto, una rilevante attitudine per l'interdisciplinarietà che caratterizza – che ha sempre caratterizzato – l'area di riferimento, ma che nel contesto clinico si mostra in tutta la sua dimensione.

Questo non può che sollecitare tutti gli studiosi del diritto a confrontarsi, e quindi a prendere dimetichezza, con le discipline non giuridiche di area psicologica, sociologica e medica. Ciò può, al contempo, aiutare a superare quella tradizionale idea di "supremazia" della norma e, più in generale, della scienza giuridica rispetto alle altre discipline. Nel contesto del diritto di famiglia e delle persone, infatti, non vi è una disciplina più rilevante di altre: posto che il diritto segna la cornice giuridica di riferimento, una

5. Si consenta il rinvio ad A. Cordiano, *Identità della persona e disposizioni del corpo*, Aracne, Roma, 2011, pp. 235-246.

6. Così J. Habermas, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002, pp. 31 ss.

7. I. Corti, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000, *passim*; L. Rossi Carleo, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, p. 377; P. Zatti, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 193.

8. D. Messinetti, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 137.

9. J. Long, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Giuffrè, Milano, 2006.

struttura edificata per garantire i diritti delle persone e per risolvere un conflitto *solo* giuridico, è pur tuttavia da considerare che una fruttuosa collaborazione fra operatori legali e non legali è la sola chiave per perseguire e realizzare la miglior scelta possibile per le parti, il provvedimento presuntivamente migliore per i minori coinvolti nel conflitto<sup>10</sup>.

In secondo luogo, le peculiarità di costruzione della didattica clinica hanno consentito pure di trasmettere agli studenti il messaggio in considerazione del quale, quando saranno avvocati, giudici, tutori e curatori dei minori o dei soggetti adulti incapaci, essi dovranno, per un verso, cercare di rimanere sempre equilibrati e lucidi nei riguardi della situazioni in cui verranno chiamati a operare, poiché il rischio di un eccessivo coinvolgimento emotivo e, con questo, l'adozione di condotte adesive e collusive con i propri assistiti è concreto e nient'affatto remoto: essere eccessivamente coinvolti non solo non è un approccio efficace, ma evidentemente compromette l'equilibrio nelle scelte e nelle strategie difensive e processuali. Per altro verso, strettamente connesso, gli studenti sono, per la prima volta nel loro percorso formativo, messi di fronte alla complessità di comprendere i comportamenti delle parti e dei soggetti coinvolti nelle decisioni e nei procedimenti: una buona capacità empatica, che non scivoli però in atteggiamenti collusivi, senza pregiudizi di sorta, consentirà loro, a prescindere dalla professionalità che rivestiranno, di adottare le migliori scelte difensive o le migliori decisioni possibili, soprattutto quando come professionisti dovranno tentare di perseguire il miglior interesse del minore.

#### 4. Conclusioni

Gli esiti di queste brevi riflessioni confermano gli obiettivi che inizialmente ci eravamo prefissi nella costruzione del percorso formativo della clinica legale, che ha avuto e tuttora ha un effetto largamente positivo, anche sugli studi e sulle personali ricerche di chi scrive: lo scopo principale della clinica legale è formare giuristi che non possono essere competenti solo da un punto di vista strettamente giuridico; questi hanno l'onere di essere altresì professionisti sensibili, nella giusta misura empatici, senza essere eccessivamente coinvolti sotto il profilo emotivo.

Si può dire che l'obiettivo della clinica, di là dai suoi evidenti benefici in termini di acquisizione della competenza "primaria", sia essenzialmente quello di condurre gli operatori del diritto (attuali e potenziali) verso la consapevole necessità di essere giuristi "in ascolto", perché gli interessi e le materie che, come professionisti, andranno a gestire sono, nell'ambito di cui si tratta in questa sede, eticamente significativi e deontologicamente peculiari nel complessivo panorama giuridico.

In questo senso, la clinica legale ha reso evidente a tutta la componente docente il nostro dovere e la nostra responsabilità non solo di garantire l'erogazione di una formazione che sia tecnicamente eccellente, ma anche di fornire gli strumenti per perseguire e garantire le istanze di giustizia sociale, che sono il fondamento e il fine del sistema giuridico e, se si può dire, a maggior ragione, dell'ambito del diritto della famiglia e dei minori.

10. Per tutti, vds. diffusamente V. Cigoli, *Psicologia della separazione e del divorzio*, Il Mulino, Bologna, 1998.



## La «Clinica legale di giustizia penale» dell'Università degli Studi di Milano

di Angela Della Bella

Attraverso il corso di «Clinica legale di giustizia penale», si è inteso rispondere al bisogno degli studenti di sperimentare la “*law in action*”, cimentandosi con la soluzione di un problema reale sotto la guida del docente e degli avvocati. Al contempo, la clinica si è rivelata uno strumento prezioso per avvicinare gli studenti a problematiche sociali, rendendoli consapevoli del ruolo del giurista all'interno della società.

### 1. Gli obiettivi / 2. Le attività proposte e lo svolgimento del corso / 3. Qualche riflessione a caldo

#### 1. Gli obiettivi

Nel corso dell'anno accademico 2018/2019, il Dipartimento “Cesare Beccaria” dell'Università degli Studi di Milano ha attivato la prima edizione del corso di «Clinica legale di giustizia penale».

Gli obiettivi di questa nuova iniziativa didattica sono molteplici.

Innanzitutto, si è inteso offrire agli studenti l'opportunità di affiancare allo studio teorico del diritto un'esperienza di tipo pratico, coinvolgendoli nella soluzione di casi “reali”, sotto la guida del docente e di professionisti esperti<sup>1</sup>.

Apro qui una veloce parentesi per ricordare che l'idea di istituire nelle facoltà di giurisprudenza delle “cliniche legali”, ove – similmente a quanto accade

nelle cliniche mediche – lo studente possa assistere a “operazioni legali”, non è certo nuova: è, infatti, nelle *law school* americane dei primi anni del Novecento che si cominciano a fare alcune riflessioni sul metodo dell'insegnamento giuridico e sulla necessità di integrare lo studio teorico con un approccio di tipo empirico<sup>2</sup>. Gli echi di tale dibattito approdano nel vecchio continente a far data dagli anni trenta del secolo scorso. Anche in Italia se ne discute, come testimonia il brillante contributo di Francesco Carnelutti intitolato «*Clinica del diritto*», pubblicato nel 1935 sulla *Rivista di diritto processuale*, nel quale l'Autore osserva che tanto i medici quanto i giuristi, pur nella diversità delle prospettive, «operano sull'uomo», ma che «a differenza del futuro medico, il futuro giurista, finché rimane nell'università, al contatto di quel reale, il cui

1. Come noto, l'aspetto caratterizzante delle cliniche legali sta nell'utilizzazione di casi “reali”, ossia casi in corso di svolgimento nei quali è richiesto un contributo fattivo degli studenti. Come osserva Marzia Barbera – cui si deve la progettazione e l'istituzione della prima clinica legale in Italia, nell'Università di Brescia – «proprio perché ciò avviene in relazione non a casi pensati, ma a *casi reali*, le cliniche legali possono essere un potente strumento per connettere sapere giuridico e società, esponendo coloro che insegnano e coloro che apprendono il diritto a rilevanti e concreti problemi di giustizia». M. Barbera, *Il movimento delle cliniche legali e le sue ragioni*, in A. Maestroni - P. Brambilla - M. Carrer (a cura di), *Teorie e pratiche nelle cliniche legali*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. XIX ss.

2. È Jerome Frank, esponente del realismo giuridico americano, a individuare nelle “cliniche” delle facoltà di medicina il modello per una possibile via da percorrere: «Our law schools» – così scrive l'Autore – «must learn from our medical schools. Law students should be given the opportunity to see legal operations». J. Frank, *Why not a Clinical Lawyer School?*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1933, pp. 907 ss.

possesso è la meta ultima della sua cultura, non arriva mai», con il risultato «*assurdo*» che «i nostri discendenti diventano dottori *senza aver mai veduto un caso vivo del diritto*»<sup>3</sup>.

A questa “assurdità” il modello delle “cliniche legali” – che si è poi andato diffondendo con grande successo nella università americane a partire dagli anni sessanta<sup>4</sup> – ha inteso porre rimedio, offrendo un modello di apprendimento del sapere giuridico fondato sul cd. “*learning by doing*”, in grado di trasmettere insieme alle conoscenze anche l’acquisizione di abilità professionali e di valori deontologici.

Con l’attivazione della Clinica legale di giustizia penale si è perseguito, poi, un altro obiettivo, forse ancora più ambizioso, ossia quello di promuovere un processo di sensibilizzazione degli studenti verso le problematiche sociali e di favorire in loro una presa di coscienza circa il ruolo del giurista all’interno della società<sup>5</sup>.

È questa, del resto, la seconda faccia del movimento delle cliniche legali, inscindibile dalla prima. Bisogna ricordare infatti che il massiccio sviluppo e il successo delle *legal clinic* nelle *law school* americane si ebbe a partire dagli anni sessanta, quando alla funzione didattica della clinica si andò legando una funzione di utilità sociale: le *legal clinic*, infatti, si affermarono come centri di *legal aid*, deputati a dare assistenza alle fasce marginali della popolazione

e garantire l’accesso alla giustizia a tutti coloro che ne fossero esclusi<sup>6</sup>.

Tornando a noi, occorre poi osservare che le cliniche legali, in quanto strumento in grado di creare collegamenti tra il diritto e il contesto sociale, si iscrivono perfettamente – come è già stato in più occasioni evidenziato – nell’ambito della cd. “terza missione” dell’università, che, oltre a svolgere compiti di ricerca e di didattica, è chiamata a interagire con il territorio, mettendo a disposizione della collettività le proprie risorse e competenze<sup>7</sup>.

La convinzione che la metodologia clinica rappresenti un tassello essenziale della formazione universitaria del futuro giurista ci ha indotto a configurare questa esperienza didattica come un vero e proprio corso curriculare anziché come un’attività didattica integrativa.

## 2. Le attività proposte e lo svolgimento del corso

Al fine di garantire la partecipazione al corso del maggior numero possibile di studenti (visto l’elevato numero di richieste pervenute), abbiamo organizzato due diverse tipologie di attività<sup>8</sup>. Da un lato, un’attività di assistenza giudiziale a favore di soggetti coinvolti in procedimenti penali e, dall’al-

3. F. Carnelutti, *Clinica del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1935, I, p. 169. A commento, cfr. M. Carrer, *Rileggendo Carnelutti su la Clinica del diritto. Problemi e questioni sui fondamenti della clinica legale*, in A. Maestroni - P. Brambilla - M. Carrer (a cura di), *Teorie e pratiche*, op. cit., pp. 21 ss. Gli auspici di Carnelutti non hanno avuto seguito se è vero che, trent’anni più tardi, un altro illustre giurista, Filippo Gramatica, lamentava l’inadeguatezza della formazione universitaria del giurista, del tutto avulsa dal contatto con il reale. Cfr. F. Gramatica, *Le esercitazioni forensi all’università*, comunicazione al VIII Congresso nazionale giuridico forense, Giuffrè, Milano, 1965.

4. Sulle origini e sulla diffusione delle cliniche legali nelle *law school* statunitensi, cfr., tra gli altri, A. Maestroni, *Accesso alla giustizia, solidarietà e sussidiarietà nelle cliniche legali*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 113 ss.; G. Smorto, *Clinica legale. Un manuale operativo*, Next, Palermo, 2015, pp. 33 ss.

5. Si è in questo senso osservato che, attraverso l’esperienza della pratica giuridica, «gli studenti vengono formati all’idea che il diritto non è un insieme di regole indipendenti dall’uso che di esso si fa nella realtà, né dalle conseguenze che attraverso il sistema giuridico vengono iscritte da uomini nella vita di altri uomini» e, sempre nello stesso senso, che la clinica legale «è comunemente accettato come un modello pedagogico competente che inserisce studenti ed università nella vita di una comunità» F. Di Donato, *L’approccio clinico-legale tra visioni pionieristiche e future sfide*, in *Id.* e F. Scamardella (a cura di), *Il metodo clinico-legale. Radici teoriche e dimensioni pratiche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 13 e 16.

6. Cfr. G. Smorto, *Clinica legale*, op. cit., pp. 33 ss.

7. Secondo la definizione dell’Anvur, per «terza missione» si intende «l’insieme delle attività con le quali le università entrano in interazione diretta con la società, affiancando le missioni tradizionali di insegnamento e di ricerca». Le cliniche legali rientrano nella cd. “terza missione culturale e sociale”, cioè in quell’insieme di attività attraverso le quali vengono prodotti beni pubblici che aumentano il benessere della società. Tali beni possono avere contenuto culturale (eventi e beni culturali, gestione di poli museali, scavi archeologici, divulgazione scientifica), sociale (salute pubblica, attività a beneficio della comunità, consulenze tecnico-professionali fornite in *équipe*), educativo (educazione degli adulti, *life long learning*, formazione continua) o di consapevolezza civile (dibattiti e controversie pubbliche, *expertise* scientifica). Cfr. sul punto M.R. Marella ed E. Rigo, *Cliniche legali, Commons e giustizia sociale*, in *Parolechiave. Giustizia*, n. 53 (2015), Carocci, Roma, pp. 181 ss.

8. Come noto, le modalità di svolgimento di una clinica legale possono essere le più diverse: si possono porre in essere attività a vantaggio di un singolo individuo (ad esempio, assistenza a soggetti in giudizio o attività di sportello legale), attività a favore di una determinata categoria di soggetti (ad esempio, attività di *street law*) o, ancora, attività dirette all’intera collettività e finalizzate alla sensibilizzazione rispetto a un certo tema (ad esempio, organizzazione di seminari o interventi nelle scuole).

tro, un attività di *street law*<sup>9</sup> in materia di immigrazione.

Prima di entrare nel merito della descrizione, occorre evidenziare come, a differenza delle attività didattiche tradizionali che possono essere gestite in autonomia dal singolo docente, un corso di clinica legale che ambisca a coinvolgere un numero consistente di studenti implica un importante sforzo organizzativo e la disponibilità di molte forze. Sotto questo profilo, la Clinica legale di giustizia penale – che ha visto la partecipazione di una trentina abbondante di studenti – ha potuto prendere vita grazie alla collaborazione di molti: di un gruppo nutrito di avvocati, che hanno fornito i casi e hanno coinvolto gli studenti nelle attività processuali; degli operatori delle tre organizzazioni ove si è svolta l'attività di *street law*; dei collaboratori del Dipartimento “Cesare Beccaria” (nella stragrande maggioranza dei casi, dottorandi), che hanno affiancato gli studenti con una preziosa opera di tutoraggio.

In relazione all'attività di assistenza giudiziale, il primo problema da affrontare è stata la scelta dei casi da assegnare agli studenti. Nella selezione dei casi, si è cercato di tenere in considerazione entrambi gli obiettivi della clinica: quello “didattico”, finalizzato a sviluppare le abilità di *problem solving* dello studente, e quello “sociale”, finalizzato a promuovere la responsabilizzazione e l'impegno sociale. Per soddisfare il primo obiettivo, ci siamo orientati su casi che – per le tempistiche processuali e per le questioni giuridiche affrontate – consentissero agli studenti di apportare un contributo concreto (ad esempio, preparazione dell'esame o del controesame dei testi; redazione di una memoria; preparazione delle conclusioni dibattimentali; redazione di istanze per la richiesta di misure alternative).

Per soddisfare il secondo obiettivo, abbiamo cercato di dare preferenza a casi che mettessero gli studenti a contatto con problematiche sociali rilevanti (ad esempio: maltrattamenti tra familiari in un contesto “culturalmente orientato”; sottrazione di minorenni in contesto di violenze familiari; occupazione di immobili in contesto di marginalità urbana; istanza di misura alternativa per detenuto con gravi problemi familiari).

Dopo un primo incontro introduttivo, dedicato alla condivisione delle aspettative e all'illustrazione dei casi, si è dato avvio alle attività dei gruppi. Ogni avvocato ha quindi lavorato sul caso con il proprio *team* (costituito ciascuno da tre studenti e da un *tutor*), incontrandosi ora in studio, ora in università e,

ovviamente, anche in tribunale. Gli studenti hanno così avuto occasione di vedere lo studio di un professionista (per molti si è trattato della prima volta), di partecipare – quando è stato possibile – alle riunioni con il cliente (in studio e, in un caso, nella sala colloqui di un istituto penitenziario), di assistere alle udienze del procedimento preparate anche con il loro contributo.

Al fine di svolgere i compiti affidati dagli avvocati, gli studenti hanno lavorato in spazi loro riservati all'interno del dipartimento: anche sotto questo profilo, la metodologia clinica si è rivelata preziosa, consentendo allo studente di sperimentare, spesso per la prima volta, il lavoro di gruppo (dando vita a grandi sinergie e, in alcuni casi, a evidenti difficoltà) e di sviluppare quindi una capacità, quella appunto del lavoro in *team*, che si rivela molto spesso essenziale nel mondo del lavoro.

Venendo ora all'attività di *street law*, abbiamo scelto come ambito la materia dell'immigrazione, che rappresenta la vera emergenza sociale di questa epoca, ma che spesso non è percepita dal cittadino nella sua effettiva drammaticità. Da un punto di vista didattico, poi, il tema della tutela dei diritti del migrante consente di riflettere su questioni cruciali per un penalista – ad esempio, l'utilizzo del diritto penale come strumento di stigmatizzazione sociale, o le conseguenze, in termini di assenza di garanzie, derivanti dalla qualificazione come «amministrative» di misure (come i respingimenti o la detenzione nei centri di trattenimento) che sono in realtà sostanzialmente penalistiche e che dovrebbero, perciò, essere circondate dalle relative garanzie.

Nello svolgimento delle attività di *street law*, gli studenti coinvolti – tre gruppi da tre studenti ciascuno, coordinati anche in questo caso da un *tutor* e guidati da un avvocato esperto di diritto dell'immigrazione – hanno frequentato settimanalmente, per la durata del semestre, tre diverse realtà milanesi che si occupano, sotto diversi profili, di assistenza ai migranti: il Servizio di etnopsichiatria dell'Ospedale “Niguarda” di Milano; la Casa della Carità della Caritas; il Cas di Casa Chiaravalle. Il ruolo degli studenti all'interno di queste strutture è stato duplice: da un lato, collaborare con gli operatori di tali strutture nella soluzione delle diverse problematiche individuali emerse durante i colloqui con gli utenti; dall'altro, “intercettare” e comprendere le problematiche giuridiche che più frequentemente coinvolgono questa categoria di soggetti vulnerabili, al fine di giungere alla redazione di un *vademecum* (in corso di elabo-

9. Per “*street law*” si intende, letteralmente, il diritto portato in strada, nel senso cioè di quel genere di attività nelle quali gli studenti mettono le proprie competenze a disposizione di un gruppo determinato di soggetti, informandoli sulle modalità di accesso alla giustizia e sui propri diritti. Cfr. sul punto G. Smorto, *Clinica legale, op. cit.*, pp. 28 ss.

razione) sulle questioni più controverse od oggetto di recenti modifiche normative che possa essere di ausilio all'attività degli operatori. Il *vademecum*, nelle nostre intenzioni, è da concepire come una sorta di "raccolgitore virtuale", da arricchire con nuove pagine ad ogni edizione della clinica.

Pur con alcune difficoltà organizzative iniziali, gli studenti si sono inseriti all'interno dell'organizzazione in cui hanno operato, venendo a contatto con gli utenti e apportando un contributo effettivo – in misura diversa a seconda del contesto in cui hanno lavorato – alle attività del centro. Certamente, per tutti, l'attività è stata estremamente formativa sotto il profilo della presa di coscienza del problema e del ruolo che un giurista può svolgere nella tutela dei diritti di soggetti in situazione di grave vulnerabilità.

Un'altra evidenza che l'attività di *street law* ha fatto emergere è l'artificiosità degli steccati disciplinari a cui l'università ci forma: nel momento in cui si deve affrontare *the law in action*, specie poi se si ha a che fare con la tutela dei diritti degli stranieri, ci si rende conto che le branche del diritto sono in realtà connesse e che, spesso, per risolvere un quesito, ad esempio penalistico, bisogna affrontare questioni che hanno a che fare con il diritto dell'immigrazione o con il diritto amministrativo o con il diritto di famiglia... Ciò porta a riflettere sul fatto che sarebbe necessario creare connessioni, nel percorso universitario, tra i vari insegnamenti giuridici, così da abituare il futuro giurista a una prospettiva interdisciplinare: anche sotto questo profilo, dunque, le cliniche legali – qualora strutturate con un taglio interdisciplinare – rappresentano uno strumento didattico estremamente efficace.

Accanto all'attività di lavoro dei gruppi, il corso ha previsto lo svolgimento di ulteriori 42 ore di lezioni per l'intera classe: un adempimento che si è rivelato necessario poiché, secondo quanto previsto nel regolamento didattico del corso di studi di giurisprudenza della nostra Università, per riconoscere un determinato numero di crediti agli studenti (nel nostro caso, sei) devono necessariamente essere svolte un certo numero di ore "frontali". Tale adempimento, sulla cui opportunità occorrerebbe in futuro aprire una riflessione, se da un lato ha reso molto impegnativa l'attività per gli studenti (concretizzandosi in un impegno molto maggiore, per numero di ore, rispetto a quello normalmente richiesto per un corso da sei crediti), dall'altro si è rivelato utile, traducendosi in un'occasione di confronto e di condivisione tra le attività dei vari gruppi.

In particolare, le prime ore sono state dedicate ai profili deontologici dell'attività dell'avvocato: gli incontri, tenuti da un avvocato esperto della materia, hanno avuto un taglio molto pratico e interattivo, in linea con la metodologia clinica. Nelle lezioni succes-

sive, si è affrontato lo studio dei vari casi: analisi delle fattispecie e approfondimento delle questioni giuridiche emerse. Con riferimento alla *street law*, qualche lezione – realizzata con il contributo di un avvocato esperto di diritto dell'immigrazione – è stata dedicata a un inquadramento generale del diritto degli stranieri, ai profili di interazione con il diritto penale (la cd. "*crimmigration*") e alle modifiche normative più recenti contenute nei vari decreti sicurezza che si sono succeduti negli ultimi tempi. Gli ultimi incontri, infine, sono stati utilizzati per le presentazioni dei casi da parte degli studenti: servendosi di *slide*, gli studenti hanno esposto il loro caso alla classe, raccontando le attività svolte e illustrando le questioni giuridiche affrontate.

### 3. Qualche riflessione a caldo

All'esito della prima edizione del corso, l'impressione è di aver intercettato e di aver offerto, quanto meno, una prima risposta a un bisogno effettivo degli studenti, quello cioè di essere coinvolti in un'esperienza che li calasse nel reale, che permettesse loro – oltre che di studiare "*the law in the books*" – di sperimentare "*the law in action*", avendo così l'opportunità di utilizzare le conoscenze teoriche per risolvere problemi reali e di affacciarsi al mondo del lavoro, affiancando i professionisti nella loro attività quotidiana.

L'entusiasmo degli studenti è apparso evidente sin dalla presentazione della Clinica, effettuata qualche mese prima dell'inizio dei corsi, e si è tradotto nell'iscrizione al corso di un numero molto elevato di studenti (che, purtroppo, abbiamo potuto accogliere solo in parte per l'impossibilità di gestire grandi numeri in questo genere di attività). Gli studenti che hanno frequentato il corso hanno risposto alle attività proposte con un impegno straordinario in termini di costanza, responsabilità e rendimento. Ne ho avuto conferma, oltreché dalla qualità delle presentazioni svolte in classe, anche dalle valutazioni degli avvocati e dei *tutor*, che hanno rilevato la costante partecipazione, il coinvolgimento attivo e l'impegno degli studenti.

Un altro profilo che tengo a segnalare è la calorosa accoglienza riservata alla Clinica dagli avvocati. Mi riferisco agli avvocati che si sono impegnati in prima persona, e con totale gratuità, nelle attività della clinica legale, condividendo con gli studenti un proprio caso e dedicando loro tempo e attenzione. La collaborazione è stata proficua tanto nella fase della progettazione delle attività, a partire dalla quale ho ritenuto essenziale coinvolgerli, quanto nella fase di attuazione, durante la quale abbiamo affrontato insieme i problemi e le questioni che, di volta in volta, si sono presentati. L'esperienza ha messo in evidenza quanto

sia vitale il collegamento tra l'università e il mondo professionale, non solo sul versante della ricerca, ma anche su quello della didattica.

Sotto questo profilo, si è rivelata essenziale la disponibilità dell'Ordine degli avvocati di Milano, che – rivelando ancora una volta una grande apertura verso le attività della nostra facoltà – ha mostrato un vivo interesse per la Clinica legale di giustizia penale. Interesse che si è concretizzato in una convenzione tra l'Ordine e il Dipartimento “Cesare Beccaria”, volta a disciplinare sotto vari profili le modalità della partecipazione degli avvocati nell'attività delle cliniche.

All'esito della prima edizione della clinica legale, che sarà riproposta nel prossimo anno accademico, ho avuto conferma dell'enorme potenzialità di questo strumento didattico che, stimolando l'interesse degli studenti, fornisce loro una solida motivazione allo studio e predispone in modo costruttivo all'apprendimento delle nozioni giuridiche, nonché di abilità tecniche e di valori deontologici.

Sotto un altro profilo, non meno rilevante, la clinica legale si è rivelata un prezioso strumento per avvicinare gli studenti a problematiche sociali e per fare acquisire loro consapevolezza circa il ruolo del giu-

rista all'interno della società, che deve sentirsi chiamato a intervenire con i mezzi a sua disposizione per garantire l'accesso alla giustizia e per dare tutela ai diritti di soggetti in situazione di vulnerabilità. Penso, in questo senso, all'attività di *street law* che abbiamo realizzato in collaborazione con le organizzazioni che si occupano di migranti: un'attività alla quale, nei prossimi anni, la Clinica legale di giustizia penale darà certamente seguito, articolando e strutturando in forma più stabile il tipo di intervento prestato.

Il bilancio, dunque, è più che positivo. La speranza – considerati i riscontri, anche in questo caso molto soddisfacenti, derivanti dalle tante esperienze oramai diffuse nelle università italiane<sup>10</sup> – è che, nel prossimo futuro, gli insegnamenti di clinica legale, che sono nati come sperimentazioni e che in molti casi si reggono sulla “buona volontà” di chi vi collabora (penso, nel nostro caso, agli avvocati e ai *tutor*), divengano parte integrante del piano formativo dei corsi di laurea di giurisprudenza, come auspicato quasi un secolo fa da un giurista del calibro di Francesco Carnelutti e come accade, da diversi decenni, nelle più prestigiose *law school* degli Stati Uniti e in molte università europee<sup>11</sup>.

10. Per uno sguardo su alcune delle più significative esperienze di cliniche legali in Italia, cfr. A. Maestroni - P. Brambilla - M. Carrer (a cura di), *Teorie e pratiche*, op. cit.

11. Su origine e prospettive del movimento delle cliniche legali nel contesto europeo, cfr. C. Bartoli, *Legal clinics in Europe: for a commitment of higher education in social justice*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, numero speciale, maggio 2016 ([www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2016\\_nSE\\_Legal-clinics-in-Europe/DQ\\_2016\\_Legal-Clinics-in-Europe\\_specialissue.pdf](http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2016_nSE_Legal-clinics-in-Europe/DQ_2016_Legal-Clinics-in-Europe_specialissue.pdf)).

# Cliniche legali in carcere

di *Patrizio Gonnella*

Il carcere è una fabbrica fondata sui bisogni. Tra quelli più sentiti dalle persone detenute, vi è il bisogno legale, ma in carcere non è facile distinguere la sfera legale da tutte le altre. Enorme è la componente umana che – per mancanza di risorse economiche, sociali, educative, linguistiche – vive costantemente il rischio di un trattamento legale infra-murario non equo. Strutturata secondo modalità di formazione non convenzionali, la clinica legale in un carcere dovrebbe rispondere a questo bisogno, nella consapevolezza dell'iniquità del sistema penale e penitenziario.

**1. Il carcere quale fabbrica del bisogno / 2. Una risposta equa al bisogno legale / 3. Una breccia nello Stato corporativo / 4. Le potenzialità e i limiti delle cliniche legali penitenziarie / 5. L'etica e il diritto / 6. Il luogo della clinica / 7. Roma Tre e le carceri romane**

## 1. Il carcere quale fabbrica del bisogno

Il carcere – scriveva l'indimenticato Massimo Pavarini<sup>1</sup> – ha una funzione selettiva e non può essere letto adeguatamente nella sua dimensione qualitativa e quantitativa senza uno sguardo più ampio ai fattori di produzione dei tassi di internamento nonché alla più complessa questione criminale. Il carcere ha un suo modello esplicativo, anche se non è sempre facile da individuare e, di conseguenza, da raccontare. È essenziale indagare le modalità di esecuzione delle pene per dare senso a tutte quelle azioni di ricerca, di osservazione, di promozione e protezione dei diritti dei detenuti volte alla riduzione del divario tra norma e prassi, tra funzione dichiarata della pena e suo effettivo scopo sociale. Il monitoraggio di quello che accade in un istituto penitenziario, così come lo studio delle biografie dei detenuti, costituisce un buon punto di partenza per andare a scoprire l'esistenza e le ragioni sociali, economiche, culturali, politiche di questo enorme divario.

Il carcere è una fabbrica fondata sui bisogni. Attraverso la parola "bisogno" si può andare alla ricerca e alla determinazione del modello esplicativo del carcere. Il bisogno, infatti, è parte delle biografie socio-penali delle persone detenute. Accompagna tutte le fasi della loro vita, da quella pre-detentiva (sia essa di natura criminale o meno) a quella processuale, da quella riguardante il periodo di vita reclusa fino al periodo di ritorno alla condizione di libertà.

Rivedere la questione carceraria attraverso la lente dei bisogni individuali aiuta a definire meglio le forme di contenimento delle politiche custodialistiche.

In primo luogo, vi è un bisogno di tipo sociale. La composizione anagrafica, etnica, nazionale della popolazione detenuta evidenzia storie personali di solitudine e di vuoto relazionale. La conoscenza approfondita delle storie di vita dei detenuti costituisce sempre un buon punto di partenza per chi programma politiche pubbliche. Dovrebbe essere all'origine di una valutazione approfondita e non standardizzata della qualità dell'offerta dei servizi sociali, educativi,

1. Massimo Pavarini, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bononia University Press, Bologna, 2014.

di avvio al lavoro e all'impresa. Ancora più efficace, in quanto meno manipolabile, è l'adozione della tecnica non neutra dell'autobiografia. L'auto-narrazione dei detenuti riduce al massimo gli errori interpretativi del mediatore ed evita dunque un'interpretazione stereotipata ed esogena dei bisogni sociali pre-esistenti e coevi alla detenzione<sup>2</sup>. Attraverso questa modalità di conoscenza delle carenze di protezione sociale delle persone private della libertà – carenze che, probabilmente, sono state la causa prevalente, anche se non esclusiva, della carcerazione –, vengono altresì soddisfatti i bisogni narrativi che ha ogni persona che si trovi in uno stato di difficoltà materiale o emotivo. Pur essendo il carcere un luogo dove, soprattutto per i lungo-degenti, ben sarebbe utile (nonché semplice) pensare a strutturare percorsi psico-terapeutici, le persone sono lasciate sole anche con la propria voglia di “esprimere il proprio punto di vista” sulla propria esistenza. La costituzione di un archivio autobiografico dei detenuti avrebbe un grande valore ermeneutico. Molto ci potrebbe dire sullo stato della giustizia e del *welfare*. Ci aiuterebbe a decodificare il modello sociale esplicativo del carcere nella sua interezza.

In secondo luogo, vi è un bisogno di tipo educativo. I tassi di alfabetizzazione delle persone presenti nelle carceri sono ben più bassi rispetto a quelli della società libera. Un *gap* che segna irrimediabilmente i destini delle persone detenute fino a condizionarne anche le capacità di avvalersi efficacemente dagli strumenti messi a disposizione dal diritto prima, durante e dopo la carcerazione. Il bisogno educativo è solo parzialmente colmato attraverso la predisposizione di corsi di istruzione all'interno delle carceri. I detenuti non sono messi nelle condizioni di studiare serenamente ed efficacemente. La possibilità di studiare è elargita più che garantita. Non sono pochi i casi di detenuti che entusiasticamente iniziano un percorso di studio e poi rinunciano disillusi, viste le pratiche asfissianti di controllo e gli irragionevoli impedimenti. Sembra quasi che vi sia una regia, più o meno occulta, diretta a voler impedire la crescita culturale del detenuto. Sembra quasi voglia perpetuarsi una subalternità di classe e culturale, che usa il carcere quale insuperabile barriera sociale<sup>3</sup>.

C'è, poi, un bisogno di tipo relazionale e affettivo che la legislazione vigente non consente appieno di assecondare. Telefonate e colloqui visivi sono regolamentati in un modo così rigido da impedire un'effettiva

garanzia del diritto a vivere in modo profondo i propri affetti e le proprie relazioni. Nella vita quotidiana, ogni essere umano ha momenti di debolezza, di tristezza, di solitudine, di inspiegabile cambio di umore, o semplicemente dubbi su questioni più o meno rilevanti, che richiederebbero risposte da persone care o vicine. Nella vita di tutti i giorni, il bisogno di relazioni umane fa fatica a essere chiuso dentro i tempi definiti e rigorosi della vita carceraria. A differenza che in altri Paesi, in Italia l'uso del telefono è fortemente ridotto (dieci minuti a settimana) e la sessualità è del tutto negata. Tutto ciò contribuisce a isolare la persona reclusa e a far accrescere la quota non soddisfatta dei suoi bisogni affettivi e relazionali<sup>4</sup>.

Tra i bisogni più sentiti delle persone detenute, vi è quello legale. L'esecuzione penale non è facilmente intellegibile. È un mosaico intricato di norme internazionali, di leggi nazionali, di leggi regionali, di circolari amministrative, di ordini di servizio delle singole direzioni carcerarie. Le norme secondarie sono quelle che più incidono sulla vita e sui diritti delle persone detenute, ma sono anche le meno note. A volte sono richiamate in modo oracolare senza che sia possibile ricostruirne la fonte o l'origine nel tempo. Il detenuto, per *gap* linguistico o educativo, non riesce a districarsi, poco ci capisce e non sa come attivare strumenti di garanzia che l'ordinamento mette ipoteticamente a sua disposizione. La composizione sociale delle carceri rende evidente quanto insoddisfatto resti il bisogno legale, inteso nella sua interezza. Bisogni sociali e bisogni legali sono tra loro incrociati e dipendenti. La vita reclusa, inoltre, nel momento in cui separa la persona dai propri affetti, costringe la persona detenuta ad aggrapparsi a tutto pur di costruire una relazione umana. Il bisogno legale è, pertanto, connesso anche a quello relazionale.

## 2. Una risposta equa al bisogno legale

In carcere non è possibile distinguere la sfera legale da tutte le altre sfere. Enorme è la componente umana che, per mancanza di risorse economiche, sociali, educative, linguistiche, vive costantemente il rischio di un trattamento legale infra-murario non equo. Il tentativo di garantire una più equa soddisfazione dei bisogni legali non può prescindere dalla coscienza della discriminazione di fatto prodotta dalla

2. Si deve a Duccio Demetrio la teorizzazione del metodo e del pensiero auto-biografico. Vds. D. Demetrio, *Raccontarsi. L'autobiografia come cura di sé*, Raffaello Cortina, Milano, 1996.

3. S. Migliori, *Carcere, esclusione sociale, diritto alla formazione*, Carocci, Roma, 2007.

4. Per ciò che riguarda tutte le innovazioni introdotte con la recente riforma dell'ordinamento penitenziario (decreti legislativi nn. 121, 123 e 124 del 2 ottobre 2018, entrati in vigore il successivo 10 novembre), vds. P. Gonnella (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2019.

natura selettiva del sistema penale e dall'essenza punitiva del carcere.

Una gran quota di detenuti proviene da classi sociali subalterne, è tecnicamente povera, convive con doppie diagnosi (problemi di salute mentale e di dipendenza da sostanze), proviene da luoghi lontani. Soffre, dunque, di solitudine e ha una varietà di bisogni, di cui quello legale è una sorta di "grande coperta". Se queste sono le premesse, si può costruire una forma consapevole di supporto e informazione legale diretta a ridurre il tasso di iniquità che si respira nelle prigioni.

La vita penitenziaria è scandita da tanti momenti, tutti regolamentati e tutti incidenti sulla qualità della vita delle persone recluse nonché sulla loro libertà di movimento. La vita nelle sezioni, la possibilità di lavorare, di andare a scuola, di essere retribuiti se si è impegnati in attività lavorative, di essere trasferiti vicino ai propri affetti, di incontrare amici e fidanzate, di essere o meno espulsi verso il proprio Paese di origine, di essere curati in modo adeguato, di essere risarciti se ingiustamente detenuti in spazi insufficienti o in condizioni degradanti, di essere correttamente giudicati in un procedimento disciplinare, di non essere isolati a lungo, di poter pregare, di mangiare adeguatamente anche se malati, di poter vedere la televisione anche di notte, di avere acqua fresca a disposizione, di vivere in luoghi igienicamente dignitosi, di essere perquisiti in modo non degradante sono tutti esempi che non esauriscono il campo possibile dei bisogni legali dentro il carcere. Si tratta di bisogni che non facilmente trovano risposte nella difesa tecnica personale del detenuto, in parte perché si tratta di fatti che attengono alla vita quotidiana detentiva e che non richiedono un supporto legale tradizionale obbligatorio; in parte perché si tratta di questioni non coperte dalla legge sul gratuito patrocinio; in parte perché è richiesta una competenza penitenziaria specifica che, a volte, neanche gli avvocati hanno.

A tutto questo deve rispondere uno sportello di informazione connesso a una clinica legale universitaria. Ossia, esso deve coprire dei vuoti di tutela, senza mettersi in competizione con il mondo dell'avvocatura.

### 3. Una breccia nello Stato corporativo

In Italia il diritto di difesa è considerato inviolabile in ogni stato e grado del procedimento dall'articolo 24 della Costituzione. L'art. 24 dice anche qualcosa di più incisivo, che va adeguatamente interpretato e circostanziato: «sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione». L'esecuzione della pena, con tutto ciò che riguarda la vita nelle carceri e le richieste di accesso a benefici premiali, fuoriesce dal contenzioso tradizionale garantito dall'obbligatorietà della

difesa tecnica. In Italia non ci si può difendere da soli, tranne che in carcere. Un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme in materia di esecuzione penitenziaria è quella che legittima la previsione di forme di gratuito patrocinio per i detenuti non abbienti a sostegno della litigiosità e delle istanze che nascono nel contesto di detenzione.

Nessuno, in Italia, può intromettersi nella difesa tecnica. Il sistema dell'avvocatura è impenetrabile dall'esterno, nel senso che l'ordine degli avvocati garantisce i suoi iscritti contro chi si accaparra clienti indebitamente o slealmente. Tutte quelle università o associazioni che mettono in piedi progetti di informazione legale all'interno di un carcere devono evitare di incorrere nell'opposizione dei consigli dell'ordine che tendono a fare scudo dei propri iscritti. Agli avvocati di fiducia o di ufficio spetta la gestione del merito del processo e nessuno può interferire. E probabilmente è giusto che sia così. Resta, però, il tema etico concernente il che fare quando ci si rende conto che quella difesa è grossolanamente errata oppure del tutto assente, come accade in alcuni casi di difesa d'ufficio. La difesa corporativa, purtroppo, a volte perpetua le iniquità e non aiuta a svelare i comportamenti deontologicamente non corretti.

Gli sportelli in carcere, istituiti dalle università e dalle associazioni, costituiscono uno sguardo privilegiato sul malfunzionamento dei meccanismi di protezione legale gratuita e della difesa d'ufficio. Si scontrano due etiche: quella della esclusività e intangibilità del rapporto tra il detenuto e il suo difensore (di fiducia o d'ufficio che sia) e quella della garanzia di un trattamento legale equo di una persona priva di adeguati strumenti economici o culturali individuali. Si tratta di una contrapposizione irrisolvibile sulla base del manicheismo legislativo e che deve trovare, nella ragionevolezza degli attori in gioco, una soluzione caso per caso.

Il detenuto non è un'entità monolitica capace di distinguere tra la questione penale o processuale che lo vede protagonista e i fatti di vita penitenziaria. Quando incontra un qualcuno disposto ad ascoltarlo, lo travolge comprensibilmente di domande, quesiti, richieste di aiuto che riguardano il processo in corso, la misura cautelare subita o la salute negata. Di tutto questo parla con la stessa enfasi e disperazione. Nella consapevolezza della salvaguardia della concorrenza e nel rispetto assoluto della difesa tecnica, a questi bisogni si deve comunque rispondere.

### 4. Le potenzialità e i limiti delle cliniche legali penitenziarie

La clinica legale in un carcere dovrebbe originare un circolo virtuoso, che faccia dialogare mondi che ra-



ramente comunicano. Le cliniche legali rispondono a un'esigenza di formazione degli studenti e di organizzazione non cattedratica e convenzionale della didattica. Allo stesso tempo, assolvono a un impegno di tipo sociale dei dipartimenti universitari di giurisprudenza, altrimenti confinati dentro i limiti asfittici di un sapere formale ancorato alla manualistica tradizionale<sup>5</sup>.

Le cliniche legali, pur nell'innovatività di una formazione sul campo che avviene attraverso l'analisi e la presa in cura di singoli casi, hanno la loro forza nel costruire un ponte verso persone e luoghi dove c'è ontologicamente un bisogno di tutela, o ancor meglio una carenza strutturale di protezione giuridica. Dunque le cliniche legali dovrebbero contribuire a ridurre quel divario di uguaglianza che rende la legge inflessibile, dura, senza speranze per taluni e garantista, flessibile, tollerabile per altri. L'obiettivo circolare a cui una clinica legale dovrebbe rispondere in un contesto penitenziario è quello di fornire agli studenti gli strumenti teorico-pratici per offrire un'adequata forma di sostegno informativo alle persone detenute che si rivolgono alla clinica stessa, contribuendo a renderle più coscienti dei loro diritti.

Il carcere vive in un'insanabile e probabilmente irrisolvibile contraddizione<sup>6</sup>: dovrebbe essere il luogo in cui si ricostituisce il patto sociale rotto con il reato, in cui si ripristina la legalità perduta. Dovrebbe, quindi, essere il luogo della legalità perfetta, della sovrapposizione, senza sbavature, tra realtà e norme. La sua natura di istituzione chiusa, e dunque opaca, trasforma, o meglio, degrada quest'ambiziosa pretesa di legalità perfetta in un'antinomia densa di ambiguità. Le cliniche legali penitenziarie, nel prevedere forme di sostegno informativo legale delle università ai detenuti, prendono atto di queste ambiguità e del falso mito della funzione rieducativa della pena, per modellare un intervento diretto a garantire forme di protezione ugualitaria della dignità umana.

## 5. L'etica e il diritto

Come detto, la normativa che regola la vita nelle carceri non è confinabile all'interno del solo ordinamento penitenziario. Vi sono norme a livello superiore, costituzionale e internazionale, che si incrociano con norme regolamentari, norme amministrative di secondo livello e ordini di servizio di sin-

goli direttori. Il tutto va a comporre un mosaico dove, spesso, mancano le tessere e le prassi sono confuse con la legge. Altrettanto rilevante è la dimensione giurisprudenziale. Alla *case-law* della Corte europea dei diritti umani (non solo quella riguardante l'Italia) si deve aggiungere il complesso delle sentenze della Corte costituzionale, della Corte di cassazione e di quelle di merito, in particolare delle ordinanze dei giudici di sorveglianza. Coloro che prendono parte a un progetto di informazione legale devono perciò avere un *background* formativo specifico rilevante, sapersi muovere tra dimensione costituzionale, dimensione internazionale, dimensione penale, dimensione penitenziaria, senza trascurare le dimensioni amministrativa e civilistica. C'è un sapere teorico, dunque, che non va sottostimato e che deve affiancarsi a un sapere non manualistico. Infatti, affinché uno studente diventi un buon operatore di clinica legale, deve avere anche conoscenza dell'organizzazione e delle gerarchie presenti all'interno di un carcere. Deve sapere a chi deve dare del "lei", a chi può dare del "tu", fino a che punto può osare per chiedere la soluzione di un problema che nulla ha a che fare con il diritto, ma che tutto ha a che fare con la natura assoluta di una vita comunitaria ingabbiata.

La condizione di detenzione è tale da stravolgere i bisogni e le richieste di aiuto, da trasformare una seduta per un consiglio legale in un'occasione imperdibile per poter essere ascoltati da qualcuno. Il carcere è un'istituzione assoluta, dove tutto va richiesto, anche ciò che è parte del proprio statuto di essere umano. Tutto è messo nel gioco della negoziazione, quotidianamente. Senza avere chiara la distinzione, già proposta all'inizio di questo articolo, tra funzione normativa della pena e suo scopo di legittimazione sociale, mal si fa il proprio lavoro di consigliere "legale".

Si suol dire, a proposito delle cliniche legali, che con esse si "impara facendo". C'è un'etica che dovrebbe essere spiegata, raccontata, insegnata e che dovrebbe permeare di sé la didattica e, a seguire, la parte pratica di una clinica legale penitenziaria: è l'etica dell'ascolto. Qualunque medico clinico lo potrebbe confermare<sup>7</sup>. Non si può essere buoni medici se non si sa ascoltare. Allo stesso modo, non si può essere buoni avvocati, e buoni operatori penitenziari, se non si è disposti all'ascolto.

«Vasudeva ascoltò con grande attenzione. Tutto assimilò ascoltando: nascita e fanciullezza di Sid-

5. Vds. A. Maestroni, *Accesso alla giustizia, solidarietà e sussidiarietà nelle cliniche legali – Cliniche legali*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2018.

6. Contraddizione, ma anche utopia, perfettamente intuita e spiegata da Altiero Spinelli in P. Gonnella e D. Ippolito (a cura di), *Bisogna aver visto. Il carcere nella riflessione degli antifascisti*, Edizioni dell'Asino, Roma, 2019.

7. Vds. U. Veronesi e M. Pappagallo, *Ascoltare è la prima cura*, Sperling & Kupfer, Segrate (Mi), 2016.

*dharta, tutti i suoi studi, tutto il suo gran cercare, tutta la gioia, tutta la pena. Tra le virtù del barcaiolo questa era una delle più grandi: sapeva ascoltare come pochi (...). Siddharta sentì quale fortuna sia imbattersi in un simile ascoltatore, affondare la propria vita nel suo cuore, i propri affanni, la propria ansia di sapere. (...) “Ti ringrazio” disse Siddharta “... ti ringrazio anche di avermi ascoltato così bene! Sono rari gli uomini che sanno ascoltare, e non ho mai incontrato uno così bravo come te”».*<sup>8</sup>

Un pessimo medico pontifica, guarda le carte, non ascolta, prescrive. Ugualmente, un pessimo operatore del diritto veleggia sulle ali del diritto positivo, legge gli atti scritti, non ascolta, giudica. In carcere, la somma di tanti piccoli problemi produce un'infelicità. Molti piccoli o meno piccoli problemi si risolvono con la capacità di ascolto olistico, con il sapiente uso della diplomazia nei rapporti, con le relazioni personali e istituzionali, attraverso i *media*. Infine, soltanto talune volte, i problemi si risolvono con il diritto.

Oltre all'etica dell'ascolto, vi è quella della responsabilità. In carcere non si può tradire l'aspettativa di chi aspetta una risposta e la potrà avere solo in un incontro personale. L'amministrazione penitenziaria impedisce, infatti, un uso libero del telefono o della *mail* attraverso cui potrebbe velocizzarsi l'acquisizione di un'informazione, il cui mancato possesso produce ansia e trepidazione nel detenuto. Essere responsabili significa saper ascoltare e assicurare al detenuto richiedente una risposta – negativa, interlocutoria o affermativa che sia. Il detenuto vive spesso nella condizione di chi fa domande (o meglio, “domandine”) al direttore del carcere o al comandante di reparto o al magistrato di sorveglianza, ma non ha diritto alla risposta. L'etica della responsabilità di un operatore del diritto comprende il dovere morale di dare una risposta, di non scomparire, di assicurare una periodica presenza all'interno del carcere, nel giorno e nell'ora prestabiliti. In questo modo, il circolo virtuoso della responsabilità si salda con gli obblighi di natura deontologica e professionale. Se si prende un impegno, si mantiene. Anche questo fa parte della didattica per chi, in futuro, vorrà essere avvocato, magistrato, notaio.

## 6. Il luogo della clinica

Una clinica penitenziaria svolta a distanza, che non si sporchi le mani con gli odori, i ritmi, i tempi morti, i tempi persi, le assurdità, le irragionevolezza,

la vita delle galere, avrebbe un impatto limitato perché non costituirebbe occasione formativa per gli studenti e, allo stesso modo, determinerebbe una maggiore ritrosia ad affidarsi da parte dei detenuti. Il rapporto tra detenuto e operatore della clinica si trasforma, attraverso la conoscenza personale, in rapporto fiduciario. Il detenuto ha bisogno di tempo per potersi affidare, anche in considerazione della giovane età dell'ascoltatore, che potrebbe essere associata a inesperienza. Dunque il rapporto diretto, personale in ambiente detentivo consente di superare quelle vischiosità interpretative che, altrimenti, si andrebbero a consolidare. Entrare in un reparto detentivo per ascoltare i bisogni legali di un detenuto ha di per sé un valore simbolico. Rompe l'idea della priorità esclusiva dei custodi nei confronti dei custoditi, rende il carcere un po' meno opaco di quel che è o vorrebbe essere. Inoltre, la presenza fisica dell'operatore legale tra poliziotti, educatori, medici, preti, volontari, direttori facilita la conoscenza dei meccanismi di reclusione, ma anche la conoscenza delle persone stesse. Senza la conoscenza del divario tra pena legale e pena reale, l'aiuto penitenziario risulterebbe ben poco effettivo.

Se un detenuto, ad esempio, si lamenta che è mal curato nell'infermeria del carcere, bisogna avere chiaro cosa è un'infermeria, averla vista. Se un detenuto vuole essere spostato da una sezione ritenuta “particolare”, bisogna sapere che in quel carcere esiste una sezione più dura delle altre. Se un detenuto chiede di poter lavorare, bisogna sapere quanti detenuti lavorano in quel carcere e cosa fanno. Se un detenuto si lamenta degli spazi insufficienti nella cella, è utile averla vista almeno una volta. Se un detenuto si lamenta dei luoghi dove esce all'aria aperta, utile è conoscere i cubicoli. E così via procedendo. La conoscenza dei luoghi, delle procedure informali, delle prassi che si ripetono stancamente, delle dinamiche materiali di potere (non è detto che in carcere decida chi è il più alto in grado) aiuta a muoversi in modo adeguato nella prospettiva di una efficace e concreta soluzione al caso proposto.

## 7. Roma Tre e le carceri romane

Il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre ha inteso la clinica legale penitenziaria quale uno dei cardini di una più ampia filiera formativa sui temi della pena<sup>9</sup>. In sintesi, il modello prescelto, nonché funzionante da alcuni anni, è il seguente:

8. H. Hesse, *Siddharta*, Adelphi, Milano, 1995, pp.144 ss.

9. Molte delle attività promosse dall'Università Roma Tre che riguardano la questione penitenziaria sono nate per iniziativa di Marco

frequenza di un corso teorico-pratico di «Diritti dei detenuti e Costituzione», all'interno del quale sono anche analizzati casi pratici; svolgimento di parte del corso all'interno di uno degli istituti di pena romani; attivazione di uno sportello di informazione legale presso le carceri di *Regina Coeli* e Rebibbia femminili; accordo con l'associazione Antigone per la gestione settimanale delle attività dello sportello; selezione, tra gli studenti che hanno seguito il corso, di coloro i quali si rendono disponibili a recarsi presso le carceri per i colloqui con i detenuti; formazione permanente degli studenti sia sugli aggiornamenti legislativi che sugli approfondimenti teorici; presenza settimanale nelle carceri senza soluzione di continuità nel tempo, ossia senza pause nei periodi festivi; costituzione di gruppi di lavoro seguiti e diretti da esperti penitenziari; formalizzazione di un accordo con il garante regionale delle persone private della libertà grazie al quale si prevede che lo sportello universitario in carcere sia anche il *front desk* dell'autorità garante.

Quasi cento sono stati gli studenti sinora coinvolti con un impegno personale di almeno un anno di presenze in carcere. Oltre mille i detenuti che, nel tempo, sono stati ascoltati. Centinaia gli atti formalizzati. Più rara è l'attivazione del contenzioso, in quanto in carcere la prima soluzione a portata di mano è sempre una soluzione non conflittuale, per non esacerbare i conflitti e per evitare il rischio di ritorsione nei confronti dei detenuti. In generale, i temi sollevati con più frequenza sono: salute, anagrafe, lavoro, permessi di soggiorno, territorialità della pena, accesso alle misure alternative.

La doppia domanda che bisognerebbe legittimamente porsi è la seguente: è migliorata la qualità

della vita legale e sociale dei detenuti oppure no? È accresciuta la capacità formativa e professionale degli studenti coinvolti? Le due domande sono tra loro correlate. Non si può rispondere negativamente a una e affermativamente all'altra. Sarebbe un controsenso. Il viaggio tra le due risposte deve essere necessariamente parallelo, la sintonia totale. La soddisfazione dei bisogni legali dei detenuti è correlata alla capacità di chi offre loro risposte. Un'abilità che è data dalla conoscenza, ma anche dall'esperienza. Il carcere è un luogo che va conosciuto antropologicamente e non solo normativamente. Il carcere è, però, anche un luogo che impone interrogativi deontologici. Che fare nel caso di un detenuto morto suicida che si era rivolto agli operatori dello sportello universitario? Sul piatto della bilancia puoi mettere tutto, ma non la vita e l'integrità psico-fisica delle persone. I limiti dettati dalla coscienza devono diventare bussola per l'azione professionale.

Non è facile, in conclusione, fare un consuntivo o esprimere una valutazione definitiva intorno al servizio reso in una prigione da una clinica legale. Essa risponde a un bisogno complesso e articolato. Deve qualificarsi come un servizio flessibile, profondo, motivato, giuridicamente colto, eticamente solido. Nonostante tutto ciò, potrebbe comunque avere un tasso di efficacia ridotto, con frustrazione crescente di chi opera in istituto. È inevitabile che ciò possa accadere: il carcere è onnivoro, è più forte. Il servizio legale di un'università deve incunearsi negli embrioni di tutela lasciati vuoti dall'istituzione, deve allargarli sapendo che risolvere un singolo caso (il diritto all'identità anagrafica, alla salute, agli affetti di un detenuto) non è poca cosa. Tutti siamo uno.

## Un modello di formazione giuridica esperienziale \*

di David B. Oppenheimer

La “Berkeley Law”, dove apprendere attraverso l’esperienza è un aspetto costitutivo della formazione universitaria, si colloca alle origini delle cliniche legali. Decine di progetti attivi, nella varietà dei percorsi di studio possibili, e la collaborazione offerta da avvocati praticanti, magistrati e docenti specializzati permettono agli studenti l’incontro con realtà di vita e soggetti i cui diritti fondamentali sono quotidianamente violati. Le “skills” si traducono, allora, non tanto (o non solo) in condizione di successo professionale, ma di prossimità del giurista al mondo conflittuale in cui è immerso. In tale prospettiva, la *pratica* del diritto diventa *cultura*.

Negli Stati Uniti come in Europa, la maggior parte dei professori di materie giuridiche definisce il nostro lavoro in termini di ricerca. Possiamo amare l’insegnamento e considerarlo una parte importante e impegnativa del nostro lavoro. Possiamo essere molto orgogliosi e soddisfatti del servizio pubblico che prestiamo per la nostra università, l’accademia e comunità più ampie. Il nostro lavoro *pro bono* può starci particolarmente a cuore, ma per la maggior parte di noi l’attività di ricerca è al centro della nostra identità professionale.

Eppure, tanto per i nostri studenti quanto per la comunità dei giuristi, la facoltà di giurisprudenza è una scuola professionale, e la nostra responsabilità professionale consiste nel formare futuri giuristi. Alcuni dei nostri studenti possono diventare studiosi ed entrare all’accademia, ma la maggior parte avrà accesso alle professioni legali e sarà un pratico del diritto. Pertanto, una critica costante della natura della formazione giuridica ha interessato la nostra eccessi-

va preoccupazione per la dottrina a scapito della pratica del diritto<sup>1</sup>. La nostra risposta tradizionale è che insegniamo agli studenti l’analisi giuridica, a pensare come pensano gli avvocati, basandoci sulla professione legale per trasmettere loro le capacità funzionali alla pratica forense.

Come scrivono Rebecca Sandefur e Jeffrey Selbin, «Le scuole giuridiche insegnano agli studenti a pensare come avvocati, non a comportarsi come loro. In altre parole, se esse predispongono adeguatamente gli studenti a ragionare in modo analitico (la dimensione *cognitiva*), non fanno altrettanto per la pratica del diritto (la dimensione relativa alle *skills*), né trasmettono loro a sufficienza un senso di responsabilità professionale e di dovere pubblico (la dimensione *civica*)»<sup>2</sup>.

All’inizio del ventesimo secolo, poche voci autorevoli nell’ambiente americano della formazione giuridica cominciarono a chiedere alle scuole di inserire l’insegnamento “clinico” per migliorare la formazione

\* Traduzione di Mosè Carrara Sutour.

1. Per una discussione esauriente sulla storia della formazione giuridica negli Stati Uniti, inclusa la critica alle modalità di insegnamento tradizionali, vds. R. Sandefur e J. Selbin, *The Clinic Effect*, in *Clinical Law Review*, vol. 16, 2009, p. 57 e Peter A. Joy, *The Uneasy History of Experiential Education in U.S. Law Schools*, in *Dickinson Law Review*, vol. 122, n. 2/2018, p. 551. Per una (rispettosa) critica della tradizionale metodologia di insegnamento delle scuole giuridiche, vds. Todd D. Rakoff e Martha Minow, *A Case for Another Case Method*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 60, n. 2/2007, p. 597.

2. R. Sandefur e J. Selbin, *The Clinic Effect*, op. cit., p. 58.

degli studenti, spesso comparando la loro didattica tradizionale (in senso sfavorevole) con i metodi clinici propri delle scuole mediche americane<sup>3</sup>. Incoraggiate dalla professione legale, le facoltà giuridiche iniziarono a offrire agli studenti l'opportunità di partecipare ad attività di assistenza legale, sebbene spesso extra-curricolari, sotto la supervisione di avvocati che non fossero titolari dello *status* di docente<sup>4</sup>. Nonostante le varie carenze iniziali, era nato un movimento che considerava il tirocinio "clinico" come parte integrante della formazione giuridica.

Le ricerche incentrate sulle modalità di apprendimento hanno contribuito a questo movimento, una volta acquisito che l'apprendimento esperienziale – cd. "*learning by doing*" – è spesso molto più efficace della lezione o del dialogo socratico, anche quando l'obiettivo consiste nella trasmissione di competenze analitiche<sup>5</sup>. Altre ricerche relative a quale sia, per un bravo giurista, la chiave della riuscita professionale, hanno ampliato la nostra comprensione delle competenze di cui gli studenti avranno bisogno<sup>6</sup>. Se in passato si pensava che le capacità analitiche e di scrittura fossero le abilità essenziali di un giurista, ora sappiamo che i nostri studenti devono imparare ad ascoltare, delegare, gestire, negoziare e praticare empatia e compassione.

Marjorie Shultz e Sheldon Zedeck hanno identificato per via empirica 26 fattori che contribuiscono efficacemente a questo processo<sup>7</sup>:

1. analisi e ragionamento: utilizzo di capacità analitiche, logica e ragionamento per affrontare le questioni e formulare conclusioni e pareri;
2. creatività/innovazione: pensare "fuori dagli schemi", sviluppando approcci e soluzioni innovative;
3. *problem solving*: identificare adeguatamente i problemi e ricavare soluzioni appropriate;
4. senso pratico: determinare approcci efficaci e realistici ai problemi;
5. fornire consulenza, pareri e costruire rapporti con i clienti in grado di rispondere alle loro esigenze specifiche;
6. individuazione dei fatti: abilità di identificare fatti e problemi rilevanti nel caso in esame;
7. ricerca del diritto da applicare: utilizzo di fonti e strategie appropriate per identificare i problemi e individuare soluzioni;
8. competenze orali: comunicare oralmente in modo articolato, coerente con la problematica e adeguato al pubblico cui è indirizzato il discorso;
9. competenze scritte: scrive in modo chiaro, efficace e persuasivo;
10. attitudine all'ascolto: saper percepire con precisione quanto detto sia in via diretta che implicita;
11. capacità di influenza e di *advocacy*: attitudine alla persuasione e a guadagnarsi il sostegno altrui;
12. domande e interviste: ottenere da altri le informazioni necessarie ad affrontare una questione o ad avviare una causa;
13. capacità di negoziazione: risolve le controversie con piena soddisfazione di tutte le parti interessate;
14. pianificazione strategica: elaborare piani e strategie per affrontare questioni e obiettivi attuali e futuri;
15. capacità di organizzare e gestire il (proprio) lavoro attraverso metodi e materiali ben organizzati;
16. organizzazione/gestione delle risorse umane (personale e colleghi), funzionale al raggiungimento degli obiettivi prefissati;
17. valutazione, sviluppo e *mentoring* nell'ambito della gestione, formazione e istruzione delle risorse umane, allo scopo di realizzarne il pieno potenziale;
18. sviluppo dei rapporti interni alle professioni forensi, con particolare attenzione alla qualità dei rapporti interpersonali, per perseguire obiettivi comuni;
19. interconnessione e sviluppo imprenditoriale: abilità a costruire relazioni d'affari vantaggiose e a raggiungere gli obiettivi finanziari del proprio gruppo;
20. coinvolgimento della comunità e prestazione di assistenza legale: contribuire a offrire competenze giuridiche alla comunità;
21. integrità e onestà (costituiscono valori e convinzioni fondamentali all'esercizio di un'attività professionale);

3. *Ibid.*, pp. 62-65.

4. Vds. Peter A. Joy, *The Uneasy History*, *op. cit.*

5. Vds. D.B. Oppenheimer, *Using a Simulated Case File to Teach Civil Procedure*, in *Journal of Legal Education*, vol. 65, n. 4/2016, pp. 819-821.

6. Vds. M. Shultz e S. Zedeck, *Predicting Lawyer Effectiveness: Broadening the Basis for Law School Admissions Decisions*, in *Law & Social Inquiry*, vol. 36, n. 3/2011, p. 620; K. Holmquist – M. Shultz – S. Zedeck – D. Oppenheimer, *Measuring Merit: The Shultz-Zedeck Research on Law School Admissions*, in *Journal of Legal Education*, vol. 63, n. 4/2014, p. 565.

7. M. Shultz e S. Zedeck, *Predicting*, *op. cit.*

22. capacità di gestire efficacemente situazioni di tensione e di *stress*;
23. passione e impegno: dimostrare interesse per il diritto e per i suoi meriti intrinseci;
24. diligenza: impegno e responsabilità nel raggiungere gli obiettivi e nell'assolvere i propri incarichi;
25. saper prestare attenzione alla crescita personale e avviare dei percorsi in quella direzione;
26. essere capaci di vedere il mondo attraverso gli occhi degli altri, comprendendone le condizioni, i punti di vista e gli obiettivi.

Nel ventunesimo secolo, la maggior parte delle facoltà di giurisprudenza americane è arrivata a integrare l'apprendimento esperienziale come una componente di rilievo del *curriculum* e un aspetto importante delle buone pratiche di insegnamento<sup>8</sup>. In parte, lo abbiamo fatto perché ci siamo convinti dell'efficacia dell'insegnamento esperienziale; in parte, perché la professione forense, che disciplina le scuole americane attraverso l'*American Bar Association* («ABA») e il Dipartimento della pubblica istruzione degli Stati Uniti, ha insistito su questo aspetto. L'accreditamento da parte dell'ABA richiede alle facoltà «uno o più corsi esperienziali per un ammontare cumulativo di almeno sei *credit hours* [almeno 6 ore a settimana per la durata di un semestre – *ndR*]. Tale insegnamento potrà essere un corso che preveda tecniche di simulazione, una clinica legale o un'esperienza svolta «sul campo»<sup>9</sup>. Le norme di accreditamento richiedono altresì la previsione di corsi di scrittura giuridica<sup>10</sup>

e di responsabilità professionale<sup>11</sup>, nonché di cliniche legali, esperienze sul campo e opportunità lavorative *pro bono*<sup>12</sup>. Oltre a queste modalità di accreditamento, la spinta ad ampliare l'ambito formativo giuridico di tipo 'clinico' è comunque arrivata, oltre che dall'ABA<sup>13</sup>, dalla società civile<sup>14</sup>.

Attualmente, in Europa sta avvenendo una trasformazione simile. Come osservano Alberto Alemanno e Lamin Khadar, «Il divario tra formazione e realtà giuridica appare particolarmente sorprendente in Europa, dove i giuristi e le loro istituzioni accademiche persistono nella loro storica riluttanza a intraprendere un'auto-riflessione (...). L'accademia giuridica europea rimane più interessata a discutere su che *cosa* insegnare piuttosto che su *come* insegnare»<sup>15</sup>.

Peraltro, gli stessi Autori proseguono riportando ampiamente come i dipartimenti giuridici universitari stiano avviando cliniche legali in tutta Europa, cambiando nel frattempo il modo di insegnare il diritto. Due delle nuove e importanti cliniche legali citate nel loro libro si svolgono in Italia, a Brescia<sup>16</sup> e a Torino<sup>17</sup>.

In questo breve saggio, porterò ad esempio la scuola di Berkeley per mostrare come la formazione giuridica americana abbia incorporato l'apprendimento esperienziale in ogni ambito curricolare, in collaborazione con la magistratura e la professione forense. Discuterò di come i giudici e gli avvocati praticanti rivestano un ruolo essenziale nella diffusione della formazione esperienziale. In conclusione, lavorare a più stretto contatto con la professione forense

8. Nel mio viaggio quarantennale (finora) attraverso la formazione giuridica americana, ho personalmente assistito alla maggior parte dei cambiamenti che ne hanno determinato la trasformazione. Ho fondato e diretto una clinica legale dedicata alle discriminazioni sul lavoro, tenuto corsi sullo sviluppo delle capacità di *advocacy* e insegnamenti a carattere dottrinale adottando metodi clinici, diretto un programma per l'acquisizione di competenze specifiche e contribuito a sviluppare e dirigere un programma *pro bono*.

9. *ABA Standards and Rules of Procedure for Approval of Law Schools*, section 303(a)(3), 2018.

10. *Ibid.*, section 303(a)(2), 2018.

11. *Ibid.*, section 303(a)(1), 2018.

12. *Ibid.*, section 303(b), 2018.

13. Vds., ad esempio, R. MacCrate - P. Martin - P.A. Winograd - J. Michael Norwood, *Legal Education and Professional Development – An Educational Continuum: Report of The Task Force on Law Schools and the Profession: Narrowing the Gap*, ABA, Chicago, 1992. Noto come «*MacCrate Report*», il documento esprime una critica indirizzata alle facoltà giuridiche statunitensi, che trascurerebbero l'insegnamento basato sulle cliniche legali e sullo sviluppo di competenze specifiche.

14. Vds., ad esempio, W.A. Sullivan - A. Colby - J.W. Wegner - L. Bond - L.S. Shulman, *Educating Lawyers: Preparation for the Profession of Law*, The Carnegie Foundation/Jossey-Bass, San Francisco, 2007, in cui si criticano le facoltà giuridiche statunitensi per le stesse ragioni.

15. A. Alemanno e L. Khadar (a cura di), *Reinventing Legal Education: How Clinical Education is Reforming the Teaching and Practice of Law in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 2.

16. Vds. M. Barbera, *The Emergence of an Italian Clinical Legal Education Movement: The University of Brescia Law Clinic*, in A. Alemanno e L. Khadar (a cura di), *Reinventing*, op. cit.

17. U. Stege e M. Veglio, *On the Front Line of the Migrant Crises: The Human Rights and Migration Clinic (HRMLC) of Turin*, in A. Alemanno e L. Khadar (a cura di), *Reinventing*, op. cit.

sarà compito delle università, che dovranno contemporaneamente dedicare maggiori risorse alla formazione clinica, potenziando l'assunzione di docenti specializzati a tempo pieno.

Alla "Berkeley Law"<sup>18</sup>, durante la prima settimana del loro primo anno di studi giuridici, gli studenti sono incoraggiati a partecipare ad almeno uno dei 33 progetti di assistenza legale denominati «*Student-Initiated Legal Services Projects*» (SLPS)<sup>19</sup>. Questi progetti sono stati tutti creati – e sono interamente diretti – dagli studenti della *Berkeley Law*<sup>20</sup>. Più di 50 avvocati praticanti dedicano centinaia di ore di volontariato alla supervisione del lavoro degli studenti. I progetti SLPS comprendono: la rappresentanza di rifugiati e richiedenti asilo; l'educazione dei giovani rispetto al fenomeno dei traffici illeciti; l'assistenza prestata ai richiedenti di fronte a una commissione disciplinare in casi di cattiva condotta da parte della polizia; la collaborazione con i detenuti in materia di giustizia riparativa; l'assistenza ai consumatori in caso di reclami inerenti ai loro diritti; il lavoro con i detenuti che sperimentano l'uscita dal carcere; la consulenza sui diritti dei disabili; l'assistenza prestata ai giovani privi di documenti (noti come "dreamers"); la partecipazione attiva a progetti di diritto ambientale; il lavoro sui problemi della fame e dei senzatetto; la ricerca di vertenze che riguardino la violazione di diritti umani; l'insegnamento nelle carceri minorili; la consulenza prestata a membri delle tribù native amerindiane in materia di diritto ambientale; l'assistenza degli inquilini nelle liti in materia di locazione a uso abitativo; la consulenza nella ricerca di dati anagrafici e negli *iter* relativi al cambio di genere; le ricerche in materia di normativa elettorale; la rappresentanza dei detenuti nelle udienze in cui è richiesta la liberazione condizionale; la ricerca sulla disciplina in materia di diritti riproduttivi; l'assistenza offerta a neo-imprenditori nella fase costitutiva dell'impresa; la rappresentanza delle vittime di violenza sessuale; infine, la rappresentanza dei lavoratori per le rivendicazioni salariali e le questioni connesse<sup>21</sup>.

La partecipazione a questi programmi è interamente volontaria; tuttavia, ben oltre il 90 per cento dei nostri studenti del primo anno prende parte almeno a un SLPS, mentre durante lo stesso periodo più della

metà di loro contribuisce con almeno 25 ore di lavoro *pro bono*. Ci piace affermare che, laddove in alcune scuole giuridiche l'attività prestata *pro bono* costituisce un *obbligo*, a Berkeley essa esprime una *cultura*.

Oltre ai programmi SLPS, gli studenti del primo anno organizzano viaggi durante le vacanze di primavera per lavorare con organizzazioni per i diritti dei soggetti indigenti, in diverse regioni degli Stati Uniti e al confine con il Messico. Questi viaggi di servizio alternativi organizzati dalla *Berkeley Law* (BLAST) comprendono, tra le varie destinazioni: le zone rurali del Kentucky, in collaborazione con un centro di assistenza legale per la lotta alla povertà; Los Angeles, dove opera un centro per l'assistenza ai senzatetto; il Texas meridionale, prestando supporto agli immigrati privi di documenti; il Mississippi, nell'ambito di un progetto specificamente dedicato alla difesa penale; nella californiana Central Valley, per lavorare a un programma sulla tutela giuridica delle vittime della povertà rurale; a Tijuana (Messico), a fianco dei rifugiati che chiedono asilo negli Stati Uniti<sup>22</sup>. Per dirigere a tempo pieno il «*Pro Bono Program*», la scuola finanzia un avvocato esperto, affiancato da due direttori di facoltà e da un assistente, garantendo la supervisione degli avvocati volontari che lavorano con i nostri studenti.

Tutti gli studenti del primo anno seguono un corso semestrale autunnale di ricerca e scrittura giuridica e, in primavera, un corso sulle modalità tecniche della difesa scritta e orale, che comprende esercitazioni dinanzi a un tribunale fittizio con avvocati e giudici volontari. Il *curriculum* del primo anno si concentra principalmente su argomenti dottrinali. Nondimeno, alcuni studenti del primo anno seguono corsi dottrinali obbligatori nei quali si fa uso dell'approccio esperienziale. Ad esempio, il mio corso di procedura civile è organizzato attorno a un caso di diritto civile simulato. Il primo giorno di lezione, gli studenti guardano e valutano la registrazione video di un'intervista con un cliente fittizio – nel caso di specie, una studentessa laureata sostiene che le sia stato negato l'alloggio per il fatto di essere una ragazza madre. Nel corso del semestre, gli studenti redigeranno porzioni di memorie, istanze di revoca o di modifica, richieste di sanzioni derivanti dal mancato rispetto della procedura di *di-*

18. Si tratta della denominazione attribuita, per consuetudine, alla facoltà di giurisprudenza della *University of California*, con sede a Berkeley.

19. Vds. il sito *web* della facoltà al seguente *link*: [www.law.berkeley.edu/experiential/pro-bono-program](http://www.law.berkeley.edu/experiential/pro-bono-program).

20. Vds. D. Oppenheimer - S. Schechter - S. Swaroop - T. Keady, *Berkeley Law's Student Initiated Legal Services Projects*, in *Journal of Legal Education*, vol. 62, n. 4/2013, pp. 621-630.

21. Vds., dal sito *web* della facoltà: [www.law.berkeley.edu/experiential/pro-bono-program/slps/current-slps-projects](http://www.law.berkeley.edu/experiential/pro-bono-program/slps/current-slps-projects).

22. [www.law.berkeley.edu/experiential/pro-bono-program/blast](http://www.law.berkeley.edu/experiential/pro-bono-program/blast).

*discovery*, ricorsi per procedimento sommario, oltre a un accordo transattivo<sup>23</sup>.

Come risultato dei programmi SLPS e BLAST, e del corso del primo anno sulla ricerca giuridica, la scrittura e la difesa legale, i nostri studenti si abitua- no a considerare la pratica e lo studio integrati sin dal principio della loro formazione giuridica. Le attività prestate *pro bono* e lo sviluppo di competenze prati- che costituiscono una parte essenziale del nostro *cur- riculum* del primo anno.

Nell'estate tra il primo e il secondo anno, la mag- gior parte dei nostri studenti lavora presso un ufficio per gli affari giuridici (governativo o di una ong), un ufficio giudiziario o uno studio legale. Una generazio- ne fa, ciò avrebbe corrisposto al primo incontro con la pratica del diritto, ma dato che la maggior parte degli studenti di Berkeley ha lavorato a un progetto di SLPS o di BLAST, essi giungono al primo lavoro estivo con una migliore predisposizione all'appren- dimento, possedendo almeno qualche esperienza di pratica riflessiva.

Nel secondo e terzo anno alla *Berkeley Law*, le opportunità di apprendimento esperienziale si espan- dono notevolmente. Gli studenti si possono iscrivere a cliniche legali interne all'università od organizzate da altri enti, a esperienze sul campo e a *practicums* (di cui si dirà più avanti), a corsi di formazione per futuri avvocati e a una miriade di progetti *pro bono*.

Dei circa 300 studenti in entrata, oltre 100 di loro, durante il secondo anno, prestano servizio come *leader* nei programmi SLPS e BLAST, coordinando volontariamente i gruppi in cui hanno svolto attività *pro bono* l'anno precedente.

Ogni semestre, quasi 100 studenti del secondo e terzo anno si iscrivono a tirocini, secondo le seguen- ti tipologie: 1) esperienze di lavoro *part-time* presso enti governativi locali o ong; 2) tirocini a tempo pieno presso l'ufficio di un tribunale o di una corte di ap- pello; 3) un programma *full-time* che unisca l'esper- ienza accademica a un periodo di internato all'Aia o a Washington D.C. (denominato «UCDC»); 4) espe- rienze a tempo pieno fuori dalla California del Nord (nazionali o internazionali)<sup>24</sup>. Ogni programma com- prende periodi di insegnamento accademico prima o – se necessario – durante il tirocinio, con particolare attenzione all'apprendimento riflessivo, alla respon- sabilità professionale e alle abilità acquisite in base al principio del “*learning by doing*”. Attraverso queste

esperienze, Berkeley ha preso accordi con centinaia di giudici e avvocati praticanti, che accettano di im- pegnarsi in un'attenta e rigorosa supervisione degli studenti. Senza il loro apporto, non potremmo offri- re quella varietà di esperienze che consente ai nostri iscritti di esplorare le infinite aree in cui prende for- ma la pratica del diritto.

Sempre con cadenza semestrale, la *Berkeley Law* offre circa 20/25 corsi per lo sviluppo di compe- tenze professionali, garantendo oltre 400 iscrizioni. Queste lezioni adottano la simulazione per insegna- re attraverso l'esperienza. Gli argomenti includono l'acquisizione di abilità spendibili sia in udienza sia nella fase anteriore al processo, la capacità di esibire prove documentali nell'ambito di un procedimento, lo sviluppo dell'attitudine a negoziare e a media- re, modalità di scrittura avanzate, competenze per l'esercizio della difesa in appello, capacità di *pro- blem-solving* e tecniche per l'elaborazione di tran- sazioni. La maggior parte di questi corsi è assicurata da avvocati e magistrati di grande esperienza. Più di 200 giudici e avvocati locali insegnano a tempo par- ziale alla *Berkeley Law*, tenendo corsi e seminari di formazione in settori specialistici del diritto, di cui sono esperti riconosciuti<sup>25</sup>.

In correlazione con questi corsi esistono anche at- tività didattiche di laboratorio, ossia sezioni dedicate allo sviluppo di abilità pratiche annesse ai corsi teo- rici. Ad esempio, un membro di facoltà a tempo pie- no può insegnare procedura penale a una classe nu- merosa di studenti, molti dei quali iscritti per piccoli gruppi a laboratori, che offrono esercitazioni simulate tratte dal materiale in programma e sono tenuti da illustri avvocati. Il nostro programma «*Startup @ Berkeley Law*» sponsorizza diversi laboratori e corsi pratici nei campi dell'imprenditoria, dell'innovazione aziendale, della proprietà intellettuale e degli investi- menti di *venture capital*.

Oltre ai corsi dedicati a specifiche capacità pro- fessionali, ogni semestre offriamo i cd. «*practicums*», che combinano l'insegnamento in aula – relativo a un particolare settore giuridico – con il lavoro sul campo sotto la supervisione di un istruttore o di un co-istru- tore. Questi corsi si tengono regolarmente in materia di violenza domestica, diritti dei veterani di guerra, giudizio di appello, contenzioso costituzionale, disci- plina delle piccole imprese, nuovo diritto societario, proprietà intellettuale e diritti umani. Anche in que-

23. Vds. D.B. Oppenheimer, *Using a Simulated Case File to Teach Civil Procedure: The Ninety-Percent Solution*, in *Journal of Legal Education*, vol. 65, n. 4/2016, p. 817; D.B. Oppenheimer et al., *Patt v. Donner: A Simulated Casefile for Learning Civil Procedure*, Founda- tion Press, St. Paul (Minnesota), 2019 (seconda edizione) - *cf.* [www.civilprocedurecasefile.com](http://www.civilprocedurecasefile.com).

24. [www.law.berkeley.edu/experiential/field-placement-program](http://www.law.berkeley.edu/experiential/field-placement-program).

25. [www.law.berkeley.edu/our-faculty/faculty-profiles](http://www.law.berkeley.edu/our-faculty/faculty-profiles).



sto caso, spesso i docenti a tempo pieno lavorano affiancati da giudici o avvocati locali.

Il fiore all'occhiello del nostro *curriculum* di formazione esperienziale è il programma "clinico". All'interno della facoltà, si tengono cliniche legali nei seguenti ambiti: diritto internazionale, tutela dei diritti umani, supporto legale alle politiche di interesse pubblico, pena di morte, diritto dell'ambiente, diritto delle nuove tecnologie e relativa disciplina della *privacy*. Ogni clinica è diretta da almeno uno dei 9 docenti preposti a tempo pieno, coadiuvati da avvocati "di supporto" (*staff attorneys*) e neolaureati in veste di cultori della materia. Le cliniche interne all'università provvedono una disponibilità di oltre 150 posti per ogni semestre.

Non si può sottovalutare l'importanza di assegnare incarichi ai professori di clinica legale. A differenza dei supervisor volontari del «*Pro Bono Program*» o degli istruttori *part-time* dei corsi dedicati ad abilità specifiche, i docenti di clinica legale a tempo pieno hanno il dovere prioritario di insegnare ai nostri studenti valori e competenze propri di un buon avvocato. Proprio per il *focus* sull'insegnamento, questa particolare categoria di docenti interni è assunta secondo la stessa procedura destinata agli altri colleghi, ma la valutazione è fatta in base a un diverso insieme di *standard*. La maggior parte dei docenti è valutata secondo tre criteri, nell'ordine che segue: ricerca, didattica e attività amministrativa. Invece, il potenziale titolare di un corso di clinica legale sarà valutato – sempre in ordine di priorità – in base alla didattica, ai riconoscimenti professionali e ai contributi e, infine, all'attività amministrativa. Per questa categoria, la didattica rappresenta il criterio prioritario. E mentre i riconoscimenti professionali e i contributi includono il lavoro creativo e originale, che può assumere la classica forma dell'elaborazione dottrinale, la ricerca e la scrittura possono anche rispondere alle esigenze della professione legale, del contenzioso o a tentativi di riforma giuridica<sup>26</sup>.

La nostra clinica legale dedicata alla protezione internazionale dei diritti umani interessa persone e comunità di tutto il mondo. Tra i recenti progetti legati a casi specifici, citiamo: un'indagine indipendente condotta sull'omicidio di un attivista per i diritti umani in Honduras; la rappresentanza della famiglia di una vittima di omicidio commesso in spazio tran-

sfrontaliero dinanzi alla Commissione interamericana dei diritti umani; la redazione di un rapporto di inchiesta sullo sfruttamento e l'abuso sessuale a danno di civili da parte di membri delle forze di pace delle Nazioni Unite; la stesura di una relazione che documenti la situazione dei difensori dei diritti umani delle donne e delle persone LGBTQ; la presentazione, in qualità di *amicus curiae*, di una "carta" ("*brief*") a sostegno dei procedimenti contro i crimini di guerra in Uganda; la rappresentanza delle vittime degli atti compiuti in Colombia dai *leader* paramilitari<sup>27</sup>. La clinica è composta da due professori a tempo pieno, coadiuvati da uno *staff attorney* e da diversi cultori della materia.

La nostra clinica legale di supporto alle politiche pubbliche riunisce studenti di giurisprudenza e di *public policy* e «persegue strategie alternative al contenzioso per far fronte a sistematiche ingiustizie a base razziale, economica e sociale»<sup>28</sup>. La clinica si è concentrata, con grande successo, sull'eliminazione delle sanzioni pecuniarie e delle spese processuali imposte alle persone a basso reddito dal sistema giudiziario penale, con un'enfasi particolare sulle misure destinate ai giovani e ai senzatetto. Dopo un'attività di ricerca, i partecipanti alla clinica, facendo pressione con successo sulla Legislatura statale della California, hanno redatto un disegno di legge che vieta alle contee di imporre ai minorenni il pagamento delle spese processuali. Il lavoro della clinica ha contribuito a far nascere un movimento nazionale per la soppressione di queste misure<sup>29</sup>. La clinica è formata da un docente a tempo pieno, da un avvocato "di supporto" a tempo pieno e da due cultori della materia.

La clinica sulla pena di morte rappresenta le persone che, condannate alla pena capitale dalle corti statali degli Stati Uniti, contestano tale condanna o il metodo con il quale dovrà essere eseguita. Da quando, nel 2001, questa clinica è stata lanciata, più di 250 studenti della *Berkeley Law* hanno collaborato a rappresentare legalmente circa 30 uomini e donne che stavano affrontando la pena di morte, sotto la supervisione di due professori a tempo pieno, un avvocato e diversi cultori della materia. La clinica ha offerto assistenza legale a persone residenti in Alabama, Arizona, California, Georgia, Louisiana, Carolina del Nord, Carolina del Sud, Texas e Virginia. Il lavoro della clinica è stato indispensabile al raggiungimento di una

26. Vds. D.B. Oppenheimer, *The University of California at Berkeley School of Law, Standards and Procedures for Appointment and Promotion of Law School Clinical Faculty*, p. I (documento di archivio dell'Autore).

27. [www.law.berkeley.edu/experiential/clinics/international-human-rights-law-clinic/projects-and-cases/accountability-and-transitional-justice/#Border](http://www.law.berkeley.edu/experiential/clinics/international-human-rights-law-clinic/projects-and-cases/accountability-and-transitional-justice/#Border).

28. [www.law.berkeley.edu/experiential/clinics/policy-advocacy-clinic](http://www.law.berkeley.edu/experiential/clinics/policy-advocacy-clinic).

29. Vds., in proposito: [www.dailycal.org/2018/11/30/state-counties-must-relieve-youths-families-of-juvenile-fees](http://www.dailycal.org/2018/11/30/state-counties-must-relieve-youths-families-of-juvenile-fees).

soluzione pre-processuale, che ha evitato la morte a Jose Briseño e Fernando Garcia (entrambi del Texas), Sheree Murphy (Georgia), Brent Springford (Alabama) e Justin Slater (Virginia). In Alabama, un altro cliente, che stava affrontando una condanna a morte senza possibilità di liberazione condizionale, è stato significativamente rilasciato dal carcere per effetto dell'azione legale intrapresa dalla clinica a suo nome. La clinica ha, inoltre, contribuito ad assicurare l'annullamento della condanna a morte di Thao Lam in Louisiana, e le carte amicali redatte dalla clinica e presentate alla Corte suprema degli Stati Uniti a favore di Thomas Miller-El (Texas) e Allen Snyder (Louisiana) hanno contribuito all'annullamento delle loro condanne capitali a causa delle procedure di selezione dei giurati adottate dall'accusa, ritenute discriminatorie per ragioni razziali<sup>30</sup>.

La clinica di diritto ambientale lavora su cinque aree tematiche: i cambiamenti climatici, il diritto all'acqua, la riduzione delle sostanze tossiche, i cd. "green jobs" e l'accesso alla natura. Responsabile è un professore a tempo pieno, affiancato da uno *staff attorney* e da un cultore della materia. Nel quadro dei temi elencati, la clinica si occupa di contenzioso civile, contenzioso amministrativo, riforme legislative e istruzione pubblica<sup>31</sup>. Progetti recenti hanno riguardato: la citazione in giudizio dell'Agenzia per la protezione ambientale degli Stati Uniti (EPA) in merito alla necessità di aggiornare i piani federali di intervento contro gli sversamenti di petrolio, divenuti ormai obsoleti e pericolosi; il successo ottenuto come parte attiva di una coalizione che ha spinto la Commissione per i servizi pubblici della California a finanziare diversi progetti di energia pulita a favore delle comunità a basso reddito; la redazione di un rapporto sul diritto fondamentale all'acqua e ai servizi igienico-sanitari per i californiani privi di dimora.

La «*Samuelson Law, Technology and Public Policy Clinic*» lavora sui seguenti temi: tecnologie emergenti, *privacy*, proprietà intellettuale, libertà di parola, interessi dei consumatori e dei cittadini in materia di progettazione e impiego di tecnologie, creatività, innovazione e altre questioni meritevoli di un'informazione trasparente. A livello nazionale, è stata la prima clinica legale capace di offrire agli studenti l'opportunità di rappresentare l'interesse pubblico per una politica tecnologica affidabile attraverso la difesa dei cittadini e la partecipazione ad attività in ambito legislativo, regolamentare, processuale, e alla fissazione di *standard* tecnici compatibili con tale

interesse. Oggi, la *Samuelson* funziona sia come clinica legale in senso tradizionale che come "cantiere" di ricerca interdisciplinare e politicamente rilevante. Gli studenti coinvolti hanno assistito persone in cause che sono finite davanti alla Corte suprema degli Stati Uniti, alla Commissione federale per le comunicazioni, alla Commissione elettorale federale, alle Corti d'appello del sesto, nono e undicesimo circuito, alla Corte suprema della California, all'Assemblea e al Senato della California, e – per questioni tecniche e di *standard* – di fronte alla *Internet Engineering Task Force* e all'Organizzazione per l'evoluzione degli *standard* sull'informazione strutturata. Per conto dei propri assistiti, gli studenti hanno contribuito a redigere relazioni in materia di *privacy* degli elettori, tecnologie di gestione dei diritti digitali, diritti di proprietà intellettuale attinenti alla produzione e all'importazione di farmaci anti-retrovirali per combattere l'infezione da HIV, questioni di *privacy* sollevate dall'uso dell'elettronica nel sistema previdenziale per fornire sostegno finanziario agli indigenti, oltre a un'indagine sull'effetto del *Digital Millennium Copyright Act* sulla libertà di parola, la concorrenza e l'innovazione. Inoltre, con il progetto "*Chilling Effects*", la *Samuelson Clinic* ha sviluppato in modo collaborativo un centro per le risorse *online* per aiutare il pubblico degli utenti ad affrontare una serie di criticità giuridiche connesse all'uso di *internet*, inclusi *copyright*, diritto di marchio e violazione di brevetti<sup>32</sup>. Il personale docente è composto da due professori clinici a tempo pieno, assistiti da uno *staff attorney* e da un cultore della materia.

In aggiunta alle cliniche interne all'università, troviamo anche un ufficio per i servizi giuridici locale, che soddisfa le esigenze dei meno abbienti nella regione di Berkeley e Oakland: l'«*East Bay Community Law Center*» (EBCLC) è stato fondato dagli studenti della *Berkeley Law* negli anni ottanta e oggi rappresenta una componente importante del programma di studi clinico. Presso il centro operano 17 avvocati a tempo pieno, che prestano servizio come formatori clinici della *law school*. All'interno del centro sono attive 8 cliniche legali dedicate ai seguenti temi: 1) percorsi di riabilitazione penale («*Clean Slate Clinic*»); 2) giustizia economica per le comunità locali («*Community Economic Justice Clinic*»); 3) tutela dei consumatori a basso reddito («*Consumer Justice Clinic*»); 4) assistenza e diritto di accesso all'istruzione («*Education Advocacy Clinic*»); 5) salute e *welfare* («*Health and Welfare Clinic*»); 6) diritto all'abitazione («*Housing*

30. [www.law.berkeley.edu/experiential/clinics/death-penalty-clinic](http://www.law.berkeley.edu/experiential/clinics/death-penalty-clinic).

31. [www.law.berkeley.edu/experiential/clinics/environmental-law-clinic/clinic-news](http://www.law.berkeley.edu/experiential/clinics/environmental-law-clinic/clinic-news).

32. [www.law.berkeley.edu/experiential/clinics/samuelson-law-technology-public-policy-clinic/about](http://www.law.berkeley.edu/experiential/clinics/samuelson-law-technology-public-policy-clinic/about).

*Law Clinic*»); 7) diritto dell'immigrazione («*Immigration Law Clinic*»); 8) assistenza legale ai giovani («*Youth Defender Clinic*»). Ogni anno l'EBCLC offre servizi gratuiti a oltre 5.000 persone e «si impegna in una serie di strategie “dal basso” che includono l'azione legale, la promozione di nuovi strumenti legislativi e il supporto tecnico garantito ai programmi educativi e all'organizzazione della comunità locale»<sup>33</sup>.

La «*Clean Slate Clinic*» è rivolta alle persone a basso reddito accusate o condannate penalmente, il cui arresto sia stato cancellato dal casellario giudiziale una volta accertata la loro non colpevolezza effettiva. Inoltre, si interessa alla seguente casistica: casi di liberazione anticipata in regime di libertà vigilata, di annullamento o revoca di una condanna, di diniego o sospensione di licenze in base a precedenti penali, di riduzione o esenzione da sanzioni pecuniarie e spese processuali – e di estinzione dei relativi debiti –; infine, casi di istanze relative a prove sopravvenute di innocenza»<sup>34</sup>.

La «*Community Economic Justice Clinic*» si basa «sullo sviluppo economico orientato ai bisogni delle persone e sull'emancipazione delle comunità di colore a basso reddito per realizzare soluzioni a lungo termine che eliminino la povertà nella East Bay»<sup>35</sup>. Gli studenti e gli avvocati di supporto dell'EBCLC assistono le persone: nell'avviamento di un'impresa, di una cooperativa o di un'associazione senza scopo di lucro; nelle richieste di esenzione fiscale; per garantire il rispetto delle diverse normative (fiscale, in materia di impiego e *non-profit*) e i servizi correlati<sup>36</sup>.

La «*Consumer Justice Clinic*» è incentrata sulla rappresentanza dei consumatori a basso reddito nelle cause per il recupero dei crediti e nelle contestazioni dei pignoramenti di stipendio, dei prelievi bancari e di altri privilegi dei creditori. Tra le attività svolte, citiamo: l'istruzione dei consumatori contro pratiche di consumo predatorie, ingannevoli o sleali; la correzione di errori presenti nelle relazioni sui crediti; l'assistenza prestata alle vittime di furto di identità; la ricerca di soluzioni ad altri problemi connessi<sup>37</sup>.

La «*Education Advocacy Clinic*» rappresenta i giovani nelle procedure di espulsione scolastica, alle

riunioni dei programmi di istruzione individualizzati e in varie questioni relative alla tutela giuridica delle persone minorenni – bullismo, trasferimenti scolastici involontari, cattiva condotta della polizia. Essa fa riferimento ad altri servizi garantiti dall'EBCLC in materia di alloggi, immigrazione e servizi pubblici, e lavora a stretto contatto con la *Youth Defender Clinic*, che rappresenta i giovani nei procedimenti minorili<sup>38</sup>.

Con la «*Health and Welfare Clinic*» è offerta assistenza legale alle persone «che sono a rischio di condizioni di salute precaria a causa della povertà, che vivono in condizioni di insicurezza, senza una casa, che non hanno una copertura sanitaria adeguata e che versano in altre condizioni socialmente destabilizzanti. Questi servizi sono garantiti attraverso vari progetti (“*HIV/AIDS Law Project*”, “*Public Benefits & Justice Project*”, “*Medical-Legal Partnership*” e “*Name & Gender Change Workshop*”)<sup>39</sup>.

La «*Housing Law Clinic*» è basata «sulla difesa nelle azioni legali di sfratto intentate contro inquilini a basso reddito, mettendo l'accento sulla tutela delle locazioni a lungo termine per preservare il valore degli alloggi popolari. L'EBCLC, inoltre, dà priorità ai programmi di edilizia sovvenzionata e tutela gli inquilini affetti da disabilità. Infine, gli avvocati promuovono azioni legali positive per far rispettare la normativa statale relativa ai requisiti di abitabilità, alla tutela contro discriminazioni e ritorsioni, nonché all'esecuzione delle ordinanze locali di sfratto e concernenti in genere il controllo degli affitti»<sup>40</sup>.

Nella «*Immigration Law Clinic*» troviamo «una gamma completa di prestazioni giuridiche a titolo gratuito in favore di persone immigrate a basso reddito, su una varietà di questioni che riguardano la mobilità umana, con particolare attenzione ai gruppi più vulnerabili: persone affette da disabilità e malattie croniche, membri della comunità LGBTQ, persone minorenni e altre persone già assistite nel quadro dell'EBCLC, che affrontano problemi di diversa natura giuridica. Gli avvocati e i difensori dei diritti degli immigrati li rappresentano e li consigliano in materie quali l'adeguamento del proprio *status*, l'espulsione differita, la difesa contro le misure di espulsione, la naturalizzazione, l'asilo politico, la possibilità di ac-

33. [www.law.berkeley.edu/experiential/clinics/east-bay-community-law-center](http://www.law.berkeley.edu/experiential/clinics/east-bay-community-law-center).

34. Vds., dal sito *web* dell'EBCLC: <https://ebclc.org/need-services/clean-slate-services>.

35. <https://ebclc.org/need-services/community-economic-justice-clinic-services>.

36. Vds. il *link* indicato alla nota precedente.

37. <https://ebclc.org/need-services/consumer-justice-general-clinic-services>.

38. <https://ebclc.org/need-services/education-defense-justice-for-youth-services>.

39. <https://ebclc.org/need-services/health-and-welfare-services>.

40. <https://ebclc.org/need-services/housing-services>.

cesso ai benefici pubblici, le regole sui visti e la relativa disciplina delle esenzioni»<sup>41</sup>.

Infine, l'EBCLC promuove azioni legali positive e campagne di partecipazione alle politiche pubbliche, lavorando in sinergia con altri gruppi locali e consulenti *pro bono*, in diversi ambiti di rilievo per i cittadini californiani a basso reddito. Una descrizione dell'attività svolta nel 2018 si può leggere direttamente sul sito *web* del Centro<sup>42</sup>.

L'impatto complessivo di queste 13 cliniche, dei 33 progetti SLPS, dei 6 progetti BLAST, dei 6 *practicums* oltre che delle esperienze sul campo, degli internati giudiziari, dei laboratori e delle lezioni orientate alla pratica è almeno triplice. Innanzitutto, gli studenti e i docenti della *Berkeley Law* hanno un impatto straordinario sull'offerta di servizi giuridici e sull'amministrazione della giustizia nella nostra comunità. Chi

studia giurisprudenza alla *Berkeley* non ha bisogno di attendere la laurea per iniziare a influenzare la realtà locale e noi rendiamo questo aspetto una parte importante della loro formazione; parallelamente, sono 13 le riviste accademiche redatte dagli studenti<sup>43</sup>, impegnati nello studio della teoria, della dottrina e della pratica giuridiche. In secondo luogo, i nostri studenti beneficiano di una molteplicità di metodi di apprendimento: oltre alla lettura e all'ascolto, essi dialogano, discutono, riflettono, osservano, e – sempre di più – imparano facendo. In terzo luogo, l'integrazione di teoria, dottrina e pratica, che contraddistingue l'esperienza formativa della *Berkeley Law*, è possibile soltanto grazie a un investimento sostanziale da parte di questa istituzione nella formazione esperienziale e a una *partnership* convinta tra l'università, la magistratura e la professione legale.

---

41. <https://ebclc.org/need-services/immigration-services>.

42. <https://ebclc.org/about/year-in-review>.

43. Per una descrizione dettagliata, si fa rinvio al sito *web* della facoltà: [www.law.berkeley.edu/students/student-journals](http://www.law.berkeley.edu/students/student-journals).

## Il diritto nel prisma delle cliniche legali: un antidoto alla crisi degli studi giuridici?

di *Enrica Rigo e Maria Rosaria Marella*

Nella riflessione relativa alla crisi dell'insegnamento del diritto, le cliniche legali rappresentano un fattore di dinamismo e rinnovate passioni. Integrando ambiti di conoscenza diversi, la metodologia in esse applicata attraversa le missioni accademiche della didattica, della ricerca e del *public engagement*. Allo stesso tempo, esplicitando il punto di vista dell'osservatore, le cliniche legali offrono una prospettiva sul diritto fondamentale per la formazione del giurista, che si confronta con i processi della globalizzazione e del pluralismo giuridico.

**1. Le cliniche legali nella crisi dell'insegnamento del diritto / 2. Le cliniche legali nella formazione del giurista / 3. La prospettiva sul diritto attraverso le cliniche legali / 4. Cliniche legali, beni comuni e giustizia sociale**

### 1. Le cliniche legali nella crisi dell'insegnamento del diritto

L'affacciarsi sulla scena di un movimento globale delle cliniche legali<sup>1</sup>, nonché l'inaspettata diffusione che queste hanno conosciuto nei dipartimenti di giurisprudenza negli ultimi anni<sup>2</sup>, hanno coinciso con una rinnovata riflessione sull'insegnamento del diritto che, in Italia, torna periodicamente alla ribalta, più segnatamente in coincidenza con proposte di riforma dei corsi in giurisprudenza<sup>3</sup>. La constatazione che esista una correlazione tra questi due ambiti

di interesse non può che muovere da considerazioni più generali sulla crisi dell'insegnamento del diritto, comprovata da un drastico calo delle immatricolazioni nelle facoltà di giurisprudenza che, nell'ultimo decennio, hanno visto diminuire gli studenti iscritti di almeno un terzo<sup>4</sup>. Un dato, quest'ultimo, che continua a essere confermato, nonostante la controtendenza di una generale ripresa delle immatricolazioni negli ultimissimi anni – in particolare nelle facoltà scientifiche – da una lenta e continua emorragia di studenti verso gli studi economici a discapito di quelli giuridici<sup>5</sup>.

1. Cfr. F. Bloch e M. Menon, *The Global Clinical Movement*, in F. Bloch (a cura di), *The Global Clinical Movement. Educating Lawyers for Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2011; R.J. Wilson, *The Global Evolution of Clinical Legal Education*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

2. C. Bartoli, *The Italian legal clinics movement: Data and prospects*, in *International Journal of Clinical Education*, vol. 22, n. 2/2015, pp. 1-16; A. Maestroni - P. Brambilla - M. Carrer (a cura di), *Teorie e pratiche nelle cliniche legali. Cliniche legali*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2018.

3. Tra i contributi recenti, vds. B. Pasciuta e L. Lo Schiavo, *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, RomaTrE-Press, Roma, 2018, ai quali si rimanda anche per la bibliografia sul tema.

4. Per fonti di stampa, vds. [www.repubblica.it/scuola/2018/01/09/news/calò\\_immatricolazioni\\_giurisprudenza-186120793](http://www.repubblica.it/scuola/2018/01/09/news/calò_immatricolazioni_giurisprudenza-186120793) (ultimo accesso 30/06/2019); per i dati statistici sull'istruzione, vds. <http://ustat.miur.it/opensdata/> (ultimo accesso 30/06/2019).

5. Vds. il bollettino statistico 2017 a cura del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca: MIUR – Ufficio statistica e studi, <http://ustat.miur.it/media/1116/notiziario-statistico-2017-1.pdf> (ultimo accesso 30/06/2019).

Attribuire questa crisi solamente a fattori esogeni all'insegnamento del diritto sarebbe, tuttavia, consolatorio. La scelta per gli studi giuridici è notoriamente lontana dalle passioni che guidano altre opzioni. Nelle belle pagine introduttive alla prima edizione al *Corso di filosofia del diritto*, pubblicate nel 1971 e presenti in tutte le edizioni fino a quelle più recenti, Luigi Lombardi Vallauri la indica come la scelta «per esclusione» o «per la sistemazione». Nel primo caso, è la scelta dell'universalmente dotato, colui che si illude di serbare ogni possibilità, di non limitarsi definitivamente, e che il filosofo del diritto paragona all'uomo di Musil, il quale racchiude in sé tutte le qualità senza davvero riconoscerne alcuna come propria. Nel secondo caso, gli studi giuridici sono considerati come una varco di ingresso che apre le porte di molteplici carriere e professioni. In entrambi i casi, ciò che caratterizza una scelta viva e sana – entusiasmo, passione, meditata consapevolezza, impegno, pienezza di significato, autenticità, vocazione – resta quasi completamente fuori gioco: «Fin dal momento della scelta, il giurista è colui che non sa (per lo meno, non sa in senso forte) quello che fa»<sup>6</sup>. Nonostante l'afflato sagace, le pagine di Lombardi Vallauri, che certamente fanno riflettere ancora oggi, sono lontane dal disprezzo per gli studenti che trapela invece da altri testi<sup>7</sup>. Il biasimo va, piuttosto, al preteso scientismo che informa il diritto – e, di conseguenza, gli studi giuridici –, all'interno del quale lo spazio di libertà e responsabilità aperto al giurista è proprio quello che la scienza giuridica cerca sempre di occultare; da ciò: «quell'impressione dolorosa di falso, di sofisma, di isolamento dalle correnti profonde della vita intellettuale»<sup>8</sup>.

Non sorprende dunque che, nella riflessione sull'insegnamento del diritto, le cliniche legali siano state viste come esperienze foriere di dinamismo e di rinnovate passioni, senza tacere che queste ultime possono altresì essere controverse. Anche quella per la carriera, o per lo meno l'aspirazione a trovare una dignitosa fonte di sostentamento, è certo una passione legittima, accompagnata oggi dalla consapevolezza

che le professioni legali non sono più ammantate dal prestigio di un tempo. Altrove abbiamo argomentato diffusamente sui lati oscuri delle cliniche legali<sup>9</sup>, anch'esse sussumibili all'interno dei criteri di misurabilità che pervadono l'accademia, nonché strumenti che, come tali, possono tendenzialmente essere piegati a fini diversi, da quelli a vocazione prettamente professionalizzante a quelli di *empowerment* di interessi o gruppi confliggenti. Ciò non toglie che molte delle esperienze di clinica legale, che si sono sviluppate prima negli Stati Uniti e, più di recente, in Europa e in Italia, si siano caratterizzate proprio per passione e impegno civile verso i temi caldi della politica e della società, da quello delle migrazioni a quello ambientale, al supporto per soggetti svantaggiati come i minori, gli anziani, i detenuti, le donne vittime di violenza e così via. Basterebbe citare, per fare un esempio tratto dalla cronaca recente, il lavoro degli studenti del gruppo «*Capstone on Counter-Terrorism and International Crimes*» di «*Sciences Po*», istituto parigino di studi politici, che ha portato a una comunicazione alla Corte di giustizia internazionale contro le politiche europee sull'immigrazione nel Mediterraneo centrale e in Libia<sup>10</sup>.

La riflessione sulle cliniche legali è dunque aperta a esiti diversi, così come aperto è lo spazio di libertà e responsabilità del giurista che, come osserva Lombardi Vallauri, non è sinonimo di una rivendicazione corporativa, bensì «uno spazio già dato, tecnicamente insopprimibile, non da rivendicare ma da accettare»<sup>11</sup>. Che passione, vocazione, libertà e responsabilità siano parte delle competenze che l'università dovrebbe essere in grado di trasmettere ai futuri giuristi non è tuttavia scontato, anzi è spesso osteggiato. Come scriveva Mark Tushnet negli anni ottanta<sup>12</sup>, le cliniche legali mobilitano emozioni associate con la sfera del femminile e, come tali, considerate un fattore di disturbo rispetto alla formazione giuridica tradizionale fondata sull'astrazione, la struttura e il ragionamento. Rivendicare le passioni tra le competenze dei giuristi è dunque, già di per sé, una scelta viva e sana.

6. L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1981.

7. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2007.

8. L. Lombardi Vallauri, *Corso*, op. cit., p. 4.

9. M.R. Marella ed E. Rigo, *Le cliniche legali, i beni comuni e la globalizzazione dei modelli di accesso alla giustizia e di lawyering*, in *Rivista critica del diritto privato*, vol. XXXIII, n. 4/2015, pp. 537-556.

10. «Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Pursuant to the Article 15 of the Rome Statute», 3 giugno 2019, [www.statewatch.org/news/2019/jun/eu-icc-case-EU-Migration-Policies.pdf](http://www.statewatch.org/news/2019/jun/eu-icc-case-EU-Migration-Policies.pdf) (ultimo accesso 30/06/2019).

11. L. Lombardi Vallauri, *Corso*, op. cit., p. 3.

12. M. Tushnet, *Scenes from the Metropolitan Underground: A Critical Perspective on the Status of Clinical Education*, in *George Washington Law Review*, vol. 52, 1984, pp. 272-279.

## 2. Le cliniche legali nella formazione del giurista

Provando a dipanare per gradi la questione di come si inseriscano le cliniche legali nel panorama degli studi giuridici, il primo e fondamentale elemento di rottura introdotto dall'insegnamento clinico del diritto è quello del *punto di vista dell'osservatore*. La crisi delle categorie giuridiche, intese come nozioni fondanti una "scienza del diritto", non è certo un tema nuovo al dibattito; essa, anzi, è stata denunciata ogniqualvolta è mutata la coscienza giuridica, come, per esempio, nel passaggio dal paradigma dei diritti soggettivi a quello di un costituzionalismo sociale. Di fronte all'impossibilità per le categorie di sussumere la realtà sociale e di stabilire un sistema coerente e completo, la "scienza giuridica" ha progressivamente accolto un modello discorsivo nel quale alle categorie corrispondono convenzioni stipulative, tendenzialmente polisemiche e non più tali da autorizzare operazioni di semplice sussunzione. Di qui, le incertezze/ambiguità che queste trasformazioni comportano, soprattutto in ragione dell'inedito ampliarsi dei contesti – vuoi normativi, vuoi fattuali – di riferimento<sup>13</sup>. Davanti al complicarsi dei dati della realtà giuridica, la formazione del giurista non può dunque limitarsi a "correggere il tiro" dando conto del diritto vivente o della casistica come fattori altrettanto oggettivi e neutri. È, invece, necessario esplicitare il ruolo dell'interprete – della giurisprudenza così come della dottrina – da un angolo visuale soggettivo, cioè come punto di vista dell'osservatore interno al sistema<sup>14</sup>. Diventa dunque importante mettere in luce, *dichiarare* il punto di vista dell'osservatore, interrogare i criteri classificatori che utilizza facendo emergere il suo contributo intellettuale; dare conto della storicità dell'osservatore, ma non solo: anche della sua stessa formazione, dei suoi gusti e delle sue aspirazioni.

È proprio su questo terreno che l'insegnamento clinico del diritto, ovvero quell'insegnamento che comporta un'interazione diretta tra gli studenti e la realtà sociale<sup>15</sup>, compie un passo in avanti sia rispetto all'insegnamento tradizionale che a quello casistico. Nella metodologia dell'insegnamento clinico, il punto

di vista dell'osservatore – ovvero, della clinica legale in quanto essa stessa attrice interna al sistema – non può essere occultato dietro categorie giuridiche o compendi casistici, che presentano agli studenti una realtà giuridica già mediata, ma diventa anzi il punto di partenza delle attività. Lo «spazio di libertà e responsabilità» aperto al giurista – per richiamare ancora Lombardi Vallauri – è necessariamente esplicitato: a partire dalla scelta dei casi trattati all'interno delle cliniche legali, fino alla selezione delle competenze di base necessarie per affrontarli. Ci pare andare in questo senso, seppure in una prospettiva aggiornata ai conflitti della globalizzazione, anche la lettura proposta da Jeremy Perelman a proposito dell'*advocacy* dei diritti umani da parte delle cliniche legali. Perelman parla, infatti, di una «*political economy of accountability*»<sup>16</sup> – che potrebbe tradursi come «economia politica della responsabilità» – necessaria come chiave analitica per portare allo scoperto la correlazione tra le pratiche di *advocacy* e le opzioni sottese a concetti come quelli di "globalizzazione" e "sviluppo". Una lente *autoriflessiva* necessaria a dipanare la trama complessa del discorso contemporaneo sui diritti umani, neppure questo avulso da opzioni di carattere economico, politico, sociale che vanno, appunto, esplicitate. Non si tratta semplicemente di esplicitare un diritto "di parte" (in quanto linguaggio normativo, anche l'approccio più tradizionale al diritto lo è inevitabilmente), bensì di invertire il rapporto tra la costruzione intellettuale del diritto, del linguaggio e delle categorie che utilizza, e la realtà sociale che esso regola e, al contempo, determina a seconda delle opzioni selezionate.

Seguendo questo approccio, il ruolo del diritto non ne risulta affatto sminuito; anzi, la crisi degli studi giuridici è senza dubbio da ricondurre anche alla evidente delega, nello studio e nella lettura della realtà, che questi hanno attribuito ad altri ambiti della conoscenza. Il secondo elemento di rottura, introdotto dall'insegnamento clinico del diritto, può infatti essere visto nel rapporto che esso instaura con gli altri settori della conoscenza: dalle scienze umane alle scienze economiche e sociali, finanche alle scienze "dure". Prima ancora di fornire esemplificazioni,

13. Si consenta il rimando a M.R. Marella, *Per un'introduzione allo studio del diritto: costruire le competenze di base*, in B. Pasciuta e L. Lo Schiavo, *La formazione*, op. cit.

14. Esplicito sul punto Y. Thomas, *Le sujet de droit, la personne et la nature*, in *Le débat*, n. 100/1998 (maggio-agosto), ripreso da J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Puf, Parigi, 2014 (in particolare, nella *Prefazione*), che ne sottolinea il carattere strutturale rispetto a forma e funzionamento delle «*grandes notions*». Sul concetto ritorna insistentemente anche N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

15. Per una definizione che include le componenti dell'insegnamento clinico, vds. R. Wilson, *Training for Justice: The Global Reach of Clinical Legal Education*, in *Penn State International Law Review*, vol. 22, n. 3/2004.

16. J. Perelman, *Transnational Human Rights Advocacy, Clinical Collaborations, and the Political Economies of Accountability: Mapping the Middle*, in *Yale Human Rights & Development Law Journal*, vol. 16, 2013, p. 89.

è bene esplicitare il ruolo dell'osservatore anche rispetto alle Autrici di queste note, coordinatrici di due diverse cliniche legali attive nei Dipartimenti di Giurisprudenza delle Università di Roma Tre e Perugia, una centrata su migrazioni e asilo<sup>17</sup>, l'altra su salute, ambiente e territorio<sup>18</sup>: ambiti, questi, tradizionalmente appannaggio della sociologia, dell'antropologia, dell'economia, dell'urbanistica, delle scienze naturali, della medicina e così via. Per dar conto della delega che il diritto ha operato rispetto alle altre discipline, basterebbe guardare ai settori previsti dal Consiglio europeo della ricerca (cosiddetti settori "ERC"), tra i quali il diritto non è previsto come disciplina autonoma, così come lo sono invece le scienze sociali, le scienze economiche, le scienze umane, le scienze politiche e le scienze dure. Parte della responsabilità di questo esito è, certo, da attribuire alla tendenza alla conservazione del ceto dei giuristi e a una spiccata attitudine all'autoreferenzialità. Si tratta, peraltro, di una responsabilità condivisa, dal momento che anche gli altri ambiti della conoscenza sono inclini a considerare il diritto come qualcosa di già dato, comprensibile solo secondo parametri di una tecnicità giuridica oscura, e soprattutto tendono ad attribuirgli un compito di semplice regolazione di realtà preesistenti. Il risultato è quello di relegare il diritto a un ruolo meramente servente: di regolazione o di limite di obiettivi stabiliti altrove, sia che essi riguardino gli sviluppi della scienza che della società.

Tale atteggiamento appare tuttavia viziato da un'epistemologia poco accorta, che la si guardi da un lato o dall'altro. Per fare degli esempi tratti dalle cliniche nelle quali siamo coinvolte: non è certo più obiettivo un giudice chiamato a decidere in materia di diritto d'asilo o dell'immigrazione senza che siano esplicitati i diversi paradigmi di approccio alle migrazioni, per esempio "economiche", "forzate" o "autonome", i quali si contendono il campo all'interno delle stesse scienze sociali; così come la sua decisione non è più equidistante se non tiene conto degli orientamenti, radicalmente divergenti, al razzismo, alla cultura, all'etnicità che caratterizzano i dibattiti

dell'antropologia. Per converso, la sociologia e l'antropologia non possono fare a meno di considerare le determinanti giuridiche che strutturano i loro oggetti di studio, così come l'architettura e l'urbanistica non possono prescindere dal rapporto determinante che il diritto intrattiene con lo spazio. Il diritto è un insieme di *ground rules*<sup>19</sup>, cioè di regole di base che amministrano e, prima ancora, condizionano e strutturano i rapporti tra gruppi sociali: tra uomini e donne, tra migranti e stanziali, fra eterosessuali e non-eterosessuali, fra classi sociali e fra portatori di opposti interessi. E attraverso le sue regole il diritto distribuisce potere economico, sociale, simbolico, in ciò attribuendo a ciascuno il potere, piccolo o grande, di negoziare le proprie posizioni nella società e nel mercato. I conflitti che innervano la società si sviluppano e si dirimono, appunto, attraverso la negoziazione fra i gruppi sociali all'ombra del diritto<sup>20</sup>.

Se questa è la prospettiva, le cliniche legali favoriscono uno scarto in avanti anche rispetto a quegli approcci al diritto che, nei decenni più recenti e dall'angolo visuale della critica alle scienze sociali, hanno integrato diritto e altri ambiti di conoscenza secondo il paradigma conoscitivo dalle *coniugazione* tra diritto e società, diritto e letteratura, diritto ed economia, diritto e tecnologia, etc.<sup>21</sup>. L'interdisciplinarietà delle cliniche legali non ha, infatti, obiettivi meramente conoscitivi, ma piuttosto di intervento nella realtà sociale: si potrebbe dire che essa esplicita il paradigma costruttivista di cui si nutre, costringendo, ancora una volta, a rendere visibile il punto di vista dell'osservatore. Non è perciò un caso che molte esperienze di cliniche legali, soprattutto quelle che in Italia si sono strutturate da più lungo corso, si avvalgano di competenze molteplici integrando, su base più o meno continuativa o di collaborazione, antropologi, sociologi del lavoro e delle migrazioni, urbanisti, medici e così via. Anche in questo caso non si tratta né di fare un'apologia delle cliniche legali né di tacere che collaborazioni interdisciplinari si instaurino, con più o meno successo, altrove; piuttosto, l'invito è a riflettere su un modello formativo che fuoriesce dagli

17. Per una descrizione del lavoro della clinica legale su migrazioni e asilo di Roma Tre, vds. F. Asta - C. Caprioglio - E. Rigo, *Il ruolo delle cliniche legali come strumento di insegnamento e approccio al diritto. L'esperienza della Clinica del diritto dell'immigrazione e della cittadinanza di Roma Tre*, in A. Maestroni - P. Brambilla - M. Carrer (a cura di), *Teorie e pratiche*, op. cit.

18. Per una riflessione sul ruolo della Clinica legale dell'Università di Perugia, vds. M.R. Marella, *L'uso dello spazio urbano fra questione proprietaria e accesso alla giustizia*, in questa Rivista trimestrale, n. 2/2017, [www.questionegiustizia.it/rivista/2017/2/1-uso-dello-spazio-urbano-fra-questione-proprietaria-e-accesso-alla-justizia\\_448.php](http://www.questionegiustizia.it/rivista/2017/2/1-uso-dello-spazio-urbano-fra-questione-proprietaria-e-accesso-alla-justizia_448.php); G. Landi, *La Law Clinic "Salute, Ambiente e Territorio"*, in A. Maestroni - P. Brambilla - M. Carrer (a cura di), *Teorie e pratiche*, op. cit., pp. 191-198; G. Landi, *La Law Clinic come supporto ai movimenti per la salute e per l'ambiente. L'esperienza della Facoltà di Giurisprudenza di Perugia*, in *Sistema salute*, n. 4/2017, pp. 64-71.

19. D. Kennedy, *The Stakes of Law, or Hale and Foucault!*, in *Legal Studies Forum*, vol. XV, n. 4/1991.

20. R.H. Mnookin e L. Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law. The Case of Divorce*, in *Yale Law Journal*, vol. 88, 1979.

21. Tra i testi più influenti, vds. R.A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.



schemi tradizionali dell'insegnamento giuridico. Un modello che, peraltro, in altri Paesi è stato adottato per caratterizzare felici sperimentazioni, come quella della Scuola di diritto di "Sciences Po", dove le cliniche legali costituiscono parte fondamentale del *curriculum*, coniugando sensibilità pratica, *expertise* tecnica e sofisticazione intellettuale<sup>22</sup>.

Sempre in riferimento all'esperienza, seppur giovane, del nostro Paese, vale poi la pena sottolineare come un'apprezzabile "via italiana" alle cliniche legali sia quella che ha visto coniugare didattica, terza missione e ricerca. Gli esempi sono molteplici, dagli osservatori sulla detenzione amministrativa degli stranieri a quelli sui Paesi di provenienza dei richiedenti asilo, allo sfruttamento lavorativo, ai beni comuni<sup>23</sup>. Anche in questo caso, non si tratta certo di un ambito appannaggio delle cliniche legali: basti pensare – tanto per citare esiti non sempre felici dei paradigmi costruttivisti – alla ricerca orientata al *policy making*. Le distinzioni non sono tuttavia irrilevanti; mentre nel *policy making* temi e obiettivi sono per lo più individuati dai finanziamenti alla ricerca, sia pubblici che privati, nelle cliniche legali essi sono, se non determinati, per lo meno contaminati dalla realtà sociale con cui queste interagiscono. Committenti plurali, dunque, che sovente rappresentano gruppi svantaggiati nella società e nel mercato, a coprire settori, prospettive e obiettivi considerati marginali dai programmi di finanziamento alla ricerca *mainstream*.

### 3. La prospettiva sul diritto attraverso le cliniche legali

La crisi degli studi giuridici non è certo estranea quella che ha investito le forme novecentesche dello Stato costituzionale di diritto<sup>24</sup>. Crisi della legge e crisi della giurisdizione sono le due piaghe da più parti segnalate. Con il primo termine si intende notoria-

mente la crisi di legittimità che investe i processi di formazione delle norme, in primo luogo la dipartita dalla mediazione della rappresentanza. Con il secondo, è indicata la crescente fuga dal processo, a sua volta ricondotta alla crisi di efficienza della giustizia. Si tratta, tuttavia, di due questioni che, pur procedendo parallelamente, non sono simmetriche: se alla crisi della legge è sovente la giurisdizione a supplire in funzione legittimante<sup>25</sup>, quest'ultima non è immune da logiche governamentali. Da un lato, la diffusione di pratiche di *alternative dispute resolution* (adr) struttura l'accesso alla giustizia su base sempre più censitaria; dall'altro, l'intento deflattivo, volto principalmente a una giustizia efficiente anziché di qualità, ne restringe gli ambiti di accesso all'interno dello stesso processo. Si potrebbe portare l'esempio della riforma del processo in materia di protezione internazionale, con la cancellazione di un grado di giudizio giustificata da esigenze legate ai costi economici e sociali del suo protrarsi; o, ancora, l'esempio delle restrizioni imposte alla giurisdizione di legittimità, che ha limitato considerevolmente l'accesso all'ultimo grado di giudizio sia in sede civile che penale. Le partizioni interne agli studi giuridici, da cui l'autonomia concettuale che viene attribuita alle singole discipline, non stimolano tuttavia un dibattito all'altezza del presente: le interminabili discussioni sul ruolo del giudice nell'interpretazione della legge, basate per lo più sulle decisioni delle corti apicali, rischiano di far perdere di vista che solo una casistica minoritaria arriva ormai ai gradi più alti di giudizio, nonché che il giudice non è una monade scardinata dal più complessivo apparato della giurisdizione.

Con l'obiettivo di spostare l'attenzione dall'ossessione per la ricerca di un criterio di unità e coerenza delle fonti alle diverse scale attraverso cui si esercita la giurisdizione, la studiosa del pluralismo giuridico Mariana Valverde ha osservato come la giurisdizione funzioni come una «*governance of legal*

22. Si veda, ancora una volta, J. Perelman, *Transnational Human Rights Advocacy*, *op. cit.*

23. Per la detenzione amministrativa, si vedano la ricerca «Lexilium», coordinata dalla Clinica legale dell'Università di Roma Tre e condotta da una rete nazionale di cliniche legali ([www.lexilium.it](http://www.lexilium.it)), e i rapporti pubblicati a cura di F. Mastromartino, E. Rigo e M. Veglio (Lexilium. Osservatorio sulla giurisprudenza in materia di immigrazione del giudice di pace: sintesi rapporti 2015, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2017). Per le informazioni sui Paesi di origine dei richiedenti asilo, si veda l'osservatorio della «Human Rights and Refugee Law Clinic» dell'Università di Roma Tre, (<http://protezioneinternazionale.giur.uniroma3.it/humanrightsrefugeelawlegalclinic/coi>). Per lo sfruttamento lavorativo, si veda l'osservatorio de «L'altro diritto», dell'Università di Firenze ([www.adir.unifi.it/osservatorio-sfruttamento-lavorativo.pdf](http://www.adir.unifi.it/osservatorio-sfruttamento-lavorativo.pdf)). Per i beni comuni, si veda l'osservatorio curato dalla Clinica dell'Università di Perugia, ([www.comunemente.unipg.it](http://www.comunemente.unipg.it)).

24. Il dibattito sul tema è amplissimo. Tra gli altri, si vedano G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013; M.R. Ferrarese, *Governance. Sugli effetti politici e giuridici di una «soft revolution»*, in *Politica del diritto*, n. 2/2014; M. La Torre, *Miseria del costituzionalismo globale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Il Mulino, Bologna, n. 1/2017.

25. Per una discussione sul ruolo legittimante della giurisdizione in riferimento al trattenimento degli stranieri, si consenta il rimando a E. Rigo, *Spazi di trattenimento e spazi di giurisdizione. Nota a margine di materiali di ricerca sul trattenimento amministrativo degli stranieri*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Il Mulino, Bologna, n. 2/2017.

*governance*»<sup>26</sup> – una *governance* della *governance* giuridica. Le scale della giurisdizione non corrispondono semplicemente a dimensioni diverse, più o meno ampie e sovraordinate, come quella sovranazionale, nazionale e locale, ma a priorità diverse e sovente confliggenti. Chi pratica il diritto – dalle corti alle sedi delle decisioni amministrative, fino a quelle stragiudiziali, più o meno formalizzate – lo sa bene, ma questo è raramente oggetto di analisi e studio né, tantomeno, fa parte dei *curricula* dei corsi di studio in giurisprudenza, se non in maniera sporadica e occasionale. Viene considerato, appunto, un sapere dei pratici del diritto, relegato al rango di tecnicità o, al più, di interesse per i sociologi del diritto appassionati di studi sulla burocrazia. Eppure, come osserva Valverde, la giurisdizione non organizza solo il *chi* e il *cosa* (la competenza e l'oggetto) delle proprie decisioni, ma anche il *come* del loro governo; ciò nonostante, proprio «la domanda cruciale sul *come*»<sup>27</sup> della *governance* delle decisioni finisce con l'essere decisa al di fuori dei dibattiti pubblici.

Anche da questo punto di vista, le cliniche legali promettono uno sguardo sul diritto diverso dall'approccio tradizionale e, soprattutto, non più eludibile per comprendere la complessità dell'esperienza giuridica contemporanea. Non tanto, o non solo, per la vocazione a un approccio pratico, ma proprio perché la *governance* della giurisdizione – per utilizzare ancora l'espressione della studiosa canadese – costituisce sia l'ambiente entro cui si muovono, sia il sostrato teorico, esplicitato o meno, del loro intervento. Si pensi – per fare ancora una volta esempi tratti dalle esperienze in corso – a come la medesima normativa sul diritto d'asilo è interpretata e applicata dagli apparati di polizia, da organi amministrativi come le commissioni territoriali, dai tribunali civili nei diversi gradi di merito e legittimità, dalle corti internazionali, anche queste secondo le diverse giurisdizioni di competenza<sup>28</sup>. E, ancora, a come ognuno di questi ambiti decisionali segua priorità almeno parzialmente autonome. È da considerare diritto solo quello pronunciato dalle corti apicali, nazionali o internazionali? O è, piuttosto, l'insieme di queste scale, con le loro diverse priorità, a restituire la complessità dell'esperienza

giuridica con cui si confrontano sia i giuristi sia coloro i cui comportamenti vengono governati dalle norme?

L'unità del diritto può essere ricostruita a partire dalle fonti, così come la tradizione dello Stato costituzionale ha lasciato in eredità alla ricerca della teoria giuridica prevalente, oppure a partire dai soggetti i cui comportamenti vengono regolati. Come ha di recente osservato Hans Lindahl – uno dei teorici del diritto che più seriamente si è confrontato con la sociologia della globalizzazione –, la globalizzazione degli ordinamenti non procede costruendo uno spazio giuridico omogeneo, ma va di pari passo con la globalizzazione di processi di inclusione e esclusione<sup>29</sup>, i quali non si manifestano soltanto secondo la tipica dicotomia legale/illegale, ma determinano capacità e possibilità che divengono più o meno *conseguenti* o *inconseguenti* dal punto di vista della regolazione giuridica; da qui, la loro marginalizzazione. In questo quadro, l'unità dell'ordinamento non è più ricostruibile solo come unità delle norme, ma essa si presenta piuttosto come unità *pragmatica* di una «distribuzione interrelata di spazi, tempi, soggetti, azioni che si relazionano solo approssimativamente a un corrispondente sistema giuridico»<sup>30</sup>. È con questo *ordinamento pragmatico* che si confronta la metodologia delle cliniche legali, poiché il quadro normativo di riferimento non si limita a quello ricostruibile *a priori* attraverso i manuali, i codici, i compendi casistici, ma è quello *pragmatico* nel quale si muovono i soggetti e gli interessi rappresentati.

Le cliniche legali possono, dunque, essere viste come uno strumento didattico di osservazione e comprensione del diritto nelle sue articolazioni plurali. Ci riferiamo con ciò a un approccio al pluralismo giuridico inscritto nella stessa globalizzazione degli ordinamenti, non certo relegabile a settori marginali, quando non ridicolizzato come atteggiamento esotizzante<sup>31</sup>. Uno strumento didattico essenziale alla formazione del giurista ai tempi della globalizzazione. Ma anche uno strumento che, nelle crisi della legge e della giurisdizione, si propone di aprire spazi non solo di resistenza ma, come argomentiamo nella sezione successiva, di partecipazione e trasformazione dell'esistente.

26. M. Valverde, *Jurisdiction and Scale: Legal "Technicalities" as Resources for Theory*, in *Social & Legal Studies*, vol. 18, n. 2/2009, p. 141.

27. *Ivi*, p. 144.

28. Per una ricerca sul tema, si consenta il rimando a E. Rigo, *La protezione internazionale alla prova del genere: elementi di analisi e problematiche aperte*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2018, [www.questionegiustizia.it/rivista/2018/2/la-protezione-internazionale-alla-prova-del-genere-elementi-di-analisi-e-problematiche-aperte\\_538.php](http://www.questionegiustizia.it/rivista/2018/2/la-protezione-internazionale-alla-prova-del-genere-elementi-di-analisi-e-problematiche-aperte_538.php).

29. H. Lindahl, *Authority and the Globalisation of Inclusion and Exclusion*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

30. *Ivi*, p. 60.

31. G. Teubner, *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, in *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1991.

#### 4. Cliniche legali, beni comuni e giustizia sociale

In altre occasioni, abbiamo argomentato diffusamente sulla possibilità di leggere le cliniche legali attraverso la lente dei beni comuni<sup>32</sup>. Anche in questo caso, più che di una sintesi descrittiva comune alle esperienze esistenti, si tratta di una chiave di lettura volta normativamente a “liberare” la cooperazione sociale messa all’opera nell’attività clinica dallo studio, le riflessioni, le emozioni di studenti, utenti, docenti, sottraendola alla messa a valore della misurabilità per giocarla in una direzione diversa. Per esempio, per ri-costruire legami di solidarietà sociale. Tale obiettivo prende corpo dall’analisi della *clinical education* quale momento peculiare di produzione di *sapere giuridico* all’interno dell’*istituzione universitaria*, letti a loro volta, l’uno e l’altra, nella loro dimensione comunitaria e collettiva, come prodotti della cooperazione sociale. È in questo senso che va a nostro avviso declinata in termini attuali la vocazione sociale delle *law clinics* degli esordi che, muovendo da istanze di giustizia sociale, hanno inventato forme militanti di accesso alla giustizia; per esempio, negli Stati Uniti, a fianco dei movimenti per i diritti civili delle minoranze o per i diritti delle donne.

Sebbene un fine di giustizia sociale non possa essere imposto nell’insegnamento clinico del diritto, le cliniche legali integrano (o possono integrare) *commons* dalla connotazione fortemente trasformativa, poiché la loro finalità precipua è condividere la conoscenza prodotta nell’università con l’esterno, con la più ampia comunità che vive fuori dai confini dell’università. Ciò ha delle ricadute anche in termini di accesso alla giustizia, nella misura in cui essa sia concepita come un processo sociale<sup>33</sup>. Temi,

priorità e obiettivi vengono infatti costruiti a partire dai concreti portatori di diritti e di istanze con cui la clinica entra in relazione, i quali, a loro volta, sono esposti alla “scoperta” di poter affermare in giudizio le proprie ragioni. Dal punto di vista dell’accesso alla giustizia, non si tratta certo di questione di poco conto, dal momento che nei massimari della giurisprudenza finiscono per lo più temi di interesse per soggetti che hanno un capitale sociale, economico o culturale tale da potersi permettere difese esperte e tutti i gradi di giudizio. La clinica legale, in altre parole, consente a temi sovente trattati come marginali dalla cultura accademica (quando non del tutto ignorati) di divenire rilevanti, contaminando i saperi giuridici tradizionali.

La fisionomia di “bene comune” delle cliniche legali è, inoltre, immediatamente evidente per via della struttura collettiva e tendenzialmente non gerarchica che caratterizza vuoi il loro funzionamento, vuoi la produzione di sapere giuridico del caso concreto cui danno luogo. È in questo senso che la clinica legale attualizza, a nostro avviso, la nozione di bene comune più aggiornata e militante, proprio perché la sua funzione non sta semplicemente nel garantire l’uso e la gestione collettiva delle risorse immateriali che la individuano, ma redistribuisce quelle risorse al di fuori della comunità di riferimento, rafforzando o creando *ex novo* legami di solidarietà sociale (e politica) fra la comunità studentesca e gli attori sociali al di fuori di essa. In conclusione, l’attività delle cliniche legali può essere letta come un’azione collettiva che, da una parte, redistribuisce potere sociale e simbolico, consentendo a soggetti in vario senso definiti “marginali” di divenire attori sulla scena della giustizia; dall’altra, si iscrive nei processi di produzione di *welfare* e spazi di partecipazione democratica dal basso.

32. M.R. Marella ed E. Rigo, *Le cliniche legali*, op. cit.

33. Rimane fondamentale sul tema il riferimento a M. Cappelletti e B. Garth, *Access to Justice and the Welfare State. An Introduction*, in M. Cappelletti (a cura di), *Access to Justice – Volume IV*, European University Institute, Firenze, 1981.

# Cliniche legali e concezione del diritto \*

di *Emilio Santoro*

Il successo delle cliniche legali è dovuto principalmente all'idea che esse possano connotare in modo professionalizzante i corsi di laurea in giurisprudenza. Il continuo richiamo al “diritto in azione” e l'obiettivo di contribuire alla giustizia sociale sono, invece, relegati a mito legittimante. Solo se configurate come un laboratorio in cui gli studenti imparano a usare l'immaginazione giuridica per trasformare i problemi delle persone marginalizzate in rivendicazioni da portare di fronte a un giudice, le cliniche legali possono contribuire a favorire l'accesso alla giustizia di questi soggetti.

**1. Premessa / 2. Cliniche legali: la retorica del realismo giuridico e della “giustizia sociale” / 3. Dal *learning by doing* al *learning by making up* / 4. L'accesso alla giustizia e l'immaginazione giuridica / 5. Un piccolo esperimento didattico: le cliniche legali dell'Università di Firenze**

## 1. Premessa

Negli ultimi anni si registra, nei corsi di giurisprudenza delle università italiane, una significativa diffusione di esperienze che si definiscono di “clinica legale”. Il minimo comun denominatore di queste diverse esperienze è rappresentato da un metodo didattico del diritto che verte su un approccio “pratico”,

volto ad affiancare, ma solitamente non a superare, l'insegnamento giuridico tradizionale dei contesti di *civil law*. Questa tendenza sembra inserire i corsi di diritto italiani all'interno di quello che è stato definito un «movimento clinico globale»<sup>1</sup> incentrato sulla valorizzazione dell'aspetto professionalizzante dell'insegnamento giuridico (evidenziata, in Italia, anche dalla recente inclusione nel *curriculum* di laurea ma-

\* Ringrazio Gianmarco Gori, Carlo Botrugno, Chiara Stoppioni, Lucia Re, Rosaria Piroso, Gusieppe Caputo, Salomé Archain, Katia Poneti, Bianca Cassai, Letizia Palumbo, Sofia Ciuffoletti, Antonella Mascia e Alessandra Sciurba, per aver letto e commentato, nel contenuto e nei dettagli stilistici, questo testo. Senza il loro prezioso lavoro, esso sarebbe stato molto peggiore. Una versione più estesa di questo articolo, intitolata *Guai privati e immaginazione giuridica: le cliniche legali e il ruolo dell'università* uscirà sulla *Rivista di filosofia del diritto*, n. 2/2019 e, in inglese, con il titolo *Private Troubles and Legal Imagination. Legal Clinics: a Radical View*, uscirà sul n. 3/2019 della *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD – quadrimestrale della Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Brasile).

1. F. Bloch e M. Menon, *The Global Clinical Movement*, in F. Bloch (a cura di), *The Global Clinical Movement. Educating Lawyers for Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Per rendersi conto del successo dell'approccio didattico clinico nell'Europa continentale, basti ricordare le università che hanno attivato cliniche legali, tra cui: “Sciences Po” (Parigi), “Humboldt” (Berlino), “Carlos III” (Madrid). Sullo sviluppo delle cliniche legali in Italia, si veda la ricerca condotta da C. Bartoli, *The Italian legal clinics movement: Data and prospects*, in *International Journal of Clinical Legal Education*, vol. 22, n. 2/2015, pp. 213-226. Per una ricognizione dello sviluppo del movimento clinico in Europa, cfr. *Id.*, *Legal Clinics in Europe: for a Commitment of Higher Education in Social Justice*, in *Diritto e questioni pubbliche*, numero special, Maggio 2016, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/dirquesp2016&div=2>. Un rapido quadro dello sviluppo delle cliniche legali nel mondo e del loro carattere polimorfico si trova in M.R. Marella ed E. Rigo, *Le cliniche legali, i beni comuni e la globalizzazione dei modelli di accesso alla giustizia e di lawyering*, in *Rivista critica del diritto privato*, vol. XXXIII, n. 4/2015, pp. 540 e 541.

gistrale di un semestre di pratica forense<sup>2</sup>). È questa valorizzazione che fa sostenere generalmente che, da un punto di vista didattico, l'approccio clinico rappresenta un significativo passo in avanti.

Integrando nei corsi di laurea l'insegnamento clinico legale, le università italiane aspirano a mettersi in linea con i corsi di laurea statunitensi dove, a partire dagli anni settanta, le cliniche legali si sono diffuse con successo in quelle che sono considerate le *law schools* di eccellenza (Harvard, Yale, Stanford, Columbia, NYU, Cornell, etc.). Secondo una recente indagine condotta per il *Center for the Study of Applied Legal Education* da R.R. Kuehn e D.A. Santacroce<sup>3</sup>, nelle società considerate il modello per antonomasia di un'organizzazione dinamica capace di stare al passo con le richieste del mercato, nell'anno accademico 2016/2017, negli Stati Uniti erano attive ben 1433 cliniche legali, distribuite in 187 *law schools*, con una media di 7 cliniche per ognuna di esse.

Il successo delle cliniche legali è legato, in primo luogo, al loro proporsi come una risposta da parte dei corsi di laurea in giurisprudenza alla pressione sociale – assecondata/alimentata dalle stesse università – che chiede percorsi formativi in grado di “produrre” giuristi capaci di inserirsi rapidamente nel mondo professionale. In Italia, e in Europa in generale, questa pressione è stata eletta a perno del cd. Processo di Bologna, che segna il passaggio dei corsi universitari da luoghi istituzionalmente deputati all'elaborazione di una conoscenza e di una “cultura” finalizzate non alla loro commercializzazione, ma al miglioramento complessivo della vita sociale, a sedi di produzione di saperi professionalizzanti. Si è scelta la strada di concepire il sistema universitario non più come in primo luogo finalizzato alla produzione di un bene sociale, ma di una dotazione – una ricchezza – privata, esclusiva, da vendere sul mercato del lavoro<sup>4</sup>. In università che hanno subito questa drammatica torsione, le cliniche legali sono lo strumento ideale per corsi di laurea in giurisprudenza che non devono più presentarsi come “meri” (*sic!*) produttori di conoscenze, ma devono soprattutto fornire *skills*, abilità o compe-

tenze vagamente sorrette da *values* (l'uso dei termini inglesi è voluto perché il modello è chiaramente statunitense).

## 2. Cliniche legali: la retorica del realismo giuridico e della “giustizia sociale”

Se, sul piano pratico, la diffusione delle cliniche legali è dovuta al loro apparire come lo strumento che finalmente consente anche agli insegnamenti giuridici di allinearsi con l'idea di una università professionalizzante, sul piano retorico esse si richiamano all'approccio giusrealista e rivendicano una vocazione “ontologica” alla giustizia sociale, intesa come facilitazione dell'accesso alla giustizia da parte di soggetti considerati “marginali”.

Sulle ali di questo mito fondativo, la diffusione delle cliniche legali si è accompagnata a una retorica che si richiama alla famosa contrapposizione tra *law in books* e *law in action*, elaborata quasi un secolo fa da uno dei padri del realismo giuridico americano: Roscoe Pound. Le cliniche sembrano, quindi, rivendicare un approccio al diritto che si contrappone in modo radicale alla tradizione illuminista. Apparentemente, rivendicano una connotazione dirompente rispetto alla concezione giuridica europea continentale dominante e, quantomeno, sovversiva rispetto alla tradizionale gerarchizzazione del sapere giuridico statunitense che, in ossequio a un modello di società imperniato sul contratto e sulla proprietà, attribuisce un ruolo di primo piano alla dottrina civilistica, assunta – al pari di quella che accompagna il codice napoleonico in Europa – come unitaria, sistematica e coerente.

A dispetto di queste rivendicazioni, la concezione tradizionale del diritto e del suo insegnamento ha mostrato, in questi decenni, una scontata capacità di resistere e neutralizzare le spinte critico-innovative del movimento clinico e di funzionalizzarlo al consolidamento del proprio dominio. Come ha sottolineato

2. Con la convenzione quadro siglata il 24 febbraio 2017 tra il Consiglio nazionale forense (Cnf) e la Conferenza dei direttori dei dipartimenti di scienze giuridiche, è stata data attuazione alla riforma dell'ordinamento della professione forense (legge 31 dicembre 2012, n. 247), che a sua volta aveva modificato parzialmente le modalità di svolgimento del tirocinio per l'accesso alla stessa. Ora, lo studente di giurisprudenza iscritto all'ultimo anno può svolgere un semestre di pratica forense all'interno del corso di studi, anticipando così parte dei diciotto mesi di tirocinio che, originariamente, potevano essere svolti solo dopo aver conseguito il diploma di laurea. La convenzione prevede che il professionista presso il quale si svolge la pratica garantisce, sotto la vigilanza del Consiglio dell'Ordine, l'effettivo carattere formativo del tirocinio, favorendo la partecipazione dello studente alle udienze, alla redazione degli atti e alle ricerche funzionali allo studio delle controversie.

3. Vds. *The 2016-17 Survey of Applied Legal Education, research paper* n. 639, Università del Michigan, luglio 2019 ([https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3397322](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3397322)).

4. Su questi temi, si veda l'importante articolo in tema di cliniche legali di Maria Rosaria Marella ed Enrica Rigo, *Le cliniche, op. cit.*, che si conclude rivendicando il valore sociale della cultura e dell'insegnamento e proponendo di considerare le cliniche legali un bene comune.

Duncan Kennedy<sup>5</sup>, uno degli autori più influenti dei *critical legal studies*, ripercorrendo la sua carriera da studente di diritto a Yale alla fine degli anni sessanta del secolo scorso a docente ad Harvard vent'anni più tardi, le promesse di trasformazione degli studi giuridici che accompagnarono la nascita delle cliniche sono progressivamente scomparse. Esse sono state relegate al ruolo, appunto, di mito fondativo, lasciando spazio a una loro concezione di complemento professionalizzante del tradizionale insegnamento del diritto<sup>6</sup>.

In effetti, Jerome Frank, tra i più celebri esponenti del realismo giuridico statunitense, è considerato uno dei primi sostenitori del metodo clinico-legale, in virtù del suo articolo intitolato «*Why not a clinical lawyer school?*», apparso nel 1933 sulla *University of Pennsylvania Law Review*, in cui egli affermava: «Le nostre scuole di diritto devono imparare dai corsi di medicina. Agli studenti di diritto deve essere data l'opportunità di vedere le operazioni legali» (*ivi*, p. 916, corsivo aggiunto). Il legame tra didattica clinica e giusrealismo, e con esso la connessione con l'attenzione per l'accesso alla giustizia dei soggetti deboli, appare però difficilmente sostenibile quando si consideri che, in Italia, il primo ad auspicare e sollecitare la diffusione dell'insegnamento clinico del diritto fu Francesco Carnelutti, fondatore della "scuola sistemica" o "storico-dogmatica". Tracciando il suo profilo, Giovanni Tarello – massimo esponente del realismo giuridico italiano – liquida la connessione tra approccio clinico e attenzione per l'accesso alla giustizia dei soggetti deboli, scrivendo che Carnelutti eccelse nella professione di avvocato, «nella quale si procurò la nomea di uomo non disinteressato». Tarello prosegue sottolineando che:

«l'intervento di Carnelutti nelle discipline penali ebbe un carattere nettamente formalistico, e svolse una funzione solidale con quella della scuola "tecnico-giuridica", ed assolutamente inserita nella tendenza politica del regime fascista, volta a screditare, a tutto vantaggio di una politica criminale di concezione autoritaria, le scienze criminologiche non formali di metodo sociologico, ed a scoraggiare sotto il profilo accademico studi non tecnico-giuridici sulla sanzione penale»<sup>7</sup>.

Per sgomberare il campo da ogni equivoco, il filosofo del diritto genovese, ricorda che l'indirizzo di

studi ispirato dalla "teoria generale del diritto", elaborata da Carnelutti negli anni trenta del secolo scorso, «è stato chiamato (infelicitemente, perché la denominazione crea confusioni con altri e più significativi movimenti della cultura giuridica) "realistico" o "naturalistico". Nell'idea di Carnelutti – in effetti – (...) gli istituti si dispongono in un sistema immanente ad ogni ordinamento giuridico, sistema che il giurista "scopre" come lo scienziato naturale»<sup>8</sup>.

Nel 1934, quindi negli stessi anni in cui appariva l'articolo di Frank, Carnelutti pubblicò il saggio intitolato «*Clinica del diritto*», nel quale, coerentemente con la sua posizione teorica, il *côté* giusrealistico non aveva nessun ruolo, così come l'attenzione per la giustizia sociale, mentre centrale era l'aspetto professionalizzante. L'opportunità di adattare il metodo della clinica medica allo studio del diritto non era visto come un modo di mettere in discussione i fondamenti della tradizione continentale europea, e tantomeno l'assetto sociale, ma come un modo per soddisfare l'esigenza di cominciare a fornire una palestra pratica ai futuri giuristi. Carnelutti, esattamente come Frank, constatava infatti che, alla pari del medico, il giurista è chiamato a risolvere problemi che nella vita reale interessano e spesso affliggono l'uomo. Senonché «a differenza del futuro medico, il futuro giurista, finché rimane nell'università, al contatto di quel reale, il cui possesso è la meta ultima della sua cultura, non arriva mai»<sup>9</sup>.

La ragione del persistere del generico e, normalmente puramente retorico, richiamo alla matrice giusrealista che oggi caratterizza l'approccio clinico al diritto va ricercata nel fatto che esso permette alla cliniche legali di presentarsi come uno strumento didattico, oltre che professionalizzante, capace di adeguare l'insegnamento del diritto alla conclamata – e stra-proclamata – crisi del sistema delle fonti del diritto e della sua sistemazione gerarchica. In un momento in cui l'insegnamento del *law in books*, tradizionalmente incentrato sulle fonti e sulla loro gerarchia, appare delegittimato dall'impossibilità di fare affidamento su un quadro ordinato delle fonti del diritto, il richiamo alla tradizione giusrealista permette all'approccio clinico di presentarsi come uno strumento efficace per superare l'attuale discrasia tra diritto codificato e diritto vivente.

5. D. Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*, in *Journal of Legal Education*, vol. 32, n. 4/1982, pp. 591-615; *Id.*, *The Political Significance of the Structure of the Law School Curriculum*, in *Seton Hall Law Review*, vol. 14, n. 1/1983, pp. 1-16.

6. Cfr. C. Jamin, *Cliniques du droit: innovation versus professionnalisation?*, in *Recueil Dalloz*, n. 11/2014, p. 675.

7. G. Tarello, *Carnelutti, Francesco*, in Aa. Vv., *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. XX, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1977, pp. 452-456.

8. *Ivi*.

9. F. Carnelutti, *Clinica del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1935, I, pp. 169 e 170.

La “scoperta” del metodo clinico non si accompagna dunque all'intenzione di rimettere in discussione l'impostazione normativista e formalista che, nell'Europa continentale, ha caratterizzato l'approccio al diritto dai tempi del codice napoleonico. L'affermarsi dell'approccio clinico e della valorizzazione del diritto in azione contrapposto a quello nei libri (meglio: nei testi normativi) è oggi dovuto soprattutto a un contesto segnato dal crescente affermarsi di quella che viene confusamente definita “*soft law*” e dal prevalere di prassi attuative difformi e a volte considerate, in particolare dai legislatori, arbitrarie o illegittime (in una retorica in cui, spesso, si fa fatica a distinguere le letture costituzionalmente orientate dei testi normativi da parte delle corti dalla delegificazione). La crisi del mito illuminista di un sistema giuridico completo, capace di svolgere una funzione omni-regolativa, secondo l'idea del *pannomion* vagheggiata da Jeremy Bentham, porta alla valorizzazione didattica della pratica giuridica accompagnata dalla contrapposizione tra testi normativi e “diritto vivente”.

La configurazione che le cliniche legali stanno assumendo rivela, però, il retro-pensiero che tale situazione è concepita come temporanea. È evidente l'idea-speranza che, presto, saremo capaci di ridare coerenza e gerarchia al sistema delle fonti, per cui l'insegnamento clinico non dovrà più fare i conti con problemi teorici, cosa per il quale non sembra pensato, ma svolgerà semplicemente quel compito professionalizzante che gli è proprio e che oggi viene considerato un perno irrinunciabile della didattica giuridica.

L'approccio *learning by doing*, o del “diritto in azione”, è dunque ridotto all'obiettivo di far acquisire agli studenti competenze professionali, la “manualità” nell'opera di sussunzione del caso concreto sotto la regola generale. Questo approccio è, in qualche modo, implicito nell'analogia medica. Sulla falsariga delle “cliniche” dei corsi di medicina, opera la “clinica legale”: la pratica clinica dei medici non mette in discussione la scienza medica, così come quella giuridica non deve mettere in discussione l'apparato concettuale tradizionale dei giuristi, la “scienza giuridica”. Gli studenti di medicina, dopo aver imparato l'anatomia e l'anatomia patologica sui manuali nei primi anni di università, vanno in ospedali dove i corsi “clinici” permettono loro di fare esperienza sul campo e di professionalizzarsi, di essere pronti a essere “medici”<sup>10</sup>. Dopo aver studiato i testi normativi, i

futuri giuristi, lavorando con i pratici sui casi, imparano come si sussumono questi ultimi. Emblematico di questa riduzione alla professionalizzazione dell'approccio clinico legale è l'enfasi sul *lawyering*, termine con cui si definiscono le abilità pratiche che esso mira a trasferire. Alla voce «*Lawyering*», il Collins Dictionary recita: «la professione legale; la pratica del diritto». Individuare nel *lawyering* il contenuto didattico delle cliniche è, quindi, un modo tacito di ridurre la pratica del diritto, il diritto in azione, alla pratica del professionista legale. Riduzione confermata anche dalle descrizioni del termine in lingua italiana, che dipingono le abilità pratiche da esso indicate come «colloqui con i clienti, esame dei fatti, studio delle soluzioni e delle strategie difensive, redazione di istanze, atti processuali e memorie»<sup>11</sup>.

Che la connotazione realistica sia meramente retorica e superficiale, e non abbia alcun impatto sulla concezione di fondo del diritto insegnato nelle università, è confermato dal fatto che, spesso, l'insegnamento clinico consiste in pratiche di simulazione di attività legali e nello studio di casi giudiziari. In molte esperienze cliniche, infatti, il contatto diretto degli studenti con gli utenti è del tutto assente. Anche il caso attuale oggetto di studio viene presentato agli studenti non come un problema dalla specifica persona che lo avverte, ma come un mero problema legale posto dal coordinatore della clinica, che spesso è un avvocato. Del resto, lo stesso Frank, come visto, auspicava che le cliniche legali consentissero agli studenti di «*vedere* le operazioni giuridiche», quindi il “*doing*” era ridotto a oggetto di contemplazione.

Viene, così, completamente eliminata dal quadro dell'insegnamento giuridico l'idea che parte essenziale dell'esperienza del giurista siano la dimensione relazionale e quella sociale: l'empatia (o l'antipatia) per chi pone il problema e la condivisione del (o l'avversione per) l'interesse che vuole rivendicare. Ma, soprattutto, si elimina il fondamentale problema della traduzione in problema giuridico di ciò che – per seguire Carnelutti nell'estensione della metafora medica – *affligge* una persona: come se questa fosse un'operazione dall'esito vincolato, che non muta a seconda di chi la compie. Tacitamente, si fa rientrare nel *learning by doing* l'idea che si tratti di un'operazione scientifica (la sussunzione di un fatto all'interno di una fattispecie, il cui risultato non dipende dal soggetto che ha il problema e dal giurista che lo costruisce come un caso giuridico) e non di una scelta

10. *Ivi*.

11. Vds. il documento redatto a cura del Dipartimento di Scienze giuridiche “Cesare Beccaria” dell'Università di Milano, *Nascita e diffusione delle cliniche legali*, accessibile dalla pagina dedicata alle *legal clinics* ([www.beccaria.unimi.it/ecm/home/legalclinics](http://www.beccaria.unimi.it/ecm/home/legalclinics)), che sintomaticamente e simbolicamente adotta la denominazione inglese ([www.beccaria.unimi.it/extfiles/unimidire/385401/attachment/nascita-e-diffusione-delle-cliniche-legali-1.pdf](http://www.beccaria.unimi.it/extfiles/unimidire/385401/attachment/nascita-e-diffusione-delle-cliniche-legali-1.pdf)).

creativa, relazionale, rivendicativa, sociale e politica. In altre parole, si perde quello che, in un saggio risalente all'epoca in cui il movimento clinico doveva ancora consolidarsi, Mark Tushnet<sup>12</sup> presentava come uno dei valori più significativi delle cliniche legali: il fatto che esse danno agli studenti la possibilità di creare un'esperienza giuridica avendo a che fare con una situazione non strutturata, non ancora impostata in una relazione tra l'avvocato e l'assistito, non ancora definita dalle discipline accademiche o non ancora ricondotta ai massimari della giurisprudenza. L'aver a che fare con un'esperienza giuridica ancora da strutturare insegna agli studenti che il diritto ha a che fare con le persone, con le loro emozioni e con quelle che esse suscitano, prima ancora che con i casi e con i tecnicismi. In Italia, questa esperienza è pienamente garantita oggi da cliniche come la «Clinica del diritto dell'immigrazione e della cittadinanza» creata dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre, e la «Clinica legale per i diritti umani» (Cledu) dell'Università di Palermo. Queste cliniche hanno istituito uno sportello all'interno delle università, presso il quale gli stranieri si recano personalmente e sono ricevuti dagli studenti a cui raccontano i loro problemi.

Concepite come uno strumento professionalizzante, le cliniche non innovano, ma rafforzano la concezione del giurista come professionista che vende il suo sapere tecnico al migliore compratore sul mercato, concezione molto lontana da quella di un attore sociale che compie scelte cariche di significato politico. Così inteso, l'approccio clinico appare perfettamente in linea con un mondo in cui il mercato è visto quale paradigma unico e "naturale" di organizzazione delle relazioni sociali, e la professione legale – di conseguenza – è pensata come un modo di stare su un mercato caratterizzato dallo sviluppo di quelle che, non a caso, vengono definite "law firms". Il *learning by doing*, in questo contesto, si presenta semplicemente come un modo di integrare il tradizionale insegnamento del diritto, incentrato su identità tra testi normativi e norme, con prime istruzioni su come articolare la sussunzione dei casi pratici nel quadro normativo. A dispetto dei richiami alla tradizione giurista, l'attuale pratica dell'approccio clinico appare, perciò, perfettamente in linea con la concezione illuministica classica del giurista "bocca della legge".

L'enfaticizzazione dell'aspetto professionalizzante minimizza anche la valenza dei propositi di giustizia sociale che segna la retorica delle cliniche legali e la loro diffusione. Anche quando dichiarano di voler proseguire la linea che ha caratterizzato il loro *boom* negli Stati Uniti, recuperando l'attenzione per i diritti dei soggetti marginali o deboli, le cliniche legali italiane, come del resto molte di quelle statunitensi attuali, sembrano al più ricordare al giurista "attore sul mercato" che deve svolgere anche un'attività *pro bono* in funzione di cause nobili. L'attenzione ai soggetti marginali non è declinata come "costruzione di un diritto" che favorisca il loro *empowerment*, ma come un richiamo all'idea che il successo, misurato in termini economici – al quale comunque l'impegno in "un caso umanitario", speso sui *social media*, può contribuire in modo significativo –, potrebbe non essere sufficiente a rassicurare, come voleva Calvino, l'avvocato sulla sua salvezza eterna. In linea con la concezione filantropica, che ha da sempre accompagnato lo sviluppo del mercato nei paesi anglosassoni, l'approccio clinico sembra avere quindi soprattutto il grande *atout* di legittimare il professionista che opera sul mercato, il socio della *law firms*, consentendogli di pensarsi come "buono", saltuariamente attento ai bisogni di chi non può permettersi parcelle salate: «Come ti senti amico, amico fragile, se vuoi potrò occuparmi un'ora al mese di te»<sup>13</sup>.

### 3. Dal *learning by doing* al *learning by making up*

Questo quadro mi fa guardare con diffidenza alle tesi di chi sostiene che il "movimento clinico globale" stia imponendo una riforma sostanzialmente uniforme dei *curricula* accademici in contesti diversissimi tra loro, riorientando la formazione dei giuristi verso la giustizia sociale<sup>14</sup>. Vedo, piuttosto, il metodo clinico come una lama tagliente: essa può essere usata per salvare una vita umana asportando un tumore, oppure per uccidere una persona. Il suo impiego non è, di per sé, una rivoluzione nella didattica giuridica. Come mostrano le esperienze non solo italiane, esso si presta benissimo a essere ridotto a strumento ancillare del modo di insegnamento tradizionale, rafforzandone gli aspetti professionalizzanti<sup>15</sup>. Solo un

12. M. Tushnet, *Scenes from the Metropolitan Underground: A Critical Perspective on the Status of Clinical Education*, in *George Washington Law Review*, vol. 52, 1984, pp. 272-279.

13. F. De André, *Amico fragile*, in *Id.*, Volume 8, 1975. La strofa prosegue così: «Lo sa che io ho perduto due figli», «Signora lei è una donna piuttosto distratta» (...).

14. Vds. F. Bloch e M. Menon M., *The Global Clinical Movement*, *op. cit.*, p. 273.

15. Secondo i sostenitori della "tesi entusiastica" (vds. F. Bloch e M. Menon, *op. ult. cit.*, p. 271), la metodologia delle cliniche legali che



suo impiego che muova dalla convinzione che, prima ancora che i modi di insegnamento del diritto, vada profondamente rivista la concezione del diritto che viene insegnato porta a dare pieno sviluppo a elementi dell'approccio clinico che normalmente vengono relegati al piano retorico.

Il mio auspicio è che l'approccio clinico si configuri come uno strumento didattico utilizzato non per affiancare una parte pratica-professionalizzante ai tradizionali corsi basati sui testi normativi, ma per rivedere radicalmente l'insegnamento del diritto. Esso può e deve essere uno strumento da utilizzare non per assecondare, ma per opporsi alla riduzione professionalizzante dell'insegnamento universitario, destinata alla lunga a portare all'annichilimento del sapere giuridico. Le cliniche legali sono l'occasione per fare un lavoro, prima ancora che professionalizzante, di grande valore culturale, che – mi sia permesso di dirlo – è il lavoro delle università. Sono cioè l'occasione per riaffermare, andando in direzione opposta da quanto suggerito dal Processo di Bologna, che una cosa sono i corsi universitari e un'altra quelli della Scuola Radio Elettra<sup>16</sup>.

Le cliniche legali sono interessanti, ai miei occhi, se consentono di affermare questa distinzione, non di ridurre i primi ai secondi.

Se le scuole di giurisprudenza scelgono di ridurre le cliniche legali a mero strumento professionalizzante, perdono un'occasione storica per ripensare l'insegnamento del diritto, abbandonando una concezione ideologica del fenomeno giuridico che i suoi studiosi sanno, da almeno mezzo secolo, essere superata. Il metodo clinico, se utilizzato in modo non ancillare rispetto all'insegnamento tradizionale, può essere il perno di corsi di laurea giuridici in grado di forgiare l'autonomia critica e, quindi, di produrre studenti capaci di essere innovativi e non conformisti.

Il compito di una didattica basata sulle cliniche legali dovrebbe essere quello di insegnare ai futuri giuristi ad affrontare le problematiche che gli indivi-

dui incontrano e i conflitti che essi vivono, mettendoli in grado di fornire loro gli strumenti per proceduralizzarli e vincerli. Il metodo clinico consente di insegnare un diritto pensato non come un sistema di testi normativi più o meno ordinato, ma come un sapere che, utilizzando quei testi e le loro letture, si costruisce dal basso, dal problema e dal conflitto proposto, e si sviluppa costruendo insieme il problema giuridico (il "caso") e la norma che lo regola. È grazie a questa caratteristica che esso può avere una funzione di giustizia sociale, insegnando agli studenti a preoccuparsi di come "costruire" l'accesso alla giustizia a chi non ha mai nemmeno pensato che il suo problema avesse dignità giuridica.

Se prendiamo sul serio la matrice giusrealista del metodo clinico, potremmo usarlo non (sol)tanto per sviluppare un insegnamento che prenda atto delle caratteristiche del diritto contemporaneo e delle sue trasformazioni. Le cliniche rappresentano l'occasione per informare l'insegnamento del diritto all'idea che esso viene creato quotidianamente da una comunità di giuristi che operano nello iato esistente tra il testo normativo (prodotto dal legislatore) e la norma, costruita dalla comunità stessa attraverso il dialogo, il vaglio critico incrociato e il controllo dei diversi gradi giurisdizionali. Rappresentano l'occasione per portare in primo piano questa consapevolezza, relegata per decenni dall'ideologia illuminista (normativista, formalista, imperativista, etc.) ai discorsi dei teorici del diritto – discorsi culturali e non professionalizzanti – o alla consapevolezza di fondo, non interferente con la loro attività, dei pratici ("so che esiste la teoria della relatività di Einstein, ma per fare cose nella vita – professionale – di tutti i giorni mi basta il sistema newtoniano"). Le cliniche legali devono essere lo strumento che consente di insegnare agli studenti non un "doing" professionalizzante, come si usa in pratica la scienza giuridica, come si opera la sussunzione, ma un "making up" che costituisce, in primo luogo una rottura culturale<sup>17</sup>.

---

si sta diffondendo prepara gli studenti di legge «a comprendere e assimilare le proprie responsabilità in quanto membri di una professione di interesse pubblico, volta all'amministrazione della giustizia, alla riforma della legge, a rendere equa la distribuzione dei servizi giuridici nella società, alla protezione dei diritti individuali e degli interessi pubblici, nonché ad affermare gli elementi fondamentali della propria professionalità». Questa descrizione appare tratteggiare, più che una riforma dei *curricula* accademici, una loro integrazione con una parte professionalizzante, colorita dall'enfaticizzazione dei doveri etico-deontologici.

16. Nel "Chi siamo" del sito della Scuola ([www.scuolaradioelettra.it](http://www.scuolaradioelettra.it)), si legge «SCUOLA RADIO ELETTRA. Formazione professionale dal 1951. Centro accreditato per la formazione professionale, Scuola Radio Elettra eroga corsi teorico-pratici fortemente orientati al mondo del lavoro. L'offerta formativa, originariamente specializzata in impiantistica, elettronica e informatica, è oggi estesa anche ai settori food, bellezza e benessere, salute e servizi sociali. Attiva dal 1951, Scuola Radio Elettra ha formato più di 1 milione di persone».

17. «Possiamo senza dubbio immaginare che certi uomini si divertano a giocare con una palla in un prato; e precisamente, che comincino diversi giuochi, tra quelli esistenti, senza portarne a termine qualcuno; che tra un giuoco e l'altro gettino la palla in alto senza scopo, si diano l'un l'altro la caccia con la palla, gettandosela addosso per scherzo, ecc. E ora uno potrebbe dire: Per tutto il tempo costoro hanno giocato un giuoco di palla attenendosi, ad ogni lancio, a determinate regole. E non si dà anche il caso in cui giochiamo e – "make up the rules as we go along" [facciamo le regole via via che procediamo]? E anche il caso in cui le modifichiamo – as we go along?» (L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, 1953, Blackwell-Suhrkamp, Oxford-Francoforte sul Meno, par. 83; trad. it. Einaudi, Torino, 1967, pp. 55-56).

Per compiere questa operazione non è necessario rivolgersi al realismo statunitense: basta guardare a quello italiano e, in particolare, all'opera di Giovanni Tarello. Il teorico del diritto genovese è stato infatti, in Italia, il critico più determinato e sagace della dottrina secondo cui l'interpretazione giuridica è conoscenza di norme precostituite e, quindi, impresa scientifica (da cui l'idea delle "scienze giuridiche" che campeggia nel nome di una pletora di dipartimenti giuridici italiani) e non invece produzione di norme (e, quindi, impresa politica)<sup>18</sup>. Quando nessuno pensava (più) alle cliniche legali, Tarello ci ricordava che, nella pratica giuridica, «operatori diversi, in tempi diversi o contemporaneamente, per fini diversi o perseguendo con mezzi diversi gli stessi fini, individuano negli stessi testi legislativi norme diverse e magari tra loro confliggenti»<sup>19</sup>.

Le cliniche sono lo strumento per sviluppare, finalmente, un insegnamento che muova dalla considerazione che gli enunciati normativi contenuti nelle fonti del diritto non sono mai passibili di una sola interpretazione, ma semmai di una pluralità di interpretazioni, nessuna delle quali è per ciò stesso "vera". Se una interpretazione è ammissibile o meno, quali siano le norme per le quali sussistono "le condizioni di asseribilità" lo decide, nei diversi momenti storici, la comunità degli interpreti, cioè dei giuristi<sup>20</sup> o, come la definisce Tarello<sup>21</sup>, la «cultura giuridica interna». In questa concezione "realistica" del diritto, ogni articolo di legge, ogni comma, non è una "norma", ma un campo di battaglia nel quale vari attori si scontrano per definire la *norma* da ricavarne. Ma questo scontro avviene utilizzando un linguaggio preciso, se vogliamo "tecnico", e i testi che esso assume come punto di riferimento sono un insieme, non solo cronologicamente (oggi, grazie

alla crisi del sistema delle fonti, ne siamo consapevoli), aperto, in continuo divenire.

Nella misura in cui il diritto vigente si compone di norme, lo studente di diritto non può fare a meno di studiare la «costruzione giuridica»<sup>22</sup>, cioè come avviene la produzione del significato di un testo normativo, delle tecniche utilizzate per argomentare la scelta della norma ricavata da esso. Le cliniche appaiono come uno strumento didattico particolarmente adatto per far comprendere che, nell'opera di costruzione, il giurista si muove sempre tra un piano descrittivo e uno persuasivo/prescrittivo. Il primo piano è quello della «teoria dell'interpretazione»<sup>23</sup>, vale a dire il piano ricognitivo di come, nella prassi giudiziaria e amministrativa, gli operatori giuridici hanno letto e impiegato fino a quel momento i documenti normativi. Il secondo è il piano dell'«ideologia dell'interpretazione»<sup>24</sup>, cioè quello di un discorso persuasivo: un discorso che mira a creare le condizioni di asseribilità per l'interpretazione di un testo normativo, mentre ne raccomanda l'adozione.

#### 4. L'accesso alla giustizia e l'immaginazione giuridica

Così intese, le cliniche legali sono uno strumento che consente di far capire agli studenti che, da giuristi, il loro mestiere sarà quello di dedicarsi alla creazione giudiziale e dottrinale delle norme. In primo luogo, devono essere consci che non sono e non saranno rotelle di un ingranaggio mosse da una rotella più grande, il legislatore, ma che, ogniquale volta eserciteranno il loro mestiere, compiranno scelte intrinsecamente e inevitabilmente politiche. Una volta sviluppata questa consapevolezza, i futuri giuristi potranno cominciare

18. Il percorso argomentativo di Tarello inizia con *Il "problema dell'interpretazione": una formulazione ambigua*, del 1966, seguito dal lungo saggio *Studi sulla teoria generale dei precetti. I. Introduzione al linguaggio precettivo*, del 1968 (ora entrambi raccolti in *Id., Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974), e trova pieno compimento nell'opera *L'interpretazione delle leggi*, del 1980. Anche la sua opera storiografica (*Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, vol. I, Il Mulino, Bologna, 1976) è dedicata a ricostruire come, in epoca moderna, si sia proceduto a tecnicizzare e depoliticizzare il ruolo dei giuristi.

19. Vds. la sua recensione a N. Irti: G. Tarello, *Introduzione allo studio del diritto privato*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-1977, p. 936.

Sull'insegnamento di Tarello, si veda il primo capitolo di R. Guastini, *Saggi scettici sull'interpretazione*, Giappichelli, Torino, 2017. Sulla distinzione tra «testo normativo» e «norma» cfr. sempre R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011. Tra gli autori stranieri che hanno sostenuto con chiarezza la stessa tesi, merita di essere segnalato Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Presses Universitaires de France (PUF), Parigi, 1994, trad. it. Guida, Napoli, 1998. Anche sull'opera di Troper, si possono vedere i *Saggi scettici sull'interpretazione* di Guastini, in particolare, il cap. V.

20. Cfr. E. Santoro, *Diritto e diritti: Lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 281-334.

21. G. Tarello, *La nozione di diritto positivo*, in *Id., Cultura giuridica e politica del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1967, pp. 205 ss.

22. Cfr. R. Guastini, *Interpretare*, op. cit., pp. 105-228; *Id., Saggi scettici*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 20 ss. e 80 ss.

23. *Id., Interpretare*, op. cit., pp. 407-432.

24. *Ivi.*, pp. 433 ss.

a pensare se orientare le loro scelte in base ai risultati pratici che producono, all'impatto sulle vite delle persone, oppure all'ossequio di costruzioni dogmatiche eleganti o all'opinione più consolidata (criteri assunti, spesso, come indici di "verità" che convalidano l'operazione di esegesi), o ancora a criteri di produttività e celerità delle decisioni, che sembrano richiesti non solo dal mercato delle professioni forensi, ma anche da modalità organizzative della professione giudiziaria già in voga o minacciate da proposte di riforme.

Le cliniche legali si trovano dinanzi allo stesso tipo di scelta: potranno strutturarsi con l'obiettivo di stimolare l'immaginazione degli studenti su come difendere i soggetti deboli e marginali o, usando un'espressione più ampia, che rende meglio l'idea dell'impresa, su come *creare i loro diritti*. Ma potranno anche essere semplicemente professionalizzanti, dando agli studenti di giurisprudenza la capacità di costruire il diritto che è più richiesto e meglio pagato dal mercato; potranno avviarli alla costruzione di una *law firm* come *spin-off* della loro attività.

Una clinica legale può fare questa scelta in primo luogo attraverso l'area tematica cui decide di dedicarsi. L'attenzione alla giustizia sociale si manifesta anche, o forse soprattutto, nel dato che le cliniche legali si sono per lo più sviluppate in settori che, più spesso e più problematicamente, coinvolgono soggetti deboli (diritto di famiglia, diritto del lavoro, diritto dell'immigrazione, diritto penale, diritto dell'esecuzione penale) o interessi collettivi (diritto dell'ambiente e diritti dei consumatori). Nel 47 per cento delle *law schools* statunitensi, lo scorso anno accademico era attiva una clinica legale in materia di "*criminal defense*"; nel 17 per cento, una clinica in ambito di "*criminal prosecution*" (focalizzata, quindi, sulla difesa delle vittime); nel 9 per cento, una clinica in tema di "*prisoners' rights*". Quindi, una parte significativa delle cliniche legali statunitensi si occupa tanto di autori di reato, durante il processo e poi nella fase dell'esecuzione della pena – perciò di soggetti la cui rivendicazione di diritti fondamentali appare delegittimata dal loro comportamento –, quanto delle vittime (ad esempio, donne e minori) in cerca di sostegno per la tutela dei propri diritti. Significativo è che l'attenzione per i soggetti deboli non fa apparire questi due percorsi contraddittori, come avviene nel discorso comune (che contrappone i diritti degli autori del reato a quelli delle vittime), ma come parte di uno stesso

approccio. Peraltro, la delimitazione dell'ambito non è di per sé sufficiente a caratterizzare l'orientamento di una clinica: in ogni ambito, si potrà assumere un approccio radicale, progressista o conservatore.

A mio modo di vedere, le cliniche legali che si propongono di rivolgersi ai soggetti deboli e marginali devono imparare a coniugare le tesi di Mauro Cappelletti sull'accesso alla giustizia con quelle del sociologo statunitense Charles Wright Mills sulla «immaginazione sociologica». Per Cappelletti, l'accesso alla giustizia non è solamente un diritto individuale da universalizzare, ma un indicatore il cui sviluppo misura «un incessante progresso sociale, che implica un dibattito costante sia sulle modalità di accesso, che sull'idea di giustizia che ne risulta»<sup>25</sup>. Dal canto suo, Mills<sup>26</sup> sollecitava i sociologi interessati alla difesa dei soggetti marginali a sviluppare l'«immaginazione sociologica», cioè un linguaggio capace di mettere le donne e gli uomini in condizioni di trasformare i loro «guai personali» in «problemi pubblici». Analogamente, le cliniche legali che si propongono di essere attente all'accesso dei soggetti marginali alla giustizia devono sviluppare, per richiamare il titolo di un saggio di Pietro Costa, l'«immaginazione giuridica»: un discorso capace di trasformare i «guai privati» dei soggetti marginali in problemi giuridici, in rivendicazioni da presentare di fronte a un giudice. Scrive Costa<sup>27</sup>, a conclusione del suo saggio (che ogni giurista dovrebbe leggere e meditare):

«Il giudice agisce come risolutore istituzionale di un conflitto alla luce di un ordine (apparentemente) già dato ed immobile, che però dispiega le sue potenzialità progettuali proprio nel momento in cui il giudice lo riformula in funzione di una dinamica intersoggettiva sempre nuova e diversa. L'immaginazione giuridica si dispiega in un racconto programmaticamente sospeso fra la raffigurazione di un ordine che esiste solo in quanto «descritto» (nel mondo possibile del giurista) e la messa a punto di un progetto che esiste solo in quanto attuato (nell'ambito della quotidiana interazione sociale)».

L'immaginazione giuridica è uno strumento fondamentale per passare da un ordine «descritto», che tende a classificare le condizioni di marginalità come «guai privati», a un progetto, che esisterà solo in quanto costruito dai giuristi, in cui esse assurgono a quella particolare configurazione di un problema pubblico che è un «caso giudiziario».

25. M. Cappelletti e B. Garth (1981), *Access to Justice and the Welfare State. An Introduction*, in M. Cappelletti (a cura di), *Access to Justice*, vol. 4, European University Institute, Firenze, 1981, p. 2 – si deve la citazione a M.R. Marella ed E. Rigo, *op. cit.*, pp. 539 e 540.

26. C.W. Mills, *The Sociological Imagination*, Oxford University Press, Oxford, 1959 (prima edizione italiana: *L'immaginazione sociologica*, Il Saggiatore, 1962, ultima ristampa 2014).

27. P. Costa, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Diritto pubblico*, Cedam, Padova, n. 1/1995, pp. 33 e 34.

Normalmente, le persone marginali non hanno gli strumenti per individuare la soluzione dei loro “guai personali” nella rivendicazione di diritti da far rispettare. Per trasformare i guai privati in problemi giuridici, l’operato del diritto deve vedere l’intreccio dei poteri (economico, sociale, fisico, etc.) che sta dietro a quei guai, e capire se e come è attivabile un potere autonomo rispetto alla stratificazione sociale del potere: quello giuridico. Come ci ha insegnato Weber, infatti, il potere giuridico serve spesso a compensare gli altri poteri sociali, colmando il divario di “potenza” che affligge i soggetti marginali.

Si prenda in considerazione il seguente esempio, che riguarda questioni oggi molto discusse: essere nato nel Nord del Mali, flagellato da guerre ed eccidi, è un “guaio personale”. Porre in modo convincente, casomai sottolineando le responsabilità post-coloniali degli Stati occidentali in sedi istituzionali e nel dibattito politico, il problema di come la comunità internazionale possa farsi carico di garantire la vita alle persone che nascono in Mali e salvarle dagli eccidi che lì vengono compiuti, trasformando quel “guaio personale” in “un problema pubblico”, è il compito che Mills affida all’immaginazione sociologica. Garantire a coloro che sono nati nel Nord del Mali, casomai senza rischiare la vita nella traversata della Libia e del Mediterraneo, l’accesso alla procedura di asilo (cioè l’accesso alla giustizia) e, possibilmente il suo successo, è compito dell’immaginazione giuridica: il compito che si assume un giurista elaborando un ordine immaginario, in cui i diritti fondamentali di tutte le persone sono garantiti, da presentare a un giudice perché lo renda concreto.

Il discorso dei giuristi ha un’importanza fondamentale sul modo in cui le condizioni di debolezza sono oggettivate e interiorizzate, entrano a far parte del senso comune. Solo se, nell’usare i testi normativi, muovono dall’importanza di offrire forme di tutela giuridica (diritti) e di proceduralizzazione dei conflitti, gli interpreti possono contribuire a restituire alle persone marginali una vita dignitosa. Per raggiungere questo obiettivo, i giuristi devono imparare a usare la loro “immaginazione” per costruire un discorso giurisprudenziale mirato a compensare, e non ad accentuare, le condizioni di isolamento ed esclusione, in cui normalmente vivono i “soggetti deboli”. Il compito di una clinica orientata alla tutela di questi soggetti è quello di stimolare la «immaginazione del giurista», per dirla con Costa, la sua capacità di «inventare» il diritto, trovandolo o creandolo, per usare invece il linguaggio di Paolo Grossi<sup>28</sup>, che consenta alle molte

persone che vivono ai margini dei diritti, senza essere in grado di usarli, di accedere agli strumenti di tutela previsti dall’ordinamento.

## 5. Un piccolo esperimento didattico: le cliniche legali dell’Università di Firenze

La Scuola di Giurisprudenza dell’Università di Firenze ha accolto la proposta de «L’altro diritto – Centro interuniversitario di ricerca su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni» di attivare, nell’ambito dei propri corsi, tre cliniche legali che provano a sperimentare l’approccio realista che è stato illustrato in queste pagine.

L’operazione è resa possibile dall’ambiente culturale che caratterizza la didattica della Scuola. Gli studenti frequentano, da un lato, corsi di storia del diritto improntati agli insegnamenti della “Scuola fiorentina”, di cui Paolo Grossi e Pietro Costa sono stati protagonisti e grandi maestri. Attraverso i corsi di filosofia del diritto, che fin dal primo anno li introducono al realismo giuridico, “costringendoli” a studiare «*Diritto e giustizia*» di Alf Ross, gli studenti familiarizzano inoltre con l’idea che questo approccio possa costituire un interessante punto di vista per orientarsi nel diritto post-moderno. Viene loro suggerito che il realismo, specialmente nella versione “culturale” di Ross, rappresenti una teoria che permette di orientarsi in un mondo giuridico caratterizzato dalla crisi della gerarchia delle fonti e, forse, dello stesso concetto di “fonte del diritto”. È, infatti, Ross che ci insegna che è la comunità degli interpreti che “inventa” le fonti del diritto e non queste che “creano” il diritto. Questa linea “culturale” è sviluppata anche attraverso il corso di argomentazione giuridica, tutto incentrato sulle tesi di Tarello sulla distinzione tra testo normativo e norma, e mirato a far conoscere la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Questa Corte, ormai da molti anni, rivendica infatti che il suo ruolo non è quello di “applicare” la legge – nel suo caso, la Cedu – ma di renderla uno strumento vivente, capace di tutelare i diritti fondamentali tenendosi al passo con i tempi e incrementando progressivamente il livello di protezione, muovendosi attraverso le culture giuridiche e i testi normativi di quarantasette Stati. Grande attenzione al modo in cui la Corte “costruisce” in particolare i diritti dei detenuti è dedicata anche dal corso di sociologia del diritto, incentrato sulla sociologia della pena e della devianza, in questo

28. L’ultimo libro di Paolo Grossi si intitola, non a caso, *L’invenzione del diritto* (Laterza, Roma-Bari, 2018), titolo che gioca in modo abbastanza scoperto sul significato moderno di “invenzione” come creazione *ex nihilo*, e su quello antico, latino, dello stesso termine: “*inventio*”, cioè “scoperta”, “ritrovamento” di qualcosa che già evidentemente esiste, ma anche “stratagemma”.

ordine, in virtù di una precisa scelta culturale in favore dell'approccio della *labelling theory*.

A partire da questo contesto, il Centro interuniversitario e la Scuola di Giurisprudenza hanno sviluppato tre cliniche legali mirate a stimolare l'immaginazione degli studenti affinché "costruiscano" modi di trasformare in diritti i guai privati delle persone in esecuzione penale e di quelle che arrivano in Italia chiedendo una protezione internazionale, e affinché imparino il linguaggio della Corte Edu e comincino a praticare l'uso che essa fa dell'immaginazione giuridica.

Le tre Cliniche hanno una dichiarata finalità di protezione dei diritti dei soggetti deboli fin dalla loro denominazione: non sono cliniche legali sull'esecuzione penale, sull'asilo o sulla Cedu, ma su «I diritti dei richiedenti protezione internazionale», «La protezione dei diritti delle persone in esecuzione penale» e «La protezione dei diritti da parte della Corte Edu». Quindi, sono cliniche dichiaratamente votate alla "costruzione" dei diritti dei soggetti marginali.

Le due Cliniche dedicate ai diritti dei richiedenti protezione internazionale e a quelli delle persone in esecuzione penale non sono condotte, come è nella consolidatissima tradizione clinica, con avvocati. In una prima parte seminariale, gli studenti prendono familiarità con i discorsi giuridici specialistici, dopodiché vanno ad affiancare i giudici della Sezione specializzata per l'immigrazione o del Tribunale di sorveglianza e, per la Clinica sui diritti dei richiedenti protezione internazionale, gli operatori dei centri di accoglienza, preparando i richiedenti al colloquio con la Commissione asilo o, in base a una convenzione stipulata con il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, i volontari de «L'altro diritto» onlus. Questa onlus ha attivato, all'interno di varie carceri italiane, una serie di sportelli per la tutela dei diritti dei detenuti, con l'obiettivo di sostenere questi ultimi nella stesura dei reclami alla magistratura di sorveglianza e alle altre autorità di volta in volta competenti.

Questa scelta è stata fatta, da un lato, per assicurare che gli studenti partano sempre dal vissuto dei soggetti che enunciano il loro "guaio personale" e dal racconto che essi stessi fanno di questo "guaio", e non abbiano intermediari che trasformino preventivamente il guaio personale in un caso giuridico. Dall'altra, perché essi possono sempre confrontare il guaio personale, da cui si muove, con la decisione che gli dà connotazione giuridica e con le modalità che portano

ad essa, per poter valutare criticamente la scelta politica operata dal giudice. La scelta di affiancare i magistrati si fonda sul fatto che la Sezione specializzata per l'immigrazione del Tribunale di Firenze ritiene, giustamente, suo dovere ascoltare i richiedenti protezione internazionale. Lo studente, quindi, ascolta la storia, il guaio personale, e all'inizio della sua esperienza – come dice Frank – "vede" come il giudice lo trasforma in un caso giuridico, mentre, alla fine di essa, discute con lo stesso giudice questa operazione e le sue assunzioni politiche e le sue conseguenze sulla vita dei richiedenti. Presso il Tribunale di sorveglianza, gli studenti hanno anche modo di capire, attraverso i fascicoli dei soggetti in esecuzione penale, come il vissuto (il guaio personale) sia, passaggio per passaggio, burocratizzato, trasformato in un dato giuridico-amministrativo, e come questa costruzione influisca sull'effettività dei diritti delle persone.

L'unica clinica legale che non prevede né un contatto diretto con le persone e i loro "guai" né un affiancamento dei "giudici al lavoro" è la Clinica sulla tutela dei diritti di fronte alla Corte Edu, e ciò, in gran parte, per ovvie difficoltà logistiche<sup>29</sup>. La scelta di sviluppare questa clinica, anche al netto di tali difficoltà, è dovuta al fatto che, come detto, il diritto convenzionale è, per esplicita e ripetuta rivendicazione della Corte stessa, un diritto che rifiuta il tradizionale rapporto con il testo. La Corte dichiara esplicitamente di non pensarsi e di non voler essere "bocca della legge", ma di voler essere "creatrice" del significato del testo in base a un parametro che è il consenso sul livello minimo di tutela diffuso nella "grande Europa", quella composta dai quarantasette Stati membri del Consiglio d'Europa. Una tale rivendicazione la rende un *unicum* nel panorama europeo.

A fondamento della creazione di questa clinica sta anche il fatto che non esistono ancora, nelle università italiane, corsi specificamente dedicati alla Convenzione dei diritti dell'uomo "così come interpretata dalla Corte". Questo a dispetto del fatto che la Convenzione è entrata nel nostro ordinamento dai piani alti – direi "dall'attico", se mi si consente la metafora –, cioè attraverso il modo in cui la Corte costituzionale ha creato il significato dell'art. 117 della nostra Carta fondamentale per inquadrare il rapporto tra la sua giurisprudenza e quella della Corte Edu, e dare concretezza al principio di sussidiarietà che innerva la relazione tra diritto statale e convenzionale. Nel contesto di cliniche legali create per sviluppare l'immaginazione capace di giuridificare i guai personali

29. Si cerca di organizzare comunque la presenza degli studenti a un'udienza di Grande Camera e, in quell'occasione, viene organizzato anche un incontro seminariale a Strasburgo con alcuni giudici della Corte. Vari giudici della Corte sono chiamati a partecipare, a Firenze, ai lavori della Clinica e fanno parte delle giurie del *moot court*, che ha luogo in francese o inglese, lingue veicolari della Corte. Nel *moot court* si sostanzia l'attività pratica degli studenti.

dei soggetti marginali, è importante notare che il diritto convenzionale dovrebbe entrare nel nostro ordinamento anche dai piani bassi – direi, per continuare nella metafora, “dalla cantina”. Infatti, da qualche anno, introducendo per la prima volta nel nostro ordinamento una fonte giurisprudenziale, l’art. 35-ter dell’ordinamento penitenziario prevede che una persona possa chiedere al magistrato di sorveglianza o, una volta scarcerato, al giudice civile, il risarcimento per essere stata detenuta «in condizioni di detenzione tali da violare l’articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo» (corsivo naturalmente mio). Sotto questo profilo, la Clinica sulla tutela dei diritti da parte della Corte Edu è sinergica con quella sulla tutela dei diritti delle persone in esecuzione penale.

Infine va ricordato, in materia di accesso alla giustizia che definisce il livello di civiltà giuridica, che la Corte, con un approccio radicalmente giusrealista, ma condiviso anche da Kelsen – che vede nel diritto non l’ordine basato sulla forza, ma la regolamentazione dell’uso della forza –, ha disgiunto, sul piano teorico, la titolarità dei diritti dalla cittadinanza. Questo approccio l’ha resa essa stessa il punto di riferimento per molti cittadini non europei che non avevano un giudice davanti al quale portare i loro guai privati.

Come recita il titolo stesso della Convenzione, essa enuncia i «Diritti dell’Uomo», quindi la Corte è chiamata a garantire questi diritti a tutti gli esseri umani. Naturalmente, questo non vuol dire che il potere di adire la Corte spetti a chiunque, in qualsiasi parte del mondo, consideri violato un suo diritto previsto dalla Convenzione. Questa vincola solo gli Stati appartenenti al Consiglio d’Europa.

La Corte non ha competenza universale: i diritti riportati dalla Convenzione non sono sempre azionabili da tutti gli esseri umani, pur essendo attribuiti a tutti gli esseri umani. L’astratta attribuzione diviene possibilità di proporre ricorso, quindi la tutela del diritto diviene effettiva solo quando a violare il diritto sia un funzionario di uno degli Stati che hanno sottoscritto la Convenzione, ovunque avvenga la violazione e qualsiasi essere umano sia il soggetto vittima della violazione. Nella misura in cui il diritto è una situazione giuridica, una pretesa o una immunità<sup>30</sup> per tutelare la quale l’ordinamento giuridico attribuisce la possibilità di rivolgersi a un giudice, i diritti previsti dalla Cedu esistono, cioè sono azionabili, solo quando a violarli siano i funzionari di uno Stato firmatario della Convenzione stessa<sup>31</sup>.

Quindi, in virtù dei suoi artt. 1 e 34, rubricati rispettivamente «Obbligo di rispettare i diritti dell’uomo» e «Ricorsi individuali», la Convenzione ha capovolto la logica del riconoscimento dei diritti. Questi non sono attribuiti in base all’appartenenza a una nazione, concretizzatasi in uno Stato: la possibilità di azionarli non dipende dal potere conferito da uno Stato a un soggetto individuale appartenente alla comunità politica che esso rappresenta, a un suo cittadino. Il diritto si concretizza, conferisce il potere di agire in giudizio, quando l’essere umano, suo titolare, a prescindere dalla propria nazionalità, è vittima dell’esercizio di un potere da parte di un funzionario di certi Stati, quelli firmatari della Convenzione. Per la prima volta, al carattere universale dei diritti corrisponde la possibilità concreta e sistematica della loro giurisdizionalizzazione a prescindere dallo Stato di appartenenza, purché la violazione venga compiuta ad opera di uno degli Stati che hanno aderito alla Convenzione.

30. W.N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as applied in judicial reasoning*, Yale University Press, New Haven (CT), 1953; e A. Ross, *On law and Justice*, Stevens and Sons, Londra, 1958, trad. it. Einaudi, Torino, 1990, pp. 149-159.

31. Per un caso famoso, che riguarda l’Italia, in cui l’immaginazione giuridica della Corte, l’ordine da essa immaginato, si è trasformato in realtà, in interpretazione autentica della convenzione, si veda il caso Hirsi Jamaa e altri c. Italia [GC], ric. n. 27765/09, 23 febbraio 2012, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-109231%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-109231%22]}).

# Dal *case law* alla discriminazione istituzionale: la «Clinica legale per i diritti umani» tra formazione giuridica e pratica di giustizia sociale

di *Alessandra Sciorba*

Nel quadro dell'esperienza della «Clinica legale per i diritti umani» dell'Università di Palermo (Cledu), il contributo tratta di alcune azioni specifiche condotte nei suoi primi anni di lavoro nell'ottica della costruzione di un "modello" di intervento sistemico, per poi descriverne la necessaria rimodulazione in risposta ai veloci mutamenti politico-normativi del periodo più recente. Sarà così possibile porre in luce alcune caratteristiche dell'approccio clinico-legale nell'Italia contemporanea, e del ruolo del giurista ad esso connesso.

**1. Introduzione / 2. La Cledu: attività e metodologia di intervento / 3. I primi anni di sportello Cledu: dal 2015 al 2017 / 4. Dalla costruzione di un modello alla difesa dell'esistente. Le attività della Cledu dal 2017 ad oggi / 5. Conclusioni. La Cledu come presidio di difesa dei principi costituzionali e della cultura dei diritti umani**

## 1. Introduzione

Questo contributo guarda al ruolo che le cliniche legali hanno e possono avere oggi in Italia, a partire dalla narrazione della specifica esperienza della «Clinica legale per i diritti umani» dell'Università di Palermo (Cledu).

Non mi soffermerò quindi sulla storia delle cliniche, la cui diffusione in questo Paese avviene in tempi recenti, ma che hanno origine già nei primi anni del XX secolo negli Stati Uniti e, da lì, si diffondono in molte parti del mondo. Tale fenomeno è stato, del resto, abbastanza esaminato da questo punto di vista<sup>1</sup>, mentre un numero crescente di giuristi ha concentrato la pro-

pria attenzione anche sulle sue declinazioni italiane<sup>2</sup>.

Accenno solo al fatto che esistono in Italia esperienze risalenti all'inizio degli anni novanta, che in effetti avevano già allora adottato, nei dipartimenti di giurisprudenza, quello che può essere senz'altro descritto come un approccio clinico legale, senza però definirlo esplicitamente come tale<sup>3</sup>. Ciò è forse riconducibile a una sorta di resistenza all'adozione del termine "clinica" da parte di docenti consapevoli dei rischi insiti nella pretesa universalizzante di quel discorso che Michel Foucault aveva esattamente definito come "clinico" in relazione alla clinica medica: un discorso capace di costruire e legittimare un «regime di verità» atto a definire distinzioni dicotomiche tra

1. Per una storia delle cliniche legali, cfr. M. Romano, *The history of legal clinics in the US, Europe and around the world*, in C. Bartoli (a cura di), *Legal clinics in Europe: for a commitment of higher education in social justice*, in *Diritto e questioni pubbliche*, numero speciale, maggio 2016.

2. Cfr., ad esempio, A. Maestroni - P. Brambilla - M. Carrer (a cura di), *Teorie e pratiche nelle cliniche legali*, Giappichelli, Torino, 2018.

3. È il caso, soprattutto, del Centro di documentazione «L'altro diritto», fondato con la sua omonima associazione nel 1996 presso il Dipartimento di Teoria e storia del diritto dell'Università di Firenze. È significativo, infatti, che dopo più di due decenni in cui studenti e studentesse fiorentini hanno potuto praticare il diritto nelle carceri, negli istituti psichiatrici, nei centri per migranti, avviando veri e propri sportelli di consulenza giuridica gratuita, solo a partire dal 2018 da L'altro diritto siano nate tre cliniche legali formalmente definite come tali.

persone normali e «anormali»<sup>4</sup>, sane o devianti, sulla base di un sapere costruito in funzione di determinate tecniche di potere<sup>5</sup>.

La declinazione concreta dell'approccio clinico legale, però, appare molto distante dal concretizzare questi rischi. Invece di costruire un sapere posto a servizio o a giustificazione delle tecniche di potere, infatti, la conoscenza pratica accumulata attraverso gli interventi concreti in cui lo «sguardo clinico» di docenti e discenti di diritto si posa sui singoli casi, appare piuttosto finalizzato alla messa in campo di azioni sistemiche volte proprio a utilizzare il diritto per proteggere le persone dai poteri che, spesso, ne violano i diritti: «lo studente che fa esperienza di Sportello, con il sostegno dei suoi *tutors*, incontra non *casi* ma *persone*»<sup>6</sup>, e condivide con loro – in quanto soggetti attivi e non oggetti di studio – le informazioni fondamentali sul diritto e sui diritti che li riguardano, come le scelte che orientano ogni intervento, spiegando esattamente anche le finalità della clinica e perché ci siano degli studenti e delle studentesse insieme agli avvocati.

Le esperienze cliniche italiane si pongono inoltre, al di là delle loro differenze, dentro una visione comune, in cui l'insegnamento del diritto attraverso la sua pratica è concepito direttamente come strumento atto a tutelare i principi di equità e giustizia che sostengono un ordine giuridico che si può considerare legittimo, e i cui risultati sono misurati anche in relazione all'impatto sul sistema valoriale ed etico degli studenti e delle studentesse<sup>7</sup>.

In questa prospettiva, le cliniche legali italiane accolgono solitamente persone private di rappresentanza giuridica, politica, economica, sociale, sindacale, rispetto alle quali il diritto diventa uno strumento di accesso alla giustizia e ai diritti.

Non a caso, un'alta percentuale di queste esperienze cliniche è specializzata nell'assistenza legale gratuita a persone migranti e appartenenti a minoranze nazionali. Tra queste è la Cledu, la cui pecu-

liarità risiede innanzitutto nell'essere situata in una zona di frontiera (la Sicilia, Palermo), potendo così rappresentare un punto di osservazione privilegiato sui rapidissimi mutamenti politici in materia di immigrazione e asilo, e sui correlati cambiamenti normativi, soprattutto rispetto alle conseguenze concrete degli uni e degli altri sulla vita delle persone oltre che sul contesto sociale e culturale.

Per tale ragione, raccontare le evoluzioni degli interventi di questa specifica clinica legale negli ultimi anni restituisce alcune suggestioni non solo su come queste realtà promuovano un particolare tipo di ruolo del giurista contemporaneo, ma anche, da una prospettiva particolare, su come l'intervento giuridico sia chiamato a riadattarsi velocemente alle nuove istanze di giustizia che promanano dal contesto in cui il diritto si trova ad essere applicato.

## 2. La Cledu: attività e metodologia di intervento

Le attività sviluppate dalla Cledu fin dalle sue origini hanno riguardato principalmente lo sportello di primo livello, avviato dal 2015 all'interno del Dipartimento di Giurisprudenza, che ha fino ad oggi preso in carico circa 600 persone. Ogni «caso» è stato seguito da un *tutor*, tra ricercatrici e avvocati, e da almeno uno studente o una studentessa, attraverso un confronto costante con tutto il gruppo che, alla fine di ogni pomeriggio di apertura settimanale al pubblico, si ritrova in una riunione di *back office* nel corso della quale ogni scelta viene valutata e argomentata in maniera condivisa. Qui gli interventi vengono definiti all'interno di una visione sistemica, intesa come «una pratica di pensiero per casi che aspira a sviluppare una comprensione del contesto (storico, sociale, economico, politico, ideologico) nel quale si sviluppa, si pratica e si fabbrica il diritto contemporaneo»<sup>8</sup>.

4. M. Foucault, *Gli anormali* (1974-1975), Feltrinelli, Milano, 2000, p. 17.

5. M. Brigaglia, *Foucault e il potere*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 14/2014, p. 532.

6. G. Di Chiara, *Cercando un cielo. Legal clinic, formazione del giurista e tutela della vulnerabilità*, in G. Di Chiara e A. Sciarba (a cura di), *Esperienze di tutela dei minori soli richiedenti asilo e percorsi di formazione del giurista: la Clinica legale per i diritti umani di Palermo*, in *Minorigiustizia*, Franco Angeli, Milano, n. 3/2017, p. 182.

7. In questo senso, le esperienze cliniche italiane appaiono prevalentemente impegnate, in vari ambiti e con differenti modalità e metodologie di intervento, nel presidio di una visione in qualche modo contigua a quella neocostituzionalista del diritto, specialmente nella sua declinazione à la Dworkin, mettendo in campo anche «azioni affermative» come azioni volte a restituire un'eguaglianza sostanziale tra gli individui. Cfr. R. Dworkin, *Giustizia per i ricci*, Feltrinelli, Milano, 2013 (edizione originale: *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 2011). Nelle cliniche legali, attraverso le attività stragiudiziali e di *street law*, di cui si parlerà in seguito, tale visione viene inoltre rilanciata in una difesa dei diritti fondamentali che si estende anche oltre le aule giudiziarie.

8. J. Perelman, *Pensare la pratica, teorizzare il diritto in azione: le cliniche legali e le nuove frontiere epistemologiche del diritto*, in F. Di Donato e F. Scamardella (a cura di), *Il metodo clinico legale. Radici teoriche e dimensioni pratiche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 108.



Tale confronto concretizza inoltre, per modalità e condivisione, la «fisionomia di bene comune» dell'insegnamento clinico, connotata innanzitutto dalla «struttura collettiva e non gerarchica che caratterizza vuoi il suo funzionamento, vuoi la produzione di sapere giuridico “del caso concreto” cui dà luogo»<sup>9</sup>.

Alle attività di sportello si sono sin da subito affiancate quelle di formazione seminariale, realizzate due volte l'anno attraverso cicli di almeno sei incontri, volti all'analisi del contesto in cui la Cledu si trova a operare e a fornire i primi strumenti indispensabili all'inserimento nell'attività di sportello. Sportello e formazione hanno coinvolto non solo avvocati e ricercatrici in diritto, ma anche medici, psicologi, sociologi, operatori sociali.

L'approccio clinico-legale è, infatti, profondamente basato sulla multidisciplinarietà: se si interpreta il diritto come fatto sociale, sulla scorta degli insegnamenti del realismo giuridico, specie di quello americano, ma anche delle teorie critiche del diritto come la «*Critical Race Theory*»<sup>10</sup>, che «inducono a un “intervento sul campo”, implicano il richiamo alla specificità, ai dettagli delle diverse condizioni dei soggetti (...) e implicano una ricognizione sui contorni, sui confini, sull'articolazione delle questioni»<sup>11</sup>, la scienza giuridica non può essere considerata autonoma. Ciò è tanto più vero quando si tratta di prendere

in carico persone appartenenti a minoranze etniche o a categorie come quelle dei richiedenti asilo, il cui accesso ai diritti di soggiorno deriva spesso dalle loro condizioni sociali e di salute, oltre che dal loro vissuto in relazione ai fattori politici e agli eventi intercorsi nei Paesi di transito e di origine<sup>12</sup>.

A queste attività si sono poi unite quelle di cosiddetta “*street law*”, volte al trasferimento e al consolidamento delle capacità delle persone in diversi modi marginalizzate in termini di accesso alla conoscenza dei propri diritti e del diritto<sup>13</sup>: aiutarle a orientarsi nell'attuale disordine delle fonti di diritto che comprimono, ma che anche proteggono, i loro diritti significa favorire quell'accesso diffuso alla conoscenza legale che difende anche la “certezza” del diritto intesa in questa particolare accezione.

Anche le iniziative di ricerca-azione si sono presto affiancate agli interventi legali: indagini condotte in zone di frontiera, come Lampedusa, o in luoghi di sfruttamento lavorativo, come Campobello di Mazara, sono state portate avanti al fine di fare emergere i fattori che producevano le reali condizioni delle persone che, poi, giungevano allo sportello, e di sviluppare azioni che fossero il più possibile adeguate a intervenire sulle problematicità dei vari contesti, e non solo rispetto alla risoluzione dei casi individuali<sup>14</sup>.

9. M.R. Marella ed E. Rigo, *Cliniche legali, commons e giustizia sociale*, in *Parolechiave*, n. 1/2015.

10. Sul realismo giuridico americano si rimanda al testo classico di Giovanni Tarello: *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962. Sulla «*Critical Race Theory*» si rimanda invece a K. Thomas e G. Zanetti (a cura di), *Legge, razza e diritti*, Diabasis, Reggio Emilia, 2005.

11. T. Casadei, *Postfazione. Le teorie critiche del diritto. Tra filosofia giuridica e filosofia politica*, in M.G. Bernardini e O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa, 2017, p. 391.

12. Ad esempio, la Cledu ha sviluppato una collaborazione formale con il Dipartimento di Medicina legale dell'Università di Palermo, i cui specializzandi svolgono un ruolo fondamentale nel certificare violenze subite, come torture o mutilazioni genitali. Allo stesso tempo, tra i tirocinanti della Cledu non pochi sono stati studenti e studentesse di scienze politiche e relazioni internazionali, e hanno spesso coordinato le ricerche relative allo stato dei diritti umani nei Paesi di origine e transito delle persone prese in carico. Un'ulteriore collaborazione anche con etnologi, inoltre, permetterebbe di accedere più rapidamente a quell'insieme di conoscenze necessarie per offrire controprove alle storie raccontate dai richiedenti asilo relativamente, ad esempio, a rituali violenti in vigore nella loro società di appartenenza.

13. Vari autori hanno definito la *street law* come uno dei modi in cui le cliniche legali possono direttamente ed efficacemente influenzare le questioni di giustizia sociale. Tale attività condivide, infatti, molte delle caratteristiche di altri programmi di educazione giuridica clinica poiché altamente formativa per gli studenti e, allo stesso tempo, volta a offrire un servizio di informazione legale, solitamente per persone che non sono in grado di accedere a questa consulenza attraverso canali più convenzionali. *Cfr.*, ad esempio, R.H. Grimes – D. McQuoid-Mason – E. O'Brien – J. Zimmer, *Street Law and Social Justice Education*, in F.S. Bloch (a cura di), *The Global Clinical Movement, Educating Lawyers for Social Justice*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2011.

14. La missione a Lampedusa è stata programmata e attuata nel febbraio del 2016 – dopo che, nei mesi precedenti, non si era arrestato il flusso di persone che avevano raggiunto lo sportello della Cledu – con un decreto di respingimento differito consegnato all'interno degli hotspot siciliani, in particolare in quello di Lampedusa. Tale decreto veniva consegnato dopo che ai naufraghi appena sbarcati sull'isola era fatto firmare un “foglio notizie” in cui, quasi sempre del tutto inconsapevolmente, dichiaravano di non essere richiedenti asilo. La missione ha reso la Cledu consapevole, anche per le esplicite richieste delle associazioni presenti a Lampedusa, della necessità di produrre dei documenti informativi da distribuire ai migranti già al momento del loro arrivo in banchina, che li rendessero edotti non solo dei loro diritti, ma anche delle prassi, in gran parte illegittime, cui sarebbero stati sottoposti, e di come potere reagire ad esse una volta trasferiti da Lampedusa in altre località siciliane. Questo materiale informativo è stato prodotto con una partecipazione attiva degli studenti e delle studentesse, e distribuito poi da un'associazione presente sull'isola di Lampedusa. Oltre a produrre un documento dall'immediata utilità per i suoi destinatari, questa esperienza è risultata essere particolarmente proficua perché ha permesso agli studenti e alle studentesse della Cledu di confrontarsi direttamente con gli effetti del nuovo corso delle politiche europee sulle migrazioni e sull'asilo lanciato dal

Infine, le attività della Cledu sono sempre state sviluppate in un'ottica di collaborazione e rafforzamento della rete degli attori territoriali attivi nella tutela dei diritti. Tale rete è sempre stata fondamentale rispetto all'invio di casi che presentavano istanze specifiche, come quelle relative al diritto del lavoro, che non è direttamente trattato all'interno della clinica legale, ma anche e soprattutto al fine di sviluppare interventi multidimensionali e coordinati che potessero realmente accrescere le capacità delle persone «di fare quelle cose a cui, per un motivo o per un altro, si assegna valore», guardando alla «rilevanza che nella libertà di una persona hanno le reali opportunità e gli effettivi processi coinvolti»<sup>15</sup>.

### 3. I primi anni di sportello Cledu: dal 2015 al 2017

Era l'estate del 2015 quando un gruppo di ex dotto- rando di ricerca in diritti umani, insieme a qualche do- cente e a due giovani avvocati, immaginarono di dare vita a una clinica legale all'interno del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo. Sin dalle prime riunioni, era emersa la necessità che la clinica attivasse uno sportello di primo livello, aperto al pubblico, innanzitutto per abbattere quella barriera troppo spesso esistente tra istituzioni accademiche e mondo circostante: una cd. clinica "in-house" e "live-clients", quindi, per usare una terminologia in voga nel mondo statunitense, che si ispirava dichiaratamente al model- lo già messo in atto dalla «Clinica del diritto dell'immi- grazione e della cittadinanza» dell'Università di Roma Tre. Ciò appariva, però, tanto più importante e speci- ficamente significativo rispetto al peculiare contesto di "quel" dipartimento di diritto situato nel cuore del centro storico di Palermo, luogo di estrema povertà, ma di vivacità culturale e sociale altrettanto rilevanti, in cui una rete di soggetti pubblici e privati collaborava da tempo nella costruzione di un "modello" che, pur con tutte le difficoltà e i limiti che ha incontrato, è stato in questi anni narrato da giornalisti, scrittori e artisti venuti a conoscerlo da molte parti del mondo.

Palermo che, da città di mafia, si proponeva di diventare città dei diritti; Palermo dell'accoglienza,

col suo porto mai blindato in cui ogni volontario ha potuto a lungo rendersi utile a ogni "sbarco" di per- sone soccorse in mare e portate in un porto sicuro a terra, come il diritto prevede; Palermo, in cui decine di migliaia di minori soli, provenienti dai continenti africano e asiatico, erano giunti pensando a un futu- ro possibile; Palermo capitale della cultura, nel suo modo particolare di declinare questo termine, con la consapevolezza che «nel mondo reale dipende sem- pre dalla casualità storica e dalla attualità degli eventi stabilire a chi tocca il potere di tracciare i confini della comunità politica»<sup>16</sup>, e che altrettanto si può dire di ogni "comunità culturale".

In questo contesto, c'era moltissimo da fare ri- spetto agli interventi legali da mettere in campo, e questi interventi rappresentavano, nell'ottica dell'in- segnamento clinico-legale, un patrimonio sconfinato di possibilità di apprendimento esperienziale per gli studenti e le studentesse di giurisprudenza. Da qui la scelta di avviare una «Clinica per i diritti umani», le cui attività portassero alla luce il paradosso struttura- le insito nei principi sanciti dal processo di costituzio- nalizzazione dello Stato di diritto, ovvero la discrasia tra la pretesa di universalità di tali principi, e dei dirit- ti fondamentali ad essi connessi, e la loro mancanza di effettività per le persone private della protezione di uno Stato, come i richiedenti asilo, che sin da subito sono stati gli utenti privilegiati della Cledu. Il diritto d'asilo, infatti, come ha spiegato Luigi Ferrajoli, rap- presenta più di ogni altro diritto umano «l'altra faccia della cittadinanza e della sovranità, il limite imposto dai diritti fondamentali al potere statale»<sup>17</sup>.

L'impegno dei ricercatori, degli avvocati, degli studenti e delle studentesse della Cledu nell'ambito degli interventi clinico-legali sull'immigrazione ha contribuito, quindi, a costruire un "sapere di frontie- ra", in molti sensi. Da un lato, comprendendo come sia l'attraversamento materiale delle frontiere a porre gli utenti della Cledu in specifiche posizioni giuridi- che, che sollevano precise problematiche e istanze in termini di diritto. Dall'altro, accorgendosi di come gli interventi legislativi e le prassi amministrative che riguardano l'immigrazione e l'asilo rappresentino, oggi più che mai, un "diritto di frontiera" che appare sfidare costantemente l'ordinamento giuridico in ter-

---

2015 in poi, nonché con un caso di cattiva implementazione delle stesse da parte delle autorità nazionali di un Paese membro. Studenti e studentesse hanno inoltre preso consapevolezza della necessità di affiancare all'intervento legale, effettuato in questo caso contestual- mente, attraverso la stesura dei ricorsi avverso i decreti di respingimento differito, un'attività di informazione che trascendesse la mera elencazione di diritti sanciti e norme, ma che rendesse edotte le persone di quello che sarebbe concretamente accaduto loro, mettendole quindi nelle condizioni di potersi difendere.

15. A. Sen, *L'idea di giustizia* (2009), Mondadori, Milano, 2010, pp. 275 e 276.

16. J. Habermas, *L'inclusione dell'altro*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 129.

17. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (a cura di Ermanno Vitale), Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 25.

mini di legittimità costituzionale, ma, a volte, anche di mera legalità. L'insegnamento clinico del diritto, in tale contesto, si è trovato a fronteggiare, nella sua declinazione più evidente, la distanza a volte incolmabile tra diritto codificato e diritto vivente, giuridificando e proceduralizzando i problemi umani individuali, attraverso un supplemento di esperienza che prova a costruire dal basso, anche in questo senso, la garanzia dell'accesso alla giustizia, gettando al contempo nuova luce sul ruolo e la funzione del giurista contemporaneo già nella sua fase di formazione.

Con questo spirito, la Cledu ha concentrato innanzitutto i suoi sforzi relativamente alle procedure concernenti l'asilo e, prima ancora, l'accesso al diritto di diventare richiedenti asilo, tenendo sempre come principio-guida il fatto che tale diritto include «come minimo, il diritto di ingresso, il diritto di restare, il diritto di non essere allontanati dal territorio con la forza e il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona»<sup>18</sup>. Tutti diritti, in realtà, costantemente compromessi.

Dalle attività di ricerca-azione negli *hotspot*, al fine di comprendere in quali frangenti e con quali modalità venisse violato il diritto di accesso all'asilo, a quelle di *street-law* materialmente condotte nei luoghi di snodo delle persone migranti dopo lo sbarco – ad esempio, nelle stazioni da cui stavano partendo per chissà dove con un «foglio di via» in mano, che li stigmatizzava in massa come migranti economici senza alcun approfondimento della loro posizione individuale –, fino alla preparazione per affrontare le procedure standardizzate e tecnocratiche<sup>19</sup> della commissione territoriale nel corso delle interviste dei richiedenti atte a concedere o meno forme di tutela, e

alle contestazioni delle richieste illegittime delle questure rispetto, ad esempio, al possesso di un valido passaporto per rilasciare tipologie di protezione che invece non richiederebbero questo requisito, la Cledu ha svolto un'azione sistemica declinata in centinaia di interventi volti a rendere effettivo il diritto d'asilo per altrettante persone<sup>20</sup>.

Nei suoi primi anni di vita, tali interventi hanno effettivamente avuto un impatto concreto e misurabile in termini di implementazione dell'effettività di questo diritto e di mitigazione della «violenza del potere di ospitalità»<sup>21</sup> che impone al richiedente asilo di rendersi riconoscibile, adottando modalità di comunicazione univocamente stabilite, a partire dal pregiudizio che ogni richiedente sia un fingitore: il potenziale usurpatore di un diritto dichiarato come universale, ma trattato nei fatti come risorsa limitata da distribuire con modalità sempre più escludenti.

Il lavoro clinico-legale portato avanti ha, quindi, permesso la produzione di un contro-sapere come strumento di difesa di soggetti «resi vulnerabili»<sup>22</sup> dalla loro messa ai margini del diritto stesso e dell'accesso alla giustizia.

Lo stesso può dirsi per le azioni della Cledu che hanno riguardato anche la maggior parte delle famiglie rom presenti nella città di Palermo, e alloggiate quasi tutte presso il cd. «campo nomadi» della città, luogo malsano e sprovvisto di ogni servizio, o in case occupate e comunque fatiscenti. Il vissuto di questa popolazione, vittima più di tutte le altre del pericoloso riduzionismo culturale<sup>23</sup> che alimenta molte discriminazioni e favorisce il rafforzamento in negativo di quelle che Benedict Anderson ha definito «comunità immaginate»<sup>24</sup>, sulla base dell'esclusione degli «altri»,

18. M.T. Gil-Bazo, *Refugee Status and Subsidiary Protection under EC Law*, in *New Issues in Refugee Research*, research paper n. 136, 2006, p. 8.

19. J. Valluy, *Reject des exilés. Le grand retournement du droit de l'asile*, Éditions du croquant, Parigi, 2009.

20. Sulle procedure stragiudiziali relative al diritto d'asilo e gli interventi della Cledu in merito, mi permetto di rimandare a una trattazione più approfondita: cfr. A. Sciurba, *Al confine dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'hotspot alla decisione della Commissione territoriale*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2018, [www.questionegiustizia.it/rivista/2018/2/al-confine-dei-diritti-richiedenti-asilo-tra-norma\\_541.php](http://www.questionegiustizia.it/rivista/2018/2/al-confine-dei-diritti-richiedenti-asilo-tra-norma_541.php).

21. A. Dufourmantelle e J. Derrida, *De l'hospitalité*, Calmann-Lévy, Parigi, 1997, p. 133.

22. La vulnerabilità come bene si impara nel contesto delle cliniche legali, non è infatti una condizione ontologica. Nell'introduzione al volume intitolato proprio *Vulnerability*, i curatori Mackenzie, Rogers e Dodds sottolineano in questo senso come la vulnerabilità possa essere prodotta o alimentata da situazioni personali, sociali, politiche, economiche o ambientali che colpiscono una persona o un gruppo sociale, incluse le relazioni interpersonali, l'oppressione sociopolitica e l'ingiustizia. Si tratta quindi di definire la vulnerabilità in termini situazionali e relazionali, enfatizzando «i modi in cui l'ineguaglianza di potere, dipendenza, capacità o bisogno rende alcuni soggetti vulnerabili alla violenza o allo sfruttamento da parte di altri»: cfr. C. Mackenzie - W. Rogers - S. Dodds, *Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?*, in *Id.* (a cura di), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 6. Lo stesso approccio alla vulnerabilità è adottato anche in I. Atak - D. Nakache - E. Guild - F. Crépeau, *"Migrants in Vulnerable Situations" and the Global Compact for Safe Orderly and Regular Migration*, in *Queen Mary School of Law Legal Studies*, research paper n. 273, 2018.

23. Questo concetto è ampiamente definito e utilizzato in A. Sen, *Identità e violenza*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

24. B. Anderson, *Comunità immaginate. Origini e diffusione dei nazionalismi*, Manifestolibri, Roma, 1996.

rappresenta in modo diverso, ma emblematico al pari di quello dei richiedenti asilo, la già citata distanza tra proclamata universalità dei diritti e loro applicazione concreta.

Le precarie condizioni di vita dei rom dipendevano, nel particolare contesto palermitano, soprattutto dalla posizione di irregolarità sul territorio, nonostante, in qualità di genitori di figli minori, avessero fatto istanza per il rilascio dell'autorizzazione a permanere sul territorio nazionale ex art. 31 d.lgs 25 luglio 1998, n. 286, e avessero ottenuto un parere positivo dal Tribunale per i minorenni. Ciò perché la Questura di Palermo, anche a fronte del provvedimento di tale Tribunale, in cui si intimava il rilascio del permesso di soggiorno all'intero nucleo familiare, si è sempre rifiutata di agire in tal senso adducendo la necessità di presentare, per ciascuno dei membri della famiglia, il passaporto o altro documento di identità equipollente. Ma, nella maggior parte dei casi seguiti dalla Cledu, le famiglie in questione provenivano dall'ex Jugoslavia e avevano abbandonato il loro Stato prima della sua disgregazione. Apolidi di fatto, non avrebbero saputo nemmeno a quale ambasciata rivolgersi per l'ottenimento di un documento, e tale impossibilità li ha a lungo relegati in condizioni di irregolarità forzata.

In collaborazione con l'amministrazione locale, negli anni la Cledu ha portato avanti una serie di interventi sistemici a partire dai singoli casi individuali, che andavano dalle istanze di riconoscimento di situazioni riconducibili alla piena apolidia, al far valere come il permesso di soggiorno che il questore è demandato a rilasciare a seguito dell'autorizzazione del Tribunale per i minorenni all'ingresso o alla permanenza nel territorio italiano del familiare, per motivi connessi ad esigenze primarie del minore stesso, «costituisce atto dovuto di "adempimento", secondo la testuale dizione dell'art. 31 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, privo di qualsiasi connotato di discrezionalità»<sup>25</sup>. Inoltre, di fronte alle necessità di identificazione segnalate dalla questura come principale motivo del diniego del permesso di soggiorno ex art. 31 Tui in assenza di passaporto, la Cledu ha fatto valere come il bisogno di identificazione dei genitori e dei minori che beneficerebbero di tale permesso trovasse una risposta soddisfacente nel lavoro già svolto, rispetto a queste famiglie, dai servizi sociali e dallo stesso Tribunale per i minorenni, che avevano condotto con

tutta evidenza una dettagliata indagine preliminare all'emanazione del decreto di autorizzazione. Le azioni giudiziali portate avanti per affermare questi principi hanno, perciò, assunto le caratteristiche di *strategic litigation* volte a modificare una prassi locale, che marginalizzava e rendeva invisibili anche coloro in favore dei quali la competente autorità giudiziaria aveva già sancito il diritto alla permanenza sul territorio nazionale nell'interesse preminente del fanciullo. La Cledu ha inoltre svolto, rispetto a questa precisa problematica, un lavoro fondamentale relativo alla sua stessa emersione, rendendo edotto il Tribunale per i minorenni della mancata attuazione dei suoi provvedimenti rispetto alle famiglie di origine rom. Allo stesso tempo, la Cledu ha formalmente inviato un documento, elaborato da *tutor* e studenti insieme, all'Assessorato alle politiche sociali del Comune di Palermo, dal quale risultava evidente come la precisa prassi della questura sopra descritta fosse la principale ragione cui ricondurre l'inefficacia delle azioni sociali messe in campo dallo stesso Comune a favore della cosiddetta "integrazione" delle persone rom, esplicitando un principio elementare, ma spesso eluso: se non si procede dal riconoscimento dei diritti, nessun intervento sociale può essere efficace.

Lo stesso principio ha informato di sé tutte le attività della clinica legale anche in relazione ad altri ambiti e, come già detto, tra il 2015 e il 2017 i risultati raggiunti sono stati largamente soddisfacenti. Docenti e discenti della clinica legale palermitana hanno potuto concretizzare in azioni efficaci la loro presa di coscienza delle potenzialità del diritto come elemento performativo della realtà politica, culturale e sociale, oltre che giuridica. Come scrive Emilio Santoro, del resto, «sembrano ormai lontani i tempi in cui i marxisti qualificavano il diritto come "borghese", rimproverandogli di essere pensato e usato esclusivamente come strumento di conservazione: il diritto gioca un ruolo rilevante nella stabilizzazione sociale delle rivendicazioni degli esclusi dai circuiti dei vari tipi di rappresentanza (politica, corporativa, localistica, ecc.)»<sup>26</sup>.

A partire da un incontro quotidiano con «l'accidentale che è in ogni vita, ossia l'accidentalità di essere "questo e non altro" che capita a ognuno come il *dato* del suo stesso esser qui»<sup>27</sup>, è stato quindi possibile imparare «a trasformare la narrazione dell'assistito in fatti suscettibili di diventare problemi da sot-

25. Tar Emilia-Romagna – Parma, sez. I, 28 luglio 2009, n. 655.

26. E. Santoro, *I rifugiati e le nostre categorie di morale, politica, diritto e democrazia*, in M.G. Bernardini e O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche*, op. cit., p. 169.

27. A. Cavarero, *Tu che mi guardi, tu che mi racconti*, Feltrinelli, Milano, 1997, p. 181.

toporre agli organi istituzionali deputati alla loro risoluzione, e anche, dunque, agli organi giudiziari»<sup>28</sup>.

#### 4. Dalla costruzione di un modello alla difesa dell'esistente. Le attività della Cledu dal 2017 ad oggi

Come scrive Frank S. Bloch, le cliniche legali sono realtà «connesse al “mondo reale” delle prassi giuridiche e alla loro missione di giustizia sociale che è orientata dalla comunità in cui si trovano»<sup>29</sup>. È, pertanto, nella loro natura adattarsi ai cambiamenti politici sociali e culturali, specie quando questi si riflettono in mutamenti normativi, riorientando anche significativamente il proprio operato. Negli ultimi due anni, però, il contesto in cui le cliniche legali italiane si trovano ad agire appare davvero essere mutato con una velocità sorprendente. L'affermazione, senza precedenti, almeno dal Secondo dopoguerra ad oggi, di un concetto di sicurezza proprietario ed escludente, automaticamente associato alla supposta necessità di difendersi contro nemici individuati come rivali rispetto all'accaparramento delle risorse, nonché come differenti, o meglio “diversi”<sup>30</sup>, e quindi pericolosi, ha favorito una percezione diffusa dei diritti come «un gioco a somma zero»<sup>31</sup> tra beni definiti come esauribili, invece che come un sistema la cui stessa esistenza è vincolata al rispetto dei principi fondamentali che

lo sostanziano, a partire da quelli dell'universalità e dell'eguaglianza. Le persone a diversi livelli impoverite o depredate in Italia – secondo una dinamica in realtà diffusa in gran parte del mondo occidentale contemporaneo –, piuttosto che indirizzare le loro legittime frustrazioni contro le cause reali del disagio che vivono, hanno ceduto all'antico stratagemma del *divide et impera*, rivolgendo il proprio rancore verso il basso invece che verso l'alto<sup>32</sup>.

In questo clima artatamente costruito, iniziative politiche come il «*Memorandum di intesa*» firmato tra Italia e Libia nel febbraio del 2017 hanno potuto essere messe in atto con il consenso di larga parte dell'opinione pubblica italiana ed europea, nonostante la loro grave illegittimità costituzionale, affermata da diverse sentenze<sup>33</sup>.

La Cledu non ha potuto fare a meno di rivolgere la propria attenzione anche a cambiamenti politici di questo tipo, rispetto alle conseguenze che essi hanno comportato sulle condizioni delle persone assistite da questa clinica legale. Già alla fine del 2017, ad esempio, nell'ambito della sessione del Tribunale dei popoli sulla violazione dei diritti delle persone migranti e rifugiate, l'esperienza dello sportello della Cledu è stata messa a servizio di denunce circostanziate, nel corso delle sedute tenutesi a Palermo, durante le quali la Cledu ha scritto e illustrato l'atto di accusa sulla base delle tantissime testimonianze raccolte nel corso della sua attività<sup>34</sup>.

28. G. Di Chiara, *Cercando un cielo*, op. cit., p. 181.

29. F. Bloch, *Access to Justice and the Global Clinical Movement*, in *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 28, 2008, p. 115, – traduzione dell'Autrice (ndR).

30. La distinzione tra “diversità” e “differenza”, nonostante i termini siano spesso usati come sinonimi, non è questione da poco: il verbo latino *divergere* presuppone un'identità centrale da cui ci si allontana più o meno gradualmente, ovvero un parametro assunto come neutrale rispetto al quale si segnala una più o meno accentuata distanza; il verbo *differire*, invece, implica il portato valoriale dell'equidistanza, indicando semplicemente la non omogeneità tra due oggetti o soggetti, senza assumerne uno come parametro.

31. E. Santoro, *Dalla cittadinanza inclusiva alla cittadinanza escludente: il ruolo del carcere nel governo delle migrazioni*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 6/2006, pp. 39-79 e 69.

32. In questo senso, come scriveva Luciano Gallino, la lotta di classe esiste ancora, ma solo una delle parti ne è consapevole: quella di chi detiene la ricchezza ed esercita il potere. I poveri e gli impoveriti, invece, troppo indotti a condurre la loro guerra tra miseri e più miseri, non hanno alcuna idea di chi siano i loro veri antagonisti: «il fatto che le classi sociali ci siano, ma quasi nessuno le veda, le senta, le interpreti, ne rappresenti gli interessi, ha provocato notevole danno ai processi di integrazione sociale», portando con sé «il declino del senso di comunità, di appartenenza a una collettività», e lasciando invece il posto a un «individualismo rozzo», che non può che invocare, appunto, una sicurezza escludente e meramente difensiva. Cfr. L. Gallino, *La lotta di classe dopo la lotta di classe. Intervista a cura di Paola Borgna*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 203.

33. Cfr., tra le più recenti, la sentenza del gip di Trapani del 23 maggio 2019 (dep. 3 giugno 2019). La sentenza, relativa al celebre caso dei naufraghi soccorsi dalla nave commerciale “Vos Thalassa” che si erano opposti con determinazione al fatto di essere riportati verso la Libia, da cui erano riusciti a fuggire, dichiara illegittimo il *Memorandum* adducendo diverse e ben argomentate ragioni. La prima e più evidente è che la Libia non può in alcun modo essere considerata un porto sicuro, in cui, secondo il diritto internazionale del mare, è possibile condurre dei naufraghi senza violare il principio di *non refoulement* stabilito all'art. 33 della Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato, che opera in stretta relazione con gli artt. 2 e 3 della Convenzione europea dei diritti umani. Pertanto, il *Memorandum* di intesa con la Libia è privo di validità perché in contrasto con una norma imperativa del diritto internazionale. Lo stesso risulta, inoltre, essere illegittimo da un punto di vista formale e procedurale, perché è un atto mai ratificato dal Parlamento italiano, nonostante si occupi di temi per cui la nostra Costituzione prevede tale ratifica.

34. Cfr. [www.tppsessionepalermo.it/da-palermo-atto-accusa-violazione-diritti-migranti](http://www.tppsessionepalermo.it/da-palermo-atto-accusa-violazione-diritti-migranti).

La Cledu si è infatti ritrovata ad accogliere, dalla fine del 2017 ad oggi, un numero di vittime di tortura senza precedenti, nonostante il drastico calo degli arrivi di profughi via mare: persone catturate in mare e riportate in Libia innumerevoli volte, lì rinchiuso nei centri di detenzione, anche da quando è apertamente scoppiata in quel Paese la guerra civile, e costrette a subire in maniera reiterata violenze volte ad estorcere alle famiglie rimaste in patria altro denaro.

Oltre alla necessità di attivare in maniera più strutturata relazioni con medici in grado di certificare le torture subite e psicologi in grado di accogliere persone sottoposte così a lungo a questi traumi, la Cledu ha dovuto poi far fronte alla negazione di fatto della rilevanza di questi vissuti rispetto alle valutazioni della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale.

La dicotomica separazione tra “migranti forzati” e “migranti economici”, adottata da queste commissioni come criterio delle loro decisioni, non è stata infatti per nulla scalfita dal nuovo contesto geopolitico, e ha portato queste istituzioni a continuare a considerare solo le condizioni dei richiedenti asilo nel loro Paese d’origine, non tenendo tendenzialmente in conto il periodo di permanenza in Libia anche a fronte di persone rese estremamente vulnerabili dalle torture subite e, comunque, in fuga da un Paese in guerra. Solo in sede giudiziale è solitamente possibile far valere, invece, anche queste considerazioni, ma la maggior parte dei ricorsi sono in questo momento pendenti, e non è ancora realistico definire una percentuale di successi.

Le novità introdotte dal decreto-legge “immigrazione e sicurezza pubblica” (dl n. 113/2018), entrato in vigore il 5 ottobre 2018 e poi convertito dalla legge di conversione n. 132 del 1° dicembre 2018, ha inoltre comportato un aumento esponenziale del numero dei dinieghi alle richieste di protezione internazionale, e un’implementazione senza precedenti nella richiesta di attività giudiziali da parte della Cledu. Il decreto, infatti, ha abolito la protezione umanitaria a seguito della semplice osservazione, da parte del Ministro dell’interno in carica, che questa venisse conferita a un numero molto più esteso di richiedenti asilo rispetto a quelli che accedevano, invece, allo *status* di rifugiato o alla protezione sussidiaria, e quindi andasse assolutamente limitata. In questa retorica politica priva di argomentazioni non ha mai trovato posto alcun ragionamento, in termini di diritti o di

diritto, che esplicitasse ad esempio come la diversa percentuale di protezioni umanitarie concesse fosse strettamente legata al tipo di tutela che tale protezione offriva: una protezione che rendeva in qualche modo effettivo l’articolo 10 della Costituzione italiana e che, come ha affermato la Corte costituzionale, era capace di «adempiere agli obblighi costituzionali ed internazionali dello Stato», proteggendo «le situazioni non identificabili con quelle rientranti nelle ipotesi di rifugio o protezione sussidiaria, ove sia necessario offrire tutela ai diritti fondamentali della persona, garantiti dalla Costituzione, dalle carte sovranazionali e dai trattati internazionali»<sup>35</sup>.

La conseguenza diretta della cancellazione della protezione umanitaria è stata quindi la “clandestinizzazione” di un numero sempre crescente di persone, anche tra quelle che avevano già ricevuto un permesso umanitario e che non sono state più in grado di convertirlo.

In questo contesto, gli operatori e le operatrici della Cledu si sono trovati spesso, per la prima volta, a doversi arrendere di fronte all’inadeguatezza del diritto come strumento di accesso ai diritti, nel momento in cui ad esso è contrapposto «un *diritto speciale* riservato ai migranti e alle minoranze, quando non un vero e proprio *diritto contro*»<sup>36</sup>, e a dovere dichiarare ai propri assistiti che nessun intervento era più realizzabile.

## 5. Conclusioni. La Cledu come presidio di difesa dei principi costituzionali e della cultura dei diritti umani

Con la costituzionalizzazione dell’ordinamento giuridico, «la Costituzione ha cominciato a venire percepita come una sorta di tavola di valori che pervadono l’intero diritto: valori di origine morale che ancor oggi non sarebbero del tutto giuridicizzati, o positivizzati»<sup>37</sup>. I valori tradotti in principi costituzionali rappresentano un vincolo a ogni potere politico, anche democraticamente eletto (e sono stati, anzi, immaginati come un limite alle possibili derive delle democrazie). Si tratta, in via prioritaria, di diritti fondamentali che impongono il rispetto della dignità umana sopra ogni altra considerazione, e che imbrigliano il potere legislativo e quello politico anche attraverso i dettami del diritto internazionale dei diritti umani.

35. Cfr. *La protezione umanitaria nella Costituzione. Le sentenze dei Tribunali di Firenze, Genova e Roma*, in questa Rivista online, 26 febbraio 2018, [www.questionegiustizia.it/articolo/la-protezione-umanitaria-nella-costituzione\\_26-02-2018.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-protezione-umanitaria-nella-costituzione_26-02-2018.php).

36. T. Casadei, *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*, DeriveApprodi, Roma, 2016, p. 9.

37. M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un’introduzione teorica*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 24.

Come ha scritto Aldo Schiavello, però, «il riconoscimento universale dei diritti umani può essere paragonato al varo di una nave che poi bisogna sapere accompagnare in acque aperte e spesso tempestose»<sup>38</sup>. E, ancora, Stefano Rodotà ha ben spiegato che «i diritti non sono mai acquisiti una volta per tutte. Sono sempre insidiati, a rischio. La loro non è mai una vicenda pacificata. Il loro riconoscimento formale ci parla sempre di una battaglia vinta, ma immediatamente apre pure la questione del loro rispetto, della loro efficacia, del loro radicamento. I diritti diventano così, essi stessi, strumenti della lotta per i diritti»<sup>39</sup>.

Queste considerazioni appaiono oggi più che mai significative, in un momento in cui, effettivamente, «il pendolo della cultura occidentale, dopo essere stato a lungo dalla parte della retorica dei diritti, sembra essere rapidamente ritornato dalla parte delle retoriche utilitariste (non universalistiche) per cui appare giustificato sacrificare i diritti dei pochi in nome del benessere collettivo, specialmente se questi pochi possono essere dipinti come “estranei”»<sup>40</sup>.

Le cliniche legali italiane si inseriscono in questo frangente storico, e quelle come la Cledu, che si occupano di diritti umani di persone private più di altre di rappresentanza, possono verificare le conseguenze dirette di questo cambiamento ogni giorno, cercando di riorientare il proprio operato per farvi fronte.

In maniera sempre più esplicita e consapevole, la Cledu è oggi impegnata in interventi che cercano di concorrere, attraverso il sostegno offerto ai singoli casi individuali, non più solo a instaurare cause strategiche in grado di aggredire disfunzioni e violazioni reiterate, ma anche a difendere e rilanciare i valori costituzionali di equità e giustizia, intendendo il legame necessario tra diritto e giustizia<sup>41</sup> anche nel senso di una possibilità effettiva di accesso alla giustizia garantita per ogni persona, indipendentemente dal suo *status*.

Ciò ha comportato, come già accennato per le persone provenienti dalla Libia, una presa in carico ancora più multidimensionale degli utenti che hanno portato le loro istanze allo sportello, lavorando ancora più in rete con gli altri servizi territoriali, sostenendo e facendo valere nelle sedi opportune le battaglie per l'accesso alla residenza anagrafica dei richiedenti asilo, inibito anch'esso dal già citato dl n. 113/2018 e già ritenuto inattuabile da alcuni significativi pronunciamenti dei tribunali<sup>42</sup>, od offrendo un contributo costante in termini di consulenza legale agli interventi di inserimento socio-lavorativo necessari per favorire la conversione dei permessi di soggiorno per motivi umanitari in scadenza, o a quelli di inserimento abitativo – resi sempre più urgenti dallo smantellamento di fatto del sistema di accoglienza – portati avanti da associazioni come “*Refugees Welcome*”.

L'esperienza della clinica legale dei diritti umani dell'Università di Palermo non è, in questo senso, isolata. Pur essendo certamente possibile affermare che il metodo clinico del *learning by doing* applicato al diritto rimarrebbe estremamente efficace, in termini di preparazione di futuri giuristi tecnicamente ineccepibili, anche se fosse slegato da ogni istanza di giustizia sociale, la realtà ci racconta di come le cliniche legali italiane siano generalmente costruite da persone che hanno adottato una specifica concezione di cosa significhi oggi essere e diventare un giurista: una concezione orientata a una difesa dei diritti fondamentali che si estende anche oltre le aule giudiziarie, risignificando la categoria della loro universalità «da un'infinità di direzioni, per riemergere nuovamente come il risultato di una traduzione culturale»<sup>43</sup>. Un impegno assunto da altre cliniche legali di altri Stati e continenti, che appaiono anch'esse, non a caso, tendenzialmente aver preso piede in contingenze legate a crisi sociali e politiche significative.

38. A. Schiavello, *Ripensare l'età dei diritti*, Mucchi, Modena, 2016, p. 18.

39. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 31-32.

40. E. Santoro, *I rifugiati*, op. cit., p. 172.

41. Per una celebre tesi che sostiene la necessità di questo legame, cfr. R. Alexy, *On Necessary Relations between Law and Morality*, in *Ratio juris*, vol. 2, n. 2/1989.

42. Cfr., ad esempio, Tribunale di Firenze, ordinanza 18 marzo 2019, est. Carvisiglia (xxx c. Comune di Scandicci).

43. J. Butler, *Fare e disfare il genere*, Mimesis, Sesto San Giovanni (Mi), 2014, p. 323.

# Lo sviluppo delle cliniche legali nelle università italiane: un processo *bottom-up* che parte dalla reazione verso il formalismo formativo e arriva a ridefinire l'identità del giurista contemporaneo

di *Laura Scomparin*

A dieci anni dal loro primo ingresso nelle università italiane, le cliniche legali rappresentano oggi una metodologia didattica in crescente espansione nei corsi di laurea in giurisprudenza. Lo scritto ripercorre le tappe di questo cammino evolutivo e le principali caratteristiche delle cliniche legali italiane alla luce dei paradigmi definitivi di matrice internazionale.

**1. L'evoluzione della formazione del giurista in Italia e l'irruzione dell'educazione clinico-legale all'interno delle università / 2. Cliniche legali e resistenze definitive / 3. I paradigmi dell'educazione clinico-legale nell'attuazione nazionale**

## 1. L'evoluzione della formazione del giurista in Italia e l'irruzione dell'educazione clinico-legale all'interno delle università

L'affermarsi dell'educazione clinica come strumento funzionale al raggiungimento degli obiettivi formativi del giurista è un percorso che ha preso avvio all'interno delle facoltà di giurisprudenza italiane oltre dieci anni fa, con l'iniziativa spontanea di un gruppo di professori e di ricercatori dell'Università di Brescia animati dal desiderio di sperimentare un nuovo modello di apprendimento, già da tempo diffuso nelle migliori *law school* statunitensi e in rapida esportazione anche in ambito europeo.

Attraverso un processo indubbiamente *bottom-up*, e con non poche diffidenze – se non vere e proprie resistenze – da parte delle istituzioni universitarie (e non solo), le cliniche legali sono poi arrivate progressivamente ad affermarsi nel panorama universitario italiano, fino a rappresentare una delle più significative trasformazioni dei tradizionali percorsi

di studio giuridici e delle metodologie didattiche utilizzate nelle accademie.

Per tutti gli anni cinquanta e sessanta, i principi del purismo kelseniano avevano infatti monopolizzato pressoché indistintamente la formazione universitaria, indirizzandola verso la conoscenza e l'interpretazione della norma più che delle sue applicazioni concrete: come la scienza giuridica, anche la didattica universitaria era sostanzialmente positivista, dogmatica, e i settori disciplinari (così come gli insegnamenti curricolari) erano caratterizzati da una rigida gerarchia interna e da una scarsa tensione verso possibili compenetrazioni. Nelle facoltà di giurisprudenza l'insegnamento era basato quasi esclusivamente sulla didattica frontale e sulla trasmissione del sapere attraverso il linguaggio verbale, con un professore depositario delle/a conoscenze/a e uno studente il cui principale obiettivo era raggiungere il termine del proprio *cursus studiorum* con una approfondita conoscenza del diritto (o, meglio, dei diritti riconducibili ai diversi settori giuridici)<sup>1</sup>. Si tratta di un sistema che già iniziò a vacillare di fronte alle profonde trasformazioni socio-politiche nazionali e interna-

1. Per un'ampia ricostruzione critica delle trasformazioni didattiche delle facoltà di giurisprudenza dagli anni cinquanta ai primi anni novanta, cfr. F. Viola, *Nuovi percorsi dell'identità del giurista*, in B. Montanari (a cura di), *Filosofia del diritto: identità scientifica e didattica*, oggi, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 121 ss.



zionali di fine anni sessanta. Da quel momento, e nel corso di tutti gli anni settanta, la critica al formalismo giuridico e alle pretese di un diritto de-ideologizzato, all'idea di una separatezza del diritto dalle altre scienze e all'atomicità dei settori disciplinari, nonché alla pretesa neutralità dell'attività interpretativa di giudici e giuristi, travolge la didattica delle facoltà di giurisprudenza. È una fase di avvio per il superamento delle logiche formalistiche e per la fertilizzazione reciproca tra diritto e altre scienze (in particolare, tra diritto e scienze sociali e politiche); la contestazione dell'insegnamento *ex cathedra* determina, poi, un'ampia diffusione delle cd. "attività seminariali" e delle attività autogestite dagli studenti<sup>2</sup>. Nell'università la conoscenza del diritto inizia a cedere terreno alle abilità, anche se questo spazio è conquistato soprattutto dalle abilità cognitive e, dunque – secondo la descrizione derivante dal «Quadro europeo delle qualifiche» collegate all'apprendimento<sup>3</sup> –, da quelle legate all'uso del pensiero logico, intuitivo e creativo.

Gli anni ottanta e lo sviluppo di ampie dinamiche transnazionali, sia in ambito sociale sia nel contesto giuridico (in particolare, con il processo di integrazione europea), determinano ulteriori cambiamenti che incidono sulla stessa identità del giurista italiano e sulle sue necessità dal punto di vista formativo. Sono gli anni, non a caso, della nascita dei programmi di mobilità studentesca all'interno dell'Unione europea: costruzione e raggiungimento degli obiettivi dell'apprendimento si aprono a contaminazioni ultranazionali che condizionano pressantemente i contenuti delle conoscenze da ritenere indispensabili per il giurista in formazione. Si impone sempre più, in questo quadro, la comparazione giuridica come scienza e come metodo, e la didattica si apre a dinamiche che pongono per la prima volta l'accento in modo forte su un apprendimento originato dall'esperienza: il *learning by doing*.

Tra gli anni novanta e il 2000, la trasformazione dei pesi delle tre componenti pedagogiche (conoscen-

ze, abilità e competenze) fino ad allora sviluppatasi come processo *bottom-up*, particolarmente lento e faticoso nelle facoltà di giurisprudenza, arriva comunque a trovare riconoscimento nella Dichiarazione di Bologna, nei cd. «Descrittori di Dublino» e nella consacrazione di abilità e competenze quali espliciti *learning outcomes*, determinando conseguentemente in Italia l'avvio di faticosi tentativi di riforma (1990-1994, 1999, 2004) che tendono a ridisegnare, tra gli altri, anche il percorso formativo del giurista. L'apertura all'acquisizione di abilità e competenze resta, tuttavia, molto limitata per quanto riguarda il mondo giuridico, come dimostrano emblematicamente la mancata codificazione degli obiettivi formativi della classe di laurea in giurisprudenza nei termini fatti propri dai Descrittori di Dublino, oltre che l'accento su una formazione universitaria incentrata principalmente sulla sola "conoscenza" che caratterizzò la cd. riforma del "3+2"<sup>4</sup>.

In un quadro nazionale caratterizzato da una *soft law* assai timida sotto il profilo riformistico, l'idiosincrasia di quei docenti che proprio negli anni settanta e ottanta si erano formati nelle facoltà di giurisprudenza verso il modo in cui il diritto continuava a essere insegnato nelle proprie istituzioni di appartenenza giunge allora, nel nuovo millennio, a determinare un'importante svolta, anche in questo caso secondo un approccio tipicamente *bottom-up*: il modello delle *law clinics* statunitensi diviene uno strumento attraverso il quale sembra possibile incanalare aspirazioni di cambiamento ben più ampie rispetto alle blande aperture delle riforme normative. Si sviluppano, così, nel nostro Paese le prime esperienze cliniche, a partire – come già si accennava – dall'Università di Brescia, nel cui ambito nascita e sviluppo di quel peculiare metodo didattico sono efficacemente riassunti, da chi ne fu il principale artefice, proprio in termini di reazione verso il formalismo giuridico della formazione universitaria tradizionale e verso le premesse culturali e politiche su cui la stessa si era fondata per molti anni<sup>5</sup>.

2. Si tratta di esperienze diffuse ancora oggi, anche se per lo più solo nel nome, come strumenti didattici alternativi o complementari ai corsi. Peraltro, nell'attuale sistema universitario, si tratta generalmente di contesti formativi ormai privati di quella dimensione "reattiva" che li aveva condotti, negli anni settanta, fino alla totale autogestione.

3. Il documento è accessibile al seguente *link*: [https://ec.europa.eu/ploteus/sites/eac-eqf/files/leaflet\\_it.pdf](https://ec.europa.eu/ploteus/sites/eac-eqf/files/leaflet_it.pdf).

4. In quell'ambito, l'obiettivo formativo viene descritto come il «possesso del sicuro dominio dei principali saperi afferenti all'area giuridica» e la «conoscenza approfondita dei settori fondamentali dell'ordinamento». Solo nel dm n. 270/2004 si giunge a menzionare espressamente la capacità di valutare gli istituti del diritto positivo, di produrre testi giuridici normativi, negoziali e processuali, nonché la capacità di analisi dei casi e di aggiornamento delle proprie competenze.

5. M. Barbera, *The Emergence of an Italian Clinical Legal Education Movement: The University of Brescia Law Clinic*, in A. Alemanno e L. Khadar (a cura di), *Reinventing Legal Education. How Clinical Education Is Reforming the Teaching and Practice of Law in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 60 ss.: «One way to tell the story of the Brescia Law Clinic is to look at it as an example of that experiential and reflective practice which constitutes one of the distinctive features of the clinical methodology. In fact, the Clinic was initially born out of the deep feeling of discontent among a group of faculty members who decried the state of legal education in Italy and the lack of appreciation for the social dimension of the law within the academy». Si trattò di un'esperienza unica, indubbiamente, per chi la sperimentò in prima persona: «there were no clinics in any Italian university», così, la sensazione fu di essere «like explorers,

Quei primi coraggiosi passi segnarono l'avvio di un processo emulativo destinato a non subire arresti: altre facoltà di giurisprudenza iniziarono a convogliare le tensioni di riforma della formazione universitaria del giurista nello strumento dell'educazione clinica. A Roma e Torino si aggiunsero, progressivamente, molti altri atenei dislocati su tutto il territorio nazionale e oggi, in un variegato panorama soggetto a molteplici cambiamenti anno dopo anno, è addirittura difficile individuare un numero preciso delle cliniche legali presenti, da Nord a Sud, su tutto il territorio nazionale. Un processo analogo – va sottolineato – ha caratterizzato, soprattutto negli ultimi anni, la didattica universitaria di moltissime *law schools* europee<sup>6</sup>.

## 2. Cliniche legali e resistenze definitorie

Se è vero che, tanto in Italia quanto più in generale in Europa, i concetti di “conoscenza”, “abilità” e “competenza” sono progressivamente divenuti i caposaldi di ogni ragionamento in tema di formazione superiore, è altresì indubitabile che uno strumento didattico come le cliniche legali – che mira ad attivare abilità, sviluppare competenze e, per effetto di ciò, costruire conoscenze in un percorso in cui i diversi obiettivi pedagogici si realizzano all'interno di una perfetta circolarità – sia in grado di svolgere un ruolo fondamentale all'interno delle università.

Nel riferirsi all'educazione clinico-legale, è tuttavia importante non trascurare la circostanza che il concetto stesso di “clinica” in ambito giuridico non è di agevole identificazione e da tempo resiste, in particolare in Italia, a ogni tentativo definitorio. Questa resistenza, generalmente giustificata col timore di una riduttività rispetto a esperienze che presentano caratteri multiformi, è indubbiamente legata anche a

quelli che abbiamo visto essere i tratti che hanno accompagnato la nascita dell'esperienza clinica e, dunque, al valore della sperimentazione didattica e al ripudio di ogni dogmatismo, fosse anche quello sotteso a qualsivoglia aspirazione definitoria.

Due sono, peraltro, i punti fermi che meritano di essere posti in luce.

Da un lato, è indiscusso che – se non la vera origine<sup>7</sup>, quantomeno – l'affermazione compiuta dell'insegnamento clinico all'interno del sistema universitario trovi le proprie radici nel Nord-America degli anni sessanta e settanta, anche in questo caso come approccio rivoluzionario all'impostazione tradizionale e dogmatica dell'insegnamento del diritto all'interno dell'accademia<sup>8</sup>.

Dall'altro lato, è indubbio che esista una tensione generale e progressiva verso un obiettivo definitorio<sup>9</sup> capace di individuare una cornice di metodologie condivise e un quadro comune di obiettivi e finalità: in altre parole, una serie di denominatori comuni dell'esperienza clinica, tanto a livello internazionale quanto italiano.

Pur non negando le complessità di tale percorso, il tentativo di fornire almeno un quadro di riferimento concettuale rinviene, in ambito europeo, un importante ausilio, in quanto lo «*European Network of Clinical Legal Education*» – la più importante rete di *clinicians* a livello europeo, che riunisce centinaia di membri provenienti da oltre trenta Paesi – si riferisce all'educazione clinica come a un «*legal teaching method based on experiential learning, which fosters the growth of knowledge, personal skills and values as well as promoting social justice at the same time*»<sup>10</sup>. Da un punto di vista metodologico, dunque, le cliniche legali rappresentano uno strumento di insegnamento del diritto basato sull'apprendimento esperienziale, che ha lo scopo di favorire la crescita di conoscenza, abilità e

*like pathfinders going through new territories, new lands to be conquered*».

6. Per un recente quadro di insieme, *cf.* A. Alemanno e L. Khadar (a cura di), *Reinventing, op. ult. cit.*, pp. 57 ss.

7. Per un'attenta ricostruzione delle radici ottocentesche dell'esperienza clinica in territorio europeo, vds. R.J. Wilson, *The Global Evolution of Clinical Legal Education: More than a Method*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 85 ss. Per alcune preconizzazioni dei primi del Novecento, *cf.* J. Frank, *Why Not a Clinical Lawyer-School?*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 81, 1933, pp. 907 e 916 ss.; F. Carnelutti, *Clinica del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1935, pp. 169 ss.

8. Tra le ricostruzioni, anche per ampie citazioni, vds. P.H. Lee, *The role and impact of clinical programs on entrepreneurship and economic growth*, in M.M. Carpenter (a cura di), *Entrepreneurship and Innovation in Evolving Economies: The Role of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (GB), 2012, pp. 178 ss.

Va ricordato come, sia in America sia in Europa, la progressiva diffusione delle *law clinics* abbia presto dovuto fare i conti con la tendenza a un'interpretazione delle stesse in chiave moderata, orientata più alla professionalizzazione del *curriculum* formativo degli studenti in giurisprudenza che all'estensione dell'accesso alla giustizia o, più in generale, a quegli elementi di trasformazione politica che avevano caratterizzato l'esperienza alle sue origini. *Cfr.* M.R. Marella ed E. Rigo, *Cliniche legali, commons e giustizia sociale*, in *Parolechiave*, Carocci, Roma, n. 53/2015, pp. 181 ss.

9. R.J. Wilson, *The Global Evolution, op. cit.*, pp. 1 ss.

10. <http://encle.org/about-encle/definition-of-a-legal-clinic>.

valori nello studente, tendendo altresì a promuovere obiettivi di giustizia sociale.

Nelle multiformi concretizzazioni che le cliniche legali hanno avuto nelle università italiane è possibile scorgere, anche se non sempre in perfetta corrispondenza con lo schema definitorio assunto a riferimento, i tre tratti fondamentali della *clinical legal education* qui sopra menzionati.

### 3. I paradigmi dell'educazione clinico-legale nell'attuazione nazionale

La prima caratteristica di una clinica legale è il contesto esperienziale nel quale l'obiettivo dell'apprendimento si colloca.

Con l'insegnamento clinico, lo studente è collocato in un contesto esperienziale reale: dinanzi a un migrante che deve affrontare l'audizione presso la commissione territoriale per l'accoglimento della sua domanda di asilo o che si rivolge a uno sportello di *counseling* per conoscere i rimedi che può esperire nei confronti di un diniego della protezione internazionale e ottenere supporto nella loro messa in atto; al cospetto di un detenuto che, all'interno del carcere, necessita di un supporto per la redazione dell'istanza che gli può consentire l'accesso a un beneficio penitenziario o che chiede risposte rispetto alle proprie quotidiane difficoltà (ad esempio, in materia di assistenza sanitaria o di diritto al colloquio con familiari e altre persone); in una comunità che accoglie persone con disabilità, che incontrano nella loro quotidianità ostacoli nell'accesso a servizi o – nei casi di disabilità cognitive, magari progressive – all'esercizio della propria capacità negli spazi in cui è ancora possibile una sua estrinsecazione; di fronte a genitori di minorenni con cui essi auspicano un ricongiungimento familiare, o che incontrano dubbi o difficoltà nell'accesso ai servizi e ai diritti economici e sociali (assistenza sanitaria, alloggio, educazione).

Non necessariamente il contesto esperienziale reale ha a che fare con un "cliente" in modo diretto. Questo accade nelle cliniche, peraltro in progressi-

va espansione, che attivano sportelli di ascolto o di *in-house counseling* (emblematica, a questo proposito, l'esperienza di Roma Tre)<sup>11</sup>, ma anche in quei casi in cui sono gli studenti a fornire il proprio contributo a sportelli legali attivati all'esterno degli spazi universitari da ordini professionali, istituti penitenziari, organizzazioni non governative.

Altre volte l'attività clinica può dispiegarsi molto più chiaramente come attività che assume chiari caratteri di *advocacy*, con concretizzazioni talmente variegata che è possibile qui dar conto solo di parte delle molteplici iniziative che vengono realizzate nei diversi atenei.

A volte, professori e studenti sono impegnati in attività di ricerca-azione, che sfociano, tra le altre cose, nella presentazione di *report* aventi lo scopo prioritario di sensibilizzare l'opinione pubblica e di influenzare le decisioni politiche e istituzionali (è il caso del primo *report* dell'*International University College* di Torino in merito alla situazione del Centro di identificazione ed espulsione della città<sup>12</sup>, poi seguito dall'Osservatorio sulla giurisprudenza dei giudici di pace, volto a monitorare il controllo giurisdizionale in materia di immigrazione<sup>13</sup>). Altre volte, la clinica prende parte a processi legislativi, spesso a livello regionale, attraverso audizioni formali o presentazione di osservazioni scritte alle commissioni legislative competenti (particolarmente attiva in materia ambientale, ad esempio, è l'Università di Bergamo, che ha su questi temi una risalente e collaudata esperienza con il WWF Lombardia<sup>14</sup>). In molti contesti gli studenti partecipano, poi, ad attività di elaborazione e diffusione di *leaflets* o *vademecum* giuridici a contenuto informativo, destinati a categorie di individui in condizione di particolare vulnerabilità o agli operatori che con le stesse si interfacciano (tra i molti esempi, si possono menzionare la «Guida ai diritti» per i detenuti realizzata in quattro lingue e diffusa in tutte le carceri della Regione dalla Clinica «Carcere e diritti» dell'Università di Torino<sup>15</sup> e il *Vademecum* per le richieste di protezione internazionale realizzato dalla «Clinica legale per i diritti umani» dell'Università di Palermo e destinato agli operatori che effettuano i colloqui con i richiedenti protezione internazionale<sup>16</sup>).

11. [www.giur.uniroma3.it/?q=cliniche\\_legali](http://www.giur.uniroma3.it/?q=cliniche_legali).

12. U. Stiege - M. Veglio - E. Roman - A. Ogada-Osiri (a cura di), *Betwix and between: Turin's CIE. An investigation into Turin's Immigration Detention Centre*, International University College, Torino, 2012.

13. [www.lexilium.it](http://www.lexilium.it).

14. Per una sintesi delle attività, vds. P. Brambilla, *La clinica legale ambientale e le ONG.: formazione e partecipazione nell'università dell'antropocene*, in A. Maestroni (a cura di), *Teorie e pratiche nelle cliniche legali*, volume II, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 69 ss.

15. [www.cr.piemonte.it/dwd/organismi/garante\\_detenuti/2017/guida\\_ai\\_diritti.pdf](http://www.cr.piemonte.it/dwd/organismi/garante_detenuti/2017/guida_ai_diritti.pdf).

16. [www.unipa.it/dipartimenti/di.gi./clinica-legale-per-i-diritti-umani](http://www.unipa.it/dipartimenti/di.gi./clinica-legale-per-i-diritti-umani).

Particolarmente significativo è, inoltre, l'avvio di veri e propri "casi pilota" ad opera degli studenti clinici, supportati dal docente e, ove occorra, in stretto collegamento con un professionista del foro. Si tratta di azioni condotte nell'interesse di un singolo o di un gruppo di individui il cui eventuale esito positivo, al termine del procedimento, non genera ripercussioni solo nei confronti dei singoli soggetti coinvolti, ma assume anche portata generale (nell'esperienza bresciana, tra le altre, l'attività di contenzioso strategico assume specifica rilevanza, come dimostrano alcune significative esperienze in materia antidiscriminatoria e di immigrazione)<sup>17</sup>. Talvolta – perché l'intervento di terze parti nel processo è espressamente contemplato – la didattica clinica può essere svolta tramite la predisposizione di un intervento all'interno di un procedimento giurisdizionale già incardinato e avente per oggetto tematiche di *public interest*: è quanto accaduto nel più recente caso emblematico di questo genere, con l'intervento di terzo di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo redatto da quattro studentesse dell'Università di Torino, che la Corte ha non solo utilizzato, ma anche espressamente richiamato in motivazione nel condannare il Governo italiano nel cd. "caso Ilva" (*Cordella e altri c. Italia*)<sup>18</sup>.

Come si è visto, dunque, è indifferente l'ambito disciplinare nel quale la clinica legale si colloca (ed è, anzi, frequente rinvenire collaborazioni tra professori appartenenti a diversi settori scientifico-disciplinari). Ciò che la contraddistingue pare invece essere la circostanza che l'apprendimento esperienziale si cala comunque in un contesto *reale* e non, semplicemente, *realistico*. Simulazioni giuridiche – o più specificamente processuali – così come attività di consulenza giuridica svolte attraverso la redazione di atti o pareri in relazione a casi già chiusi, o seguiti in autonomia nell'ambito di un rapporto professionale da avvocati del foro, rappresentano infatti strumenti didattici di indubbia efficacia, e da tempo diffusi nell'ambito degli insegnamenti di molte università italiane, ma sono esperienze didattiche che – sia pure talvolta identificate come "cliniche legali" – difficilmente ne presentano tutte le caratteristiche<sup>19</sup>.

Riprendendo il tentativo definitorio compiuto a livello europeo dall'ENCLE («*European Network*

*for Clinical Legal Education*»), il secondo parametro che serve a definire una clinica legale è l'obiettivo di promuovere la conoscenza, le abilità e i valori degli studenti. Solo in apparenza si tratta di una caratteristica pacificamente acquisita nelle esperienze che si definiscono "cliniche" in ambito nazionale. In relazione ai primi due elementi della triade (conoscenza e abilità), è vero che non sussistono particolari profili problematici perché l'attività clinica è anzi una concretizzazione emblematica del *learning by doing*. Nel caratterizzarsi come un apprendimento che parte dall'esperienza, non è anzi neppure imprescindibile che gli studenti che vi si avvicinano abbiano già conoscenze approfondite sulle materie con le quali si confronteranno. Se è vero, infatti, che l'offerta formativa delle cliniche ha spesso come destinatari studenti del terzo, quarto e quinto anno del corso di laurea in giurisprudenza, non è generalmente richiesto il superamento di specifici esami propedeutici di carattere tradizionale, e gli elementi conoscitivi del contesto in cui il discente viene chiamato a operare sono, per lo più, oggetto di apprendimento nell'ambito della stessa attività clinica. Il tutto, pertanto, secondo un'accezione piena del concetto di *learning by doing*, che rappresenta un superamento radicale e rivoluzionario dell'impostazione pedagogica dominante all'interno delle università.

Al di là della finalità di promozione delle conoscenze e delle abilità, è l'ulteriore obiettivo dell'insegnamento clinico, ossia la crescita dei valori dello studente che lo riceve, a porre qualche profilo interpretativo di una certa delicatezza, specie laddove si tenti di individuare univocamente i contenuti di questo aspetto "valoriale". Nella progettazione di una clinica, così come nel suo concreto realizzarsi, le componenti deontologiche, ma anche più in generale etiche dell'attività del giurista devono tuttavia rappresentare un elemento irrinunciabile per non tradire l'essenza stessa della *clinical legal education*. La clinica non serve, infatti, soltanto a costruire abilità professionali, insegnando fin dalle aule dell'università – ad esempio – come ci si relaziona con un cliente, un collega o un altro professionista o come si redige un ricorso o un atto di appello, ma deve altresì mirare ad avvicinare lo studente a quei valori professionali che com-

17. L. Masera, *La tutela dei diritti dei migranti nell'attività delle cliniche legali dell'Università statale di Brescia: un caso di contenzioso strategico*, in M. Colombo (a cura di), *Immigrazione e contesti locali*, Anuario CIRMIB, Vita e Pensiero, Milano, 2015, pp. 155-166 (disponibile online: <http://clinicalegale.unibs.it/wp-content/uploads/2017/07/Masera-La-tutela-dei-diritti-dei-migranti-nell%E2%80%99attivit%C3%AO-delle-cliniche-legali-dell%E2%80%99Universit%C3%AO-statale-di-Brescia.pdf>).

18. [www.clinichelegali.unito.it/do/avvisi.pl/Show?id=hpb6](http://www.clinichelegali.unito.it/do/avvisi.pl/Show?id=hpb6).

19. Per questa ragione – e anche perché è indubbio che si rinvengano, sul piano dogmatico, aperture a pratiche simulative nel contesto clinico – è stata proposta una distinzione tra programmi clinici prevalentemente rivolti alla didattica e programmi clinici prevalentemente rivolti al servizio. Cfr. G. Smorto (a cura di), *Clinica legale. Un manuale operativo*, Edizioni Next Palermo, 2015, pp. 20 ss. (disponibile online: <http://clinicalegale.it/wp-content/uploads/2015/03/clinica-legale-un-manuale-operativo.pdf>).

prendono le responsabilità pubbliche degli avvocati nei confronti della società, dei giudici nell'interpretazione e nell'applicazione della legge, o dei giuristi in generale nella diffusione e promozione di una cultura non solo del diritto ma anche *dei diritti*<sup>20</sup>. Solo in questo modo, la portata trasformativa delle cliniche legali supera – in coerenza con le matrici storiche che ne hanno determinato la nascita – i confini del positivismo giuridico educativo e contribuisce a formare nello studente una coscienza critica in relazione al significato politico e all'impatto sociale del diritto.

Si tratta di un elemento che è da leggere in stretta correlazione con l'ulteriore obiettivo di promozione della giustizia sociale, che è stato individuato a livello europeo come terzo tassello che definisce i contenuti dell'educazione clinica.

Il ruolo trasformativo di questa esperienza educativa non è invero collegato esclusivamente al piano pedagogico, ma – anche nei tentativi definitivi che se ne sono dati – è posto parimenti in stretta connessione con l'obiettivo di trasformazione della società, di riduzione delle disuguaglianze sociali, di rimozione degli ostacoli che impediscono o limitano l'accesso degli individui alla giustizia<sup>21</sup>. Si tratta di una caratteristica della *clinical legal education* particolarmente avvertita nel contesto italiano e considerata prioritaria ed irrinunciabile, soprattutto da quelle università che, per prime, hanno utilizzato tale metodologia didattica.

Le attività nelle quali i docenti si impegnano con i loro studenti risultano dunque latamente connotate in termini di *public interest* o indirizzate in favore di categorie vulnerabili, per le quali la conoscenza del diritto, il godimento dei propri diritti, l'accesso alla giustizia incontrano ostacoli di varia natura. Può trattarsi di limiti previsti o indirettamente determinati dalla stessa legge (risiedendo, ad esempio, nei confini stessi previsti per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato) o possono essere le specifiche circostanze concrete (come nel caso, per citare alcuni ambiti tradizionali dell'attività dei *clinician*, dei detenuti o dei richiedenti protezione internazionale) a rendere necessario o quantomeno opportuno un intervento clinico. Talvolta – come in materia di ambiente o di tutela di altri interessi diffusi, ma anche, in generale,

in relazione alla protezione dei diritti umani e, nello specifico, dei migranti –, cresce progressivamente la necessità di una specifica attività volta anche alla promozione dei diritti. Ecco perché le *strategic litigation*, sia pure a prescindere dall'effettivo successo in termini processuali, rappresentano una metodologia clinica particolarmente utile per il riconoscimento giudiziale di un diritto lesa o, perlomeno, per una sensibilizzazione dell'opinione pubblica o dei *law maker*. Allo stesso modo, informazioni, supporto e sostegno giuridico extragiudiziale, nonché affiancamento a organizzazioni che, a vario titolo, si occupano di soggetti deboli (dalle vittime di tratta, ai minori stranieri non accompagnati e ai loro tutori; dalle vittime di usura, alle persone colpite da decadimento cognitivo e ai loro familiari) rappresentano forme di clinica in progressiva espansione.

Non è insomma, come si potrebbe credere, la sola rappresentanza in giudizio a costituire un'attività clinica idonea a rimuovere gli ostacoli nell'accesso alla giustizia e, quindi, a combattere le disuguaglianze sociali. Quest'ultima, anzi, essendo in Italia prerogativa esclusiva di chi esercita la professione forense (a differenza di quanto accade generalmente nei Paesi di *common law*), non è avvertita come il tassello primario dell'esperienza clinica sotto il profilo didattico, anche in virtù del fatto che lo studente – potendo soltanto presenziare alle attività che si svolgono in udienza – può portare il suo contributo alle strategie di assistenza difensiva solo in momenti diversi rispetto a quelli direttamente giudiziali. Ulteriori profili problematici, che non è dato qui approfondire, si incontrano poi in relazione al rapporto fiduciario che, nel nostro sistema, il professionista instaura direttamente col cliente, e rispetto al quale l'intervento di soggetti terzi deve essere sempre oggetto di delicate ponderazioni e di partecipazione decisionale da parte dell'interessato. L'esperienza di questi anni e le riflessioni svolte in relazione a tali limiti, comuni a molti Paesi europei e particolarmente avvertiti in Italia, portano comunque a ritenere che queste peculiarità nazionali, e in particolare l'impossibilità di un'assistenza legale da parte di soggetti diversi dai professionisti abilitati, non indeboliscano in realtà significativamente la portata formativa dell'esperienza vissuta dallo studente.

20. Il duplice obiettivo formativo delle cliniche legali è efficacemente riassunto da F.S. Bloch e N.R. Madhava Menon, *The global clinical movement*, in F.S. Bloch (a cura di), *The Global Clinical Movement: Educating Lawyers for Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 268-269: «*Clinical legal education around the world focuses on two curricular goals aimed at preparing students for practicing law not otherwise emphasized sufficiently in the traditional law school curriculum: providing professional skills training and instilling professional values of public responsibility and social justice*».

21. Il focus sulla promozione della giustizia sociale attraverso lo strumento clinico – è stato efficacemente sottolineato – è importante in due differenti dimensioni: «*not only because of its effect upon clients but also because of its effect upon students*» (così M. Guggenheim, *Fee Generating Clinics: Can We Bear the Costs?*, in *Clinical Law Review*, n. 1/1995, p. 683). A livello nazionale, vds. C. Bartoli, *Legal clinics in Europe: for a commitment of higher education in social justice*, in *Diritto e questioni pubbliche*, numero speciale, maggio 2016 ([www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2016\\_nSE\\_Legal-clinics-in-Europe/DQ\\_2016\\_Legal-Clinics-in-Europe\\_specialissue.pdf](http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2016_nSE_Legal-clinics-in-Europe/DQ_2016_Legal-Clinics-in-Europe_specialissue.pdf)).

Va in ogni caso evidenziato come, in ambito internazionale<sup>22</sup>, la stretta correlazione tra attività clinica e obiettivo di promozione della giustizia sociale, di riduzione delle disuguaglianze e degli ostacoli nell'accesso alla giustizia stia subendo negli ultimi anni, sia sul piano dogmatico che su quello empirico, una certa erosione. È addirittura individuabile un filone interpretativo che ricollega tale funzione esclusivamente a quelle cliniche che operano nei Paesi in via di sviluppo e che muovono i primi passi nell'ambito della *clinical legal education*. In Italia, tuttavia, l'idea che l'esistenza di una dimensione sociale delle cliniche possa essere così fortemente connessa alla situazione politica ed economica di un Paese o alla compiutezza o meno del sistema di assistenza legale non trova significativi riscontri, evidenziandosi semmai come l'"accesso alla giustizia" sia concetto così ampio da non poter essere ricondotto esclusivamente a quello di accesso alle *aule* di giustizia e come le cliniche possano, in ogni contesto, essere comunque utilizzate – come si accennava poc'anzi – come strumenti "di secondo livello" (laddove supportano, fornendo consulenza, l'attività di organizzazioni non governative o di associazioni con finalità di tutela di soggetti vulnerabili) o nella loro dimensione di *street law* (diffondendo nella comunità di appartenenza informazione giuridica volta a incrementare la consapevolezza dei diritti), nonché per promuovere azioni di prevenzione delle disuguaglianze che

possono determinare, in concreto, un ostacolo nella tutela dei propri diritti.

A livello accademico, la progressiva espansione delle cliniche legali ha anzi trovato, nella dimensione della promozione sociale ad esse sottesa, un fattore eziologico che può aver giocato un ruolo di qualche peso nel successo dell'insegnamento clinico. Nel concreto dispiegarsi delle loro attività – così come fin qui sinteticamente ed esemplificativamente individuate –, il ruolo che viene svolto risulta infatti perfettamente rispondente alla cd. «responsabilità sociale dell'Università»<sup>23</sup>, ossia al contributo che gli atenei sono chiamati a portare allo sviluppo della società e del territorio, monitorando l'efficacia della propria azione non solo sui tradizionali versanti della didattica erogata e della ricerca realizzata, ma anche sulle ricadute di interesse pubblico che essi sono in grado di produrre.

Non è un caso, dunque, che nelle recenti esperienze di bilancio sociale delle università, da un lato, e dei monitoraggi sulla cd. "terza missione", dall'altro, sia possibile riscontrare espliciti riferimenti alle attività clinico-legali. In una via che pare ormai indubbiamente tracciata, i passi successivi, non meno importanti, del movimento clinico nazionale<sup>24</sup> dovranno essere correlati alla costruzione di appositi sistemi di valutazione della qualità e allo sviluppo di specifiche politiche di finanziamento a livello locale e ministeriale.

22. Per un recentissimo quadro d'insieme sull'evoluzione dei rapporti tra cliniche legali e obiettivi di promozione della giustizia sociale, vds. C. Ashford e P. McKeown (a cura di), *Social Justice and Legal Education*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle (GB), 2018.

23. Sul tema, di recente, vds. A. Cassone e L. Sacconi (a cura di), *Autonomia e responsabilità sociale dell'Università. Governance e accountability*, Giuffrè, Milano 2013.

24. Recentissima è la costituzione – il 15 marzo 2019 – dell'Associazione «Coordinamento Nazionale delle Cliniche Legali Italiane», con sede legale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia.

## La formazione del giurista, dell'interprete e del traduttore nello spazio giuridico integrato europeo: la «*Refugee Law Clinic Trieste*» e la «*Transcultural Law Clinic*»

di Fabio Spitaleri e Caterina Falbo

Il Dipartimento di «Scienze giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione» dell'Università di Trieste ha creato due cliniche legali che presentano entrambe specificità strettamente legate alla sua struttura. Nella «*Refugee Law Clinic Trieste*», istituita nel 2017, gli studenti svolgono un'attività di assistenza e consulenza in favore dei richiedenti protezione internazionale presso una realtà esterna all'Ateneo; a sua volta, l'avvio di una «*Transcultural Law Clinic*» prevede la formazione congiunta di studenti di interpretazione e di giurisprudenza per l'assistenza linguistica in favore di persone indagate e imputate allolotte.

**1. Introduzione: il contesto in cui si collocano le cliniche legali dell'Università di Trieste / 2. La «*Refugee Law Clinic Trieste*» / 3. Il ruolo degli studenti di interpretazione e traduzione nella clinica legale / 4. Il progetto «*TransLaw*» e la «*Transcultural Law Clinic*» / 5. Conclusioni**

### 1. Introduzione: il contesto in cui si collocano le cliniche legali dell'Università di Trieste

Nell'ambito dell'Ateneo triestino sono state ideate due "cliniche legali": la «*Refugee Law Clinic Trieste*», istituita nel 2017, e la «*Transcultural Law Clinic*», attualmente in fase di primo avvio<sup>1</sup>.

Si tratta di due iniziative che presentano specificità strettamente legate alla struttura del dipartimento universitario che le ha promosse. Affiancando una Sezione di studi giuridici a una Sezione di studi in lingue

moderne per interpreti e traduttori, il Dipartimento di «Scienze giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione» dell'Università di Trieste (nel prosieguo: «Dipartimento IUSLIT») rappresenta un *unicum* a livello nazionale e uno dei pochi esempi, a livello internazionale, di strutture accademiche che uniscono studiosi del diritto e studiosi di lingue, di interpretazione e di traduzione. Questa particolarità si riverbera sull'organizzazione delle cliniche legali triestine, le quali prevedono il coinvolgimento e l'interazione degli studenti e dei docenti delle due diverse Sezioni.

Più in generale, questa impostazione riflette uno degli obiettivi fondamentali del Dipartimento IU-

1. L' «*European Network of Clinical Legal Education*» (ENCLE) definisce come segue il concetto di "clinica legale": «clinical legal education is a legal teaching method based on experiential learning, which fosters the growth of knowledge, personal skills and values as well as promoting social justice at the same time. As a broad term, it encompasses varieties of formal, non-formal and informal educational programs and projects, which use practical-oriented, student-centered, problem-based, interactive learning methods, including, but not limited to, the practical work of students on real cases and social issues supervised by academics and professionals. These educational activities aim to develop professional attitudes, and foster the growth of the practical skills of students with regard to the modern understanding of the role of the socially oriented professional in promoting the rule of law, providing access to justice and peaceful conflict resolutions, and solving social problems» (<http://encle.org/about-encle/definition-of-a-legal-clinic>).

2. La «*Transcultural Law Clinic*» è stata avviata, come esperienza pilota, nei mesi di ottobre e novembre 2019. La clinica vera e propria sarà organizzata a partire da febbraio 2020.

SLIT, vale a dire la formazione di operatori che sappiano agire nel contesto europeo, consapevoli della complessità che lo caratterizza.

Il processo di integrazione europea ha creato una Comunità di diritto, che integra le norme dell'Unione con i sistemi giuridici nazionali.

Si tratta di un ordinamento giuridico nuovo<sup>3</sup>, che è stato plasmato, nei suoi principi generali, dal dialogo tra Corte di giustizia, corti costituzionali e Corte europea dei diritti dell'uomo. Esso mira a garantire, nel suo complesso, elevati *standard* di tutela dei diritti fondamentali, la cui determinazione è responsabilità comune e condivisa di queste corti e la cui applicazione spetta ai giudici comuni, che sono al contempo giudici nazionali e dell'Unione. Dovendosi confrontare con norme di ordinamenti diversi e integrati, sui quali incide, più che in passato, l'attività delle corti supreme, i giuristi europei che il Dipartimento IUSLIT intende formare devono essere capaci di operare nelle diverse dimensioni che connotano questo spazio giuridico.

Il diritto dell'Unione presenta anche un'altra particolarità, di cui si è tenuto conto nell'elaborazione delle finalità del Dipartimento e nella configurazione delle cliniche legali.

L'ordinamento dell'Unione poggia infatti su un sistema istituzionale complesso, che ha tra i suoi elementi caratterizzanti il multilinguismo<sup>4</sup>. Le istituzioni dell'Unione operano con ventiquattro lingue ufficiali, che hanno pari dignità, e utilizzano diverse lingue di lavoro. Il corretto funzionamento di questa organizzazione complessa presuppone l'adozione di accorgimenti tecnici e l'impiego di risorse, in termini finanziari e di personale, importanti. La costante interazione tra giuristi, interpreti e traduttori caratterizza l'operato dei funzionari dell'Unione. In questo nuovo contesto europeo, la formazione di giuristi capaci di lavorare in più lingue e di interpreti e traduttori consapevoli delle diverse esperienze e culture giuridiche che contribuiscono alla formazione dell'Unione è, pertanto, indispensabile. Anche di ciò si è tenuto conto, quando si è scelto di utilizzare lo strumento delle cliniche legali nella formazione degli studenti di giurisprudenza e di interpretazione e traduzione. La partecipazione degli uni e degli altri a queste attività è motivata quindi dalle finalità che il Dipartimento

IUSLIT ha inteso perseguire elaborando un progetto formativo autenticamente europeo.

L'obiettivo del presente articolo è quello di illustrare l'organizzazione della «*Refugee Law Clinic Trieste*» (par. 2), di spiegare il ruolo che in essa assumono, accanto agli studenti di giurisprudenza, gli studenti di interpretazione e traduzione (par. 3) e, infine, di descrivere il progetto «*Translaw*» nell'ambito del quale è stata ideata la «*Transcultural Law Clinic*» (par. 4). Verranno, quindi, tratte le debite conclusioni (par. 5).

## 2. La «*Refugee Law Clinic Trieste*»

La «*Refugee Law Clinic Trieste*» è una clinica legale per lo studio e la pratica del diritto d'asilo da parte degli studenti di giurisprudenza e di traduzione specialistica e interpretazione di conferenza dell'Università di Trieste.

La richiesta dell'istituzione della clinica legale è venuta da alcune studentesse del Corso di laurea in giurisprudenza, che hanno avuto modo di osservare il funzionamento di queste realtà in occasione dell'*Erasmus* presso altre università europee. Dopo una fase di studio e di analisi delle iniziative già intraprese in Italia e all'estero, la «*Refugee Law Clinic Trieste*» è stata configurata secondo il modello dello "sportello esterno", prevedendo cioè un'attività di assistenza e consulenza da parte degli studenti presso una realtà esterna all'ateneo, che fornisce supporto ai richiedenti protezione internazionale. Questa realtà è stata individuata nell'Ufficio rifugiati del «Consorzio italiano di solidarietà» (Ics), il quale ha supportato l'iniziativa e ha partecipato fin dall'inizio alla sua configurazione.

L'attività della clinica legale si articola in quattro fasi: la selezione, la formazione, il tirocinio e il colloquio finale.

Gli studenti vengono selezionati sulla base di un avviso, applicando criteri di merito che prendono in considerazione i risultati accademici conseguiti. Sono ammessi a partecipare studenti iscritti al quarto e al quinto anno del Corso di laurea in giurisprudenza, nonché studenti iscritti al Corso di laurea magistrale in traduzione specialistica e interpretazione di conferenza. Il numero di posti disponibili è fissato a dieci persone.

3. Secondo una celebre pronuncia della Corte di giustizia «*la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini*» (Cgce, 5 febbraio 1963, C- 26/62, *Van Gend & Loos*, in *Racc.*, p. 3, spec. p. 23). Sulla natura e sulle caratteristiche essenziali dell'Unione, vds. anche il fondamentale parere 2/13 del 18 dicembre 2014, *Adesione dell'Unione alla Cedu*, spec. i punti nn. 156-176. In dottrina, vds. B. Cortese, *L'ordinamento dell'Unione Europea tra autocostituzione, collaborazione e autonomia*, Giappichelli, Torino, 2018 e L. Daniele (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Sistema Istituzionale – Ordinamento – Tutela giurisdizionale – Competenze*, Giuffrè, Milano, 2018, spec. pp. 48 ss.

4. Sul punto, vds. J. Ziller, *Le multilinguisme, caractère fondamental du droit de l'Union européenne*, in Aa.Vv., *Liber Amicorum Antonio Tizzano – De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 1067.



La formazione è una fase essenziale dell'iniziativa, in quanto mira a fornire ai partecipanti le competenze necessarie per poi operare a supporto delle attività di Ics. Essa consta di seminari, per complessive quaranta ore, dedicati allo studio degli aspetti sia teorici che pratici del diritto d'asilo<sup>5</sup>; alcune ore seminariali vengono incentrate sugli aspetti fondamentali della comunicazione interlinguistica. Ampio spazio è riservato ad attività di *legal writing* per apprendere le tecniche di redazione delle memorie prodotte in vista dell'audizione del richiedente protezione internazionale e del ricorso contro il provvedimento di diniego della protezione. Sono coinvolti nella formazione docenti universitari, funzionari di organizzazioni internazionali e di istituzioni e agenzie dell'Unione (in particolare Unhcr, Commissione europea ed Easo), avvocati specializzati nel diritto d'asilo e un magistrato della sezione specializzata del Tribunale di Trieste in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea. Il coinvolgimento nella docenza di operatori impegnati nei diversi aspetti del diritto d'asilo risponde all'obiettivo di fornire agli studenti conoscenze complete sulla protezione internazionale. Inoltre, l'adesione di una platea così ampia e diversificata di docenti consente di far comprendere la complessità dell'*iter* di riconoscimento della protezione internazionale e, ancor più, la delicatezza dei processi giuridici e cognitivi per giungere a una decisione motivata.

Il tirocinio, della durata di 150 ore, è svolto presso l'Ufficio rifugiati dell'Ics, sulla base di un'apposita convenzione conclusa dal Dipartimento IUSLIT con questo ente. Sotto la supervisione del personale e dei legali dell'Ufficio rifugiati, gli studenti assistono gli stranieri nelle diverse fasi della procedura amministrativa per il riconoscimento della protezione internazionale: collaborano nel fornire agli interessati le prime indicazioni per la formalizzazione della domanda di protezione internazionale (colloqui cd. "pre-C3"); partecipano ai colloqui finalizzati alla preparazione dell'audizione presso la commissione territoriale; ricercano informazioni aggiornate sulla situazione dei Paesi di origine attraverso i «*Country of Origin Information Reports*» (COI); contribuiscono alla stesura della memoria da depositare in vista

dell'audizione del richiedente. L'esperienza pratica prevede anche circa dieci giorni di frequentazione di un centro di prima accoglienza, durante i quali gli studenti coadiuvano gli operatori in tutte le loro attività, in modo da prendere coscienza diretta delle dinamiche dell'accoglienza.

La clinica legale si conclude con un colloquio per la verifica delle conoscenze e delle competenze apprese e per fare un bilancio dell'esperienza compiuta, anche al fine di verificare se questa ha risposto alle aspettative degli studenti coinvolti.

### 3. Il ruolo degli studenti di interpretazione e traduzione nella clinica legale

L'idea di prevedere la partecipazione di studenti di interpretazione/traduzione (d'ora in poi "I/T") alla «*Refugee Law Clinic Trieste*» nasce da una constatazione, e persegue l'obiettivo della formazione degli studenti, a cui, per un effetto di serendipità, si è aggiunto l'auspicio di poter avere un impatto sulla realtà dell'assistenza linguistica nelle interazioni con i richiedenti protezione internazionale.

La constatazione, piuttosto banale, riguarda la presenza di persone alloglotte e la necessità, da parte loro e delle istituzioni, di comprenderli. Per definizione, infatti, la protezione internazionale, nelle sue varie forme, viene richiesta da stranieri, che ovviamente sono portatori di lingue e culture diverse da quella del Paese di accoglienza e che solitamente non conoscono la lingua ufficiale del Paese di arrivo. Queste persone, pertanto, interagiscono fin da subito con i rappresentanti dell'autorità o con gli operatori preposti alla loro accoglienza attraverso una lingua veicolare (solitamente l'inglese) oppure grazie a un interprete o, come solitamente viene denominato in Italia, un mediatore culturale (d'ora in poi "I/M"<sup>6</sup>). Nel primo caso, spesso la conoscenza della lingua veicolare non è così approfondita da permettere agli interlocutori (richiedenti e operatori) di esprimersi liberamente e pienamente; nel secondo caso, emerge il ruolo determinante dell'I/M poiché è attraverso la sua mediazione che si costruirà poco alla volta il percorso del richiedente.

5. Per un quadro sintetico del diritto d'asilo dell'Unione europea, vds. S. Amadeo e F. Spitaleri, *La politica comune dell'immigrazione e dell'asilo*, in L. Daniele (a cura di), *Il diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 393, spec. pp. 408 ss. Per una disamina approfondita, vds. S. Amadeo e F. Spitaleri, *Il diritto dell'immigrazione e d'asilo dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2019 (in corso di pubblicazione).

6. Non si vuole, in questa sede, addentrarsi nelle reali o presunte differenze fra interprete e mediatore culturale; per un approfondimento, si rimanda a C. Falbo, *La comunicazione interlinguistica in ambito giuridico. Temi, problemi e prospettive di ricerca*, EUT, Trieste, 2013, pp. 19-44 ([www.openstarts.units.it/handle/10077/9306](http://www.openstarts.units.it/handle/10077/9306)); C. Falbo, "Interprete" et "mediatore linguistico-culturale": *deux figures professionnelles opposées?*, in G. Agresti e C. Schiavone (a cura di), *Plurilinguisme et monde du travail. Professions, opérateurs et acteurs de la diversité linguistique. Actes des Cinquièmes Journées des Droits Linguistiques*, Aracne, Roma, pp. 257-274.

Due, forse, sono le fasi in cui il processo traduttivo esprime tutto il suo peso e può determinare l'esito – o comunque influenzare – il percorso della richiesta: la formulazione della domanda di un tipo di protezione che, talvolta, implica la stesura di una memoria durante i colloqui con gli avvocati che assistono il richiedente, e l'audizione in commissione territoriale. Sono due momenti importanti, in cui è possibile avvertire la rilevanza del processo traduttivo e, soprattutto, il carattere determinante della qualità di tale processo e del suo risultato. Ne è prova il fatto che alcuni operatori riferiscono che, talvolta, tra ciò che emerge durante i colloqui con gli avvocati o gli operatori – e che confluisce poi nella memoria – e ciò che si evidenzia in sede di audizione con la commissione territoriale si riscontrano incongruenze che possono mettere in discussione la veridicità di ciò che viene dichiarato e offuscare, in tal modo, l'immagine del richiedente. Ovviamente non è detto che il problema risieda proprio a livello traduttivo, ma una disamina delle caratteristiche professionali degli I/M e delle modalità secondo cui si procede alla traduzione porta a pensare che la questione sia affrontabile e risolvibile agendo proprio sul processo traduttivo.

In questo quadro, e dopo aver acquisito i contenuti relativi alla normativa e alle procedure che disciplinano il diritto alla protezione internazionale durante le ore dedicate alla formazione frontale, per gli studenti di I/T, durante il tirocinio, diventa preminente osservare gli I/M al lavoro e cercare di identificare quelle dinamiche interazionali messe in atto dagli interlocutori (operatore/avvocato – I/M – richiedente) durante i colloqui.

Tali dinamiche, ben descritte e analizzate secondo i principi dell'analisi conversazionale<sup>7</sup>, possono configurarsi in diversi modi a seconda delle caratteristiche delle persone coinvolte (stile conversazionale), dell'attitudine di alcuni interlocutori a dominare l'interazione e del basso profilo adottato da altri che potrebbero, per esempio, escludere in modo più o meno evidente proprio l'interlocutore più debole. Per definizione, la posizione di "interlocutore debole" viene solitamente occupata da chi, all'interno dell'interazione, non padroneggia la lingua dell'istituzione o della procedura e ha un bagaglio di conoscenze riferibili alla materia in questione decisamente inferiori agli altri interlocutori: ossia, nel caso specifico, il richiedente. Questa relazione asimmetrica tra i diversi interlocutori fa sì che il servizio di assistenza

linguistica diventi fondamentale, in particolare per il richiedente, che dipende completamente dall'I/M.

Spesso per gli studenti di I/T non è possibile entrare nel merito dell'adeguatezza e dell'accuratezza della traduzione, in quanto le lingue usate, oltre ovviamente all'italiano, sono lingue dette di minor diffusione in Italia. Si tratta di lingue per le quali, nella maggior parte dei casi, non sono disponibili I/M adeguatamente formati, ma solo parlanti nativi che, grazie alla conoscenza dell'italiano – spesso appreso risiedendo nel Paese e padroneggiato a livelli molto diversi – vengono ingaggiati come I/M. Malgrado la non conoscenza delle lingue usate dai richiedenti, gli studenti di I/T, formati e pertanto sensibili al processo di mediazione interlinguistica e interculturale, sono in grado di cogliere il rapporto di dominanza fra gli interlocutori, riflettere sulle conseguenze dei rapporti di forza/debolezza che si instaurano e trarre insegnamenti da tale osservazione<sup>8</sup>.

Non è detto, però, che gli studenti di I/T non possano anche essere parte attiva durante il tirocinio, predisponendo, per esempio, la traduzione – soprattutto dall'inglese – delle COI o di altri documenti in italiano, facilitando così il lavoro di operatori e avvocati, o ancora assumendo il ruolo di operatore laddove si tratti di raccogliere semplici informazioni e sia possibile e/o richiesto l'uso di una lingua veicolare (inglese, francese, spagnolo).

Si sono fin qui descritti i compiti "formativi" assegnati a studenti di I/T e le motivazioni su cui si fonda. Va detto, però, che durante il percorso della clinica legale è andato delineandosi un obiettivo a medio e lungo termine, che deriva proprio dall'attività degli studenti di I/M all'interno della «*Refugee Law Clinic Trieste*». La loro presenza permette infatti di portare alla superficie le difficoltà e gli ostacoli che possono intralciare la comunicazione interlinguistica e interculturale, e che attengono alla conoscenza delle dinamiche interazionali, le conoscenze linguistiche, le conoscenze procedurali, le competenze comunicative e la consapevolezza delle caratteristiche proprie del processo traduttivo – sia esso orale o scritto. Succede che vedere all'opera studenti di I/T sproni alcuni I/M senza formazione formale a interrogarsi sulle proprie competenze e conoscenze professionali, fino a interessarsi a percorsi di formazione *ad hoc* o di aggiornamento professionale.

Il dialogo con operatori e avvocati è, invece, meno immediato e necessiterebbe di interventi volti a crea-

7. L'analisi della conversazione è un approccio analitico al parlato che persegue l'obiettivo di analizzare le azioni degli interlocutori nel loro susseguirsi attraverso la produzione di turni di parola. Si cita, qui, l'articolo fondatore di questo campo di ricerca: H. Sacks - E. Schegloff - G. Jefferson, *A simplest systematics for the organisation of turn taking for conversation*, in *Language*, n. 50/1974, pp. 696-735.

8. Cfr. S. Billett, *The practices of learning through occupations*, in *Id.* (a cura di), *Learning through Practice: Models, Traditions, Orientations and Approaches*, vol. I, Springer, Dordrecht, 2010, pp. 59-81.

re consapevolezza sulla delicatezza dell'interpretare e del tradurre e sul carattere pervasivo di queste due attività in un contesto come quello dei richiedenti protezione internazionale, dove poco o nulla passa per una sola e unica lingua, cioè l'italiano<sup>9</sup>.

Inoltre, occorre portare la riflessione anche sul piano sociologico. L'interazione mediata da I/M è, formalmente, per i richiedenti il primo contatto con e il primo passo alla scoperta della società in cui vorrebbero inserirsi; è il primo momento in cui l'autorità dovrebbe essere in ascolto della persona prima di decidere sul suo futuro; è il primo gradino verso l'integrazione. In questi momenti, la persona portatrice di lingua e cultura altra dovrebbe essere al centro e dovrebbe percepire di essere effettivamente al centro. Un obiettivo raggiungibile attraverso l'applicazione delle norme che tutelano i diritti della persona, ma senza dimenticare che è la qualità dell'interazione verbale interlinguistica che renderà tutto ciò tangibile per il richiedente, facilitando nel contempo il lavoro di operatori e avvocati.

#### 4. Il progetto «TransLaw» e la «Transcultural Law Clinic»

Oltre alla «Refugee Law Clinic Trieste», la partecipazione a un progetto europeo finanziato dalla Direzione generale «Giustizia» della Commissione europea, ha fatto sì che si lavorasse alla creazione di una seconda clinica legale.

Il progetto «TransLaw<sup>10</sup> – Exploring Legal Interpreting Service Paths and Transcultural Law Clinics for persons suspected or accused of crime», prevede infatti l'avvio di una «Transcultural Law Clinic», ossia una Clinica legale per la formazione congiunta

di studenti di interpretazione e di giurisprudenza per l'assistenza linguistica in favore di persone indagate e imputate alloglotte.

L'idea di questa clinica legale risponde, in parte, alle molteplici criticità riscontrate in vari Paesi, e soprattutto in Italia, in materia di interpretazione (e traduzione) in ambito giudiziario. Prima di descrivere le caratteristiche e le peculiarità di questa clinica legale, è senz'altro utile ricordare brevemente, senza entrare nei dettagli, qual è la situazione attuale<sup>11</sup>.

A livello internazionale, l'assistenza linguistica per le persone alloglotte è prevista in due convenzioni, ratificate dall'Italia, ossia la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) e la Convenzione internazionale dei diritti civili e politici, meglio nota come Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici. Tali convenzioni sanciscono<sup>12</sup> il diritto di ogni persona arrestata a essere informata, nel più breve tempo possibile, delle accuse elevate contro di lei in una lingua a lei comprensibile e, se non comprende o non parla la lingua della procedura, a essere assistita gratuitamente da un interprete.

A livello nazionale, l'assistenza linguistica nei procedimenti penali è disciplinata dal codice di procedura penale agli artt. 143-147, modificati in seguito al recepimento delle direttive 2010/64/UE e 2012/29/UE<sup>13</sup>. In particolare, la direttiva 2010/64/UE sottolinea con forza l'aspetto della qualità dell'interpretazione e della traduzione<sup>14</sup>, un obiettivo raggiungibile grazie alla creazione di registri di interpreti e traduttori formati e indipendenti. Nessuno dei due decreti legislativi (d.lgs 4 marzo 2014, n. 32, e d.lgs 23 giugno 2016, n. 129) che si sono susseguiti nel recepimento della direttiva ha, però, avuto un impatto tangibile sulla realtà dell'assistenza linguistica in ambito giu-

9. Durante il secondo incontro del gruppo di ricerca del progetto TRAMIG (<https://tramig.eu>), che si è svolto a Oslo il 3 e 4 luglio 2019, è stato evidenziato che in Norvegia si prevedono corsi di formazione per il personale che, in seno alle diverse istituzioni, si trovi a dover interagire con una persona alloglotta tramite un interprete. Il bisogno di formazione nasce, prima di tutto, dalla consapevolezza della delicatezza delle diverse situazioni e del processo traduttivo in particolare, nonché dalla necessità di rendere il lavoro degli operatori e degli interpreti il più fluido possibile, perseguendo l'obiettivo della qualità dell'interazione interlinguistica e rispettando in tal modo i diritti della persona alloglotta.

10. «TransLaw – Exploring Legal Interpreting Service Paths and Transcultural Law Clinics for persons suspected or accused of crime». Il progetto ha durata biennale (2018–2019) ed è finanziato dalla «DG Justice» [Grant Agreement number: 760157 – TransLaw – JUST-AG-2016/JUST-AG-2016-06], <https://translaw.univie.ac.at>.

11. Per un approfondimento vds., per gli aspetti giuridici, M. Gialuz, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, Wolters Kluwer, Milano, 2018 e, per gli aspetti più prettamente linguistici e traduttivi, C. Falbo, *La comunicazione*, op. cit.

12. Cedu, artt. 5, par. 2, e 6, par. 3; Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, art. 14, par. 3, lett. a e f.

13. Rispettivamente: direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, e direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

14. Le attività di traduzione e interpretazione, per quanto possano essere completamente diverse in alcuni contesti, tendono a coesistere e ad intrecciarsi in ambito giudiziario. Spesso, gli interpreti che lavorano per la procura o il tribunale sono le stesse persone che traducono gli atti.

diziario in Italia<sup>15</sup>. Altrimenti detto, nulla si è fatto per regolare l'accesso all'interpretazione e alla traduzione attraverso la determinazione di criteri qualitativi appropriati con successiva iscrizione negli elenchi esistenti presso i tribunali.

In diversi Paesi europei, l'accesso alla professione di interprete/traduttore in ambito giudiziario è regolato da norme che prevedono la verifica della presenza di una formazione specifica, il superamento di esami e l'accreditamento professionale da parte di enti preposti<sup>16</sup>.

In Italia, invece, tutto viene demandato ai singoli tribunali e gli elenchi di interpreti e traduttori previsti obbligatoriamente (art. 67 disp. att. cpp) a livello locale presso i tribunali non vengono redatti sulla base di una verifica delle competenze delle persone che si propongono come interpreti/traduttori. Il registro nazionale, previsto dal d.lgs 23 giugno 2016, n. 129, non è altro che la somma degli elenchi presenti presso ogni singolo tribunale (art. 67-bis disp. att. cpp). A questo va aggiunto il fatto che, spesso, le cancellerie ricorrono a interpreti non presenti negli elenchi ufficiali per ragioni legate alla disponibilità delle persone o delle lingue necessarie.

Accanto a questi aspetti attinenti alle procedure di nomina degli interpreti e dei traduttori, vanno menzionati quelli più inerenti alla pratica dell'interazione mediata da interprete.

L'osservazione sul campo e numerose interviste condotte in seno ad alcuni progetti di ricerca<sup>17</sup> hanno fatto emergere con indiscutibile chiarezza la mancanza di consapevolezza da parte di magistrati, avvocati e personale amministrativo riguardo alle caratteristiche del processo traduttivo – sia esso orale o scritto – e delle buone pratiche per un'interazione qualitativamente apprezzabile quando sia presente un interprete.

Non è un caso infatti che la direttiva 2010/64/UE preveda, all'art. 6, la formazione del personale della

giustizia: «fatta salva l'indipendenza della magistratura e le differenze nell'organizzazione del potere giudiziario in tutta l'Unione, gli Stati membri richiedono ai responsabili della formazione di giudici, procuratori e personale giudiziario coinvolti nei procedimenti penali, di prestare particolare attenzione alle specificità della comunicazione assistita da un'interprete in modo da garantirne l'efficacia e l'efficienza».

È su tali premesse che nasce il progetto «*TransLaw*», con l'idea-guida di istituire cliniche legali nei quattro Paesi partecipanti (Italia, Austria, Belgio e Slovenia) incentrate proprio sulla formazione congiunta di futuri giuristi e futuri interpreti/traduttori, iniziando perciò fin da subito a sensibilizzare gli uni e gli altri alle caratteristiche ed esigenze reciproche.

In preparazione dell'avvio della clinica legale, il progetto prevede anche incontri con personale del mondo giudiziario e interpreti/traduttori al fine di rendere noti i risultati delle varie ricerche e sensibilizzare i partecipanti agli aspetti solitamente ignorati e negletti dell'interpretazione e della traduzione in ambito giudiziario. La presenza di due lingue e, dunque, di due culture esige, nella ritualità dell'interazione istituzionale, che tutti i partecipanti abbiano consapevolezza dei tempi e delle modalità dell'interpretazione così come delle pratiche che ostacolano o favoriscono la comunicazione.

Occorre sfatare il convincimento piuttosto diffuso che l'atto traduttivo, sia esso orale o scritto, sia un passaggio lineare e trasparente tra una lingua e l'altra. Tale passaggio avviene, in realtà, da un testo in una lingua-cultura a un altro in un'altra lingua-cultura e determinante è il soggetto traduce. Sono le sue conoscenze, abilità e competenze<sup>18</sup> che renderanno il processo e il risultato del tradurre un atto consapevole e aderente alle intenzioni comunicative del locutore originario.

15. Cfr. C. Falbo, *I risultati emersi dal progetto FRA 2011. Bisogni e bisogni formativi nella comunicazione interlinguistica con i servizi di polizia e nei procedimenti penali*, in C. Falbo e M. Viezzi (a cura di), *Traduzione e interpretazione per la società e le istituzioni*, EUT, Trieste, 2014, pp. 19-39 ([www.openstarts.units.it/handle/10077/9829](http://www.openstarts.units.it/handle/10077/9829)); C. Falbo, *L'interprétation juridique en Italie: droits linguistiques et droits de défense*, in *Études de linguistique appliquée*, n. 55/2016, pp. 43-54; M. Gialuz, *L'assistenza linguistica nella prassi giudiziaria e la difficile attuazione della Direttiva 2010/64/UE*, in C. Falbo e M. Viezzi (a cura di), *Traduzione e interpretazione*, op. cit., pp. 83-96.

16. Così è, per esempio, nei Paesi Bassi (cfr. L. Davolio, *La figura dell'interprete nel procedimento penale olandese: un'indagine conoscitiva*, tesi di laurea magistrale, non pubblicata, 2014) e in Norvegia – cfr. D. Mortensen, *The Norwegian Interpreter certification Examination*, in H. Skaaden e T.R. Felberg (a cura di), *Nordic Seminar on Interpreter Training and Testing*, vol. 12, Høgskolen i Osloog Akershus (HiOA), Oslo, 2012, pp. 53-60.

17. Volendo ricordare solo i progetti che hanno visto il coinvolgimento di ricercatori dell'Università di Trieste: progetto locale «FRA 2011 *Bisogni e bisogni formativi nella comunicazione interlinguistica con i servizi di polizia e nei procedimenti penali*», il progetto europeo «*AVIDICUS III – Assessment of Videoconference-based interpreting in the Criminal Justice Services*», e il progetto tuttora in corso «*TransLaw*». Per una visione completa dei progetti attinenti alla materia, vds. il sito online di EULITA («European Legal Interpreters and Translators Association»): <https://eulita.eu>.

18. Vds., a tal proposito, la norma UNI 11591 del 2015: «Attività professionali non regolamentate. Figure professionali operanti nel campo della traduzione e dell'interpretazione. Requisiti di conoscenza, abilità e competenza».

## 5. Conclusioni

La «*Refugee Law Clinic Trieste*» e la «*Transcultural Law Clinic*» perseguono una pluralità di intenti formativi.

Anzitutto, esse mirano a fornire competenze elevate nei settori del diritto d'asilo e della procedura penale, acquisite secondo il metodo, che sta alla base delle cliniche legali, dell'«imparare facendo».

Inoltre, il contatto con le realtà complesse degli stranieri richiedenti protezione internazionale e delle persone alloggiate indagate o imputate permette di acquisire la capacità di affrontare situazioni che, per ragioni fin troppo evidenti, sono complesse, dal punto di vista della ricostruzione dei fatti, dell'interpretazione delle norme, dell'intermediazione linguistica e (cosa che non va trascurata nella prospettiva degli studenti) anche dal punto di vista emotivo.

Infine, si tratta di esperienze che mirano a far maturare la consapevolezza (che vale tanto quanto le conoscenze tecniche) dell'impatto che le pubbliche

autorità hanno sulla vita delle persone quando entrano in gioco i diritti fondamentali. I diritti fondamentali sostanziali (come l'asilo e la libertà) e procedurali (come l'assistenza di un interprete debitamente formato) acquisiscono in tal modo una dimensione concreta, che gli studenti possono toccare con mano.

Facendo un bilancio finale di quanto appreso, gli studenti coinvolti nella «*Refugee Law Clinic Trieste*» hanno dichiarato di sentirsi arricchiti da un punto di vista professionale e umano. Hanno imparato a gestire situazioni di emergenza, a sperimentare veri orari di lavoro, a utilizzare meglio il tempo di studio e di impiego. Secondo i partecipanti, l'iniziativa ha consentito di toccare con mano il fenomeno delle migrazioni, in tutta la sua complessità, e di acquisire in tal modo una visione «nuova» del mondo che li circonda.

In definitiva, si tratta di un'esperienza all'esito della quale la convinzione che i diritti vanno «presi sul serio»<sup>19</sup> diventa un bagaglio personale dello studente, che completa il percorso di studio e di crescita personale compiuto all'università.

19. Com'è noto, l'espressione è di R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010.

## Lo studio del diritto tra sapere, fare e saper fare

di Irene Stolzi

Il contributo intende affrontare la questione del ruolo e della funzione della didattica innovativa, con riferimento sia alla missione dell'università quale istituzione vocata anzitutto alla ricerca, sia alla sua auspicata capacità di offrire una formazione (anche) professionalizzante. Tale obiettivo – si sostiene – dipende dall'utilizzo della didattica nel suo complesso quale strumento funzionale al confronto con l'importanza e la complessità del fenomeno giuridico, sempre legato a una certa visione della convivenza e, per questo, chiamato a stimolare non solo le capacità di lettura e di decifrazione dello studente, ma anche, e non meno, quelle di progettazione.

*Epicentro della saga dell'era digitale è il garage, il quale campeggia con il fascino del mito...*  
(S. Mannoni e G. Stazi, *Is competition a click away?*  
*Sfida al monopolio nell'era digitale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018)

*Tutti ad Harvard inventano qualche cosa. I laureandi ad Harvard credono  
che inventarsi un lavoro sia meglio che trovare un lavoro*  
(dal film di D. Fincher, *The social Network*, Usa, 2010)

*Die Rechtstechnik ist nicht nur Sache des Verstandes, sondern insbesondere auch der Phantasie*  
(Joseph Kohler, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Carl Heymanns Verlag, Berlino, 1906)

Mi limiterò a fare qualche osservazione del tutto cursoria sul problema della formazione universitaria e sul legame che in essa può (o deve, o dovrebbe) instaurarsi tra sapere, fare, e saper fare, con specifico riguardo agli studi giuridici e al ruolo svolto dalle cd. “forme di didattica innovativa”.

Come noto, lo studio universitario si lega a doppio filo alla questione della professionalizzazione, ovvero alla capacità, che l'istituzione universitaria deve avere, di trasferire conoscenze e competenze che i laureati possano poi spendere nel mondo del lavoro, nel quale si chiede loro di sapere, ma anche di saper fare. Da un simile osservatorio, valorizzare il legame che passa tra queste due dimensioni non significa soltanto sottolineare la difficoltà di separarle con una linea divisoria netta; significa, più consistentemente, vedere in esse dimensioni che si definiscono anche (e soprattutto) a partire dalla loro relazione, dalla loro necessaria tensione. Una simile affermazione, del tutto

banale, sembra però acquistare una particolare pregnanza in relazione all'universo giuridico e agli specifici rischi che si annidano tanto nelle modalità di insegnamento quanto in quelle di apprendimento del diritto. Prendere definitivamente congedo da un'impostazione formalistica, ribadendo l'impossibilità di separare o addirittura contrapporre (quella che un tempo si sarebbe chiamata) la voce della teoria dalla voce della prassi, impone infatti di prospettare modalità di rapporto tra i due universi che ne esaltino la eguale, irrinunciabile essenzialità, avverso gli estremi, entrambi perniciosi, dell'eccesso di empirismo, da un lato, e del nozionismo fine a se stesso, dall'altro.

Che non possa essere, soltanto o prevalentemente, quella empirico-casistica la cornice all'interno della quale si colloca lo studio universitario, è eloquentemente testimoniato dalla parziale retromarcia che, su questo fronte, sta facendo il mondo anglosassone, che ha promosso e sostenuto in maniera molto con-

vinta l'utilità di questa modalità dell'apprendimento. Una simile formazione rischia, infatti, di assumere carattere iperspecialistico (si conoscono solo i casi/fatti/congegni etc. che si analizzano, che si sperimentano da vicino), lasciando sprovvisto lo studente di sufficienti risorse per capire e interpretare ciò che esce dal perimetro delle cose apprese. E questo appare vero anche per il sapere giuridico, che pure, in quelle realtà, ha un volto eminentemente casistico; "case law" non significa infatti diluizione casistica delle conoscenze; semmai, significa arrivare a possedere strumenti e categorie che, muovendo dall'esame dei casi, permettano di navigare nel *mare magnum* dell'esperienza.

Resta quindi decisiva la questione del "dosaggio" tra la dimensione pratico-applicativa e quella teorico-sistemica. Una formazione sbilanciata sul primo fronte, prevalentemente modellata, cioè, sulle caratteristiche della prassi o del mercato del lavoro in un determinato momento, tende a diventare presto obsoleta, in un mondo, come l'attuale, che corre veloce e che tende a modificare continuamente il profilo delle competenze di cui ha bisogno. Sotto questo aspetto, una buona formazione (e, quindi, anche una formazione professionalizzante) deve soprattutto insegnare a ragionare, favorendo la formazione di intelligenze versatili, intuitive, capaci di relazionarsi in maniera attiva, propositiva, nei confronti della realtà.

È a partire da queste considerazioni che il «garage» – menzionato nella prima citazione riportata in epigrafe – tende a diventare un luogo mitico. Il *self made man*, oggi come ieri, è infatti la persona capace di leggere il proprio tempo, di intercettarne le esigenze o addirittura di anticiparne (ma non troppo, come la triste sorte di tanti profeti dimostra) la rotta di evoluzione. E spesso, per realizzare la sua "corsa all'oro", ciò che sembra servirgli, almeno per partire, è soltanto un *computer*; resta, caso mai, da capire – ci venga passata la *boutade* – perché questa ricorrente narrazione sulle origini delle fortune odierne elevi il *garage* a luogo nevralgico, e non, per dire, un soggiorno o una camera. A differenza delle vecchie fortune, che spesso richiedevano di sporcarsi le mani e che, quindi, avevano il proprio epicentro nell'officina, un'analoga esigenza di localizzazione non sembra imposta dalle caratteristiche di uno strumento lindo e asettico come il *computer*. O forse il *garage* serve, prima, a conferire quel tocco di cupezza e trasandatezza necessarie a descrivere il profilo socio-antropologico dell'odierno *self made man*, solitamente ritratto come un tutt'uno col suo apparecchio informatico, meglio se con tratti di asocialità, e, poi, a garantire l'adeguato salto di scenario dovuto alle ricchezze rapidamente accumulate.

Se la formazione, da sempre, può poco (o non troppo) di fronte all'intuizione e al talento assoluti, la fra-

se su Harvard sembra voler dire che i bravi, sostenuti da una formazione di eccellenza, sono messi in grado di cavalcare il loro tempo dal lato dei condottieri, di chi contribuisce a tracciare il solco lungo il quale si dispone il futuro – anche se il film da cui la frase è tratta, *The social network*, è dedicato a ripercorrere l'ascesa di Mark Zuckerberg, fondatore di *Facebook* (e dunque uomo da *computer*) e al tempo stesso studente di Harvard, ma solo a metà (lascierà dopo due anni per consolidare il suo progetto imprenditoriale e realizzare la sua vertiginosa ascesa sociale ed economica).

Non destano, perciò, particolare sorpresa neppure i risultati di una ricerca di qualche tempo fa, che metteva in risalto le spiccate attitudini manageriali mostrate dai laureati in filosofia e matematica, ovvero da intelligenze allenate al ragionamento astratto, a un tipo di ragionamento che, evidentemente, rappresenta una palestra di agilità mentale proficuamente spendibile nei più disparati settori. La salda padronanza di strumenti concettuali robusti, rigorosi, resta quindi una tappa irrinunciabile di ogni formazione; al tempo stesso, simile necessaria padronanza non va confusa con l'acquisizione di un sapere arido, mnemonico, nozionistico, che spegne – più che accendere – le intelligenze. È soprattutto a partire da qui, come si intuisce, che lo scivolo dall'orizzonte (necessario) della teoria a quello (asfittico) del nozionismo rischia di rappresentare una scorciatoia tanto nel modo di insegnare quanto in quello di studiare il diritto.

Tornando alle università, e a quello che sono chiamate a fare per offrire una buona formazione (e, quindi, una formazione anche professionalizzante), sembra necessario che esse non vengano distolte dalla loro vocazione originaria e preminente, quella di essere anzitutto istituzioni in cui si fa ricerca. È cioè indispensabile che il docente universitario resti anche uno studioso, un ricercatore nella materia che insegna: non solo e non tanto perché deve essere portatore di uno specialismo maggiore rispetto ai professori dei gradi precedenti di istruzione; ma soprattutto perché la ricerca, qualunque sia il suo territorio di esplicazione, è sempre un varco per guardare al futuro, per immaginarlo, per interrogarlo. È un punto di vista, articolato e faticoso, sul mondo. Essendo un osservatorio essenziale per avvicinare e decifrare la complessità del presente, per restituire il presente alla sua complessità, la ricerca – e questo vale per la stessa ricerca storica, quando è ben fatta – è anche, e sempre, una forma di intuizione del futuro.

Sotto un simile profilo, la stessa distinzione tra materie culturali e professionalizzanti tende a sfumare: possono infatti definirsi "professionalizzanti" tutte le materie che insegnano a pensare, ad auscultare il battito più o meno riposto della realtà, tanto più in quest'epoca che corre veloce e che sembra non

lasciarsi afferrare. Se dunque una buona formazione, in un contesto come quello attuale, deve attrezzare alla decifrazione della complessità, l'incontro con la realtà non può, né deve essere eluso; fare e saper fare sono dunque i momenti nei quali si consuma il passaggio tra ciò che si è appreso nei libri e l'inesauribile, irriducibile ricchezza della realtà, di ciò che la realtà offre all'analisi dell'osservatore. È il momento che sollecita a cercare e inventare soluzioni, che impone di sperimentare idee e connessioni inedite (ormai si usa dirlo all'inglese: *critical thinking e problem solving*); è uno dei momenti che consente di fronteggiare i disguidi prodotti da qualche eccesso di pedagogia accuditiva e dalla tendenza, indotta dalla rivoluzione telematica, a considerare irrilevante o addirittura inesistente tutto ciò che non è a portata di "clic".

Beninteso, tutta la didattica dovrebbe essere uno strumento non orientato a imboccare i discenti o a riempirli alla stregua di contenitori, ma a stanare idee, a mettere gli studenti a contatto con le proprie capacità e la propria autonomia. Tuttavia, alcune forme e modalità di didattica (la cd. "didattica innovativa") sono espressamente pensate e orientate per sviluppare queste abilità. Con riferimento al diritto, e ai rischi specifici cui si accennava sopra, queste pratiche di insegnamento dovrebbero servire a debellare alcune idee fallaci che pure continuano a circolare: tra i non addetti ai lavori, ma anche tra chi il diritto ha deciso di studiarlo e insegnarlo. In particolare, l'idea che il diritto sia una dimensione arida risultante da un insieme di formule logicamente concatenate e concatenabili che si prestano, come tali, a essere astratte dal contesto che le esprime. Da una simile angolatura, la didattica innovativa rappresenta qualcosa di più e di diverso della risposta chiamata semplicemente a mettere in tensione teoria e prassi, ad incresparne la linea di confine. Essa diventa, o dovrebbe diventare, uno dei modi per ragionare sull'idea stessa di diritto, per riportare il diritto alla sua dimensione identitaria più essenziale. Dovrebbe essere, in poche parole, uno dei luoghi che permettono al diritto di palesarsi come esperienza, come dimensione viva che si incarna in molteplici guise e forme. Un esercizio di complessità e di ricchezza, ma anche, e insieme, il modo per confrontarsi con ciò che il diritto può essere, con quello che è diventato e con ciò che vorremmo che fosse. Dunque, un modo per sondare l'inesauribile pluralità di combinazioni che la realtà offre al giurista e, al tempo stesso, una via per cogliere potenzialità e limiti di un determinato sistema di regole.

Che alcuni tratti assunti dall'odierno ordinamento formale non siano particolarmente confortanti, è osservazione sulla quale non serve dilungarsi. I disguidi sono noti: una normazione ipertrofica, dai contenuti sovente pulviscolari, poco o nulla coordinata con il circostante tessuto regolativo; un rappor-

to tortuoso e a volte contraddittorio tra i diversi livelli di normatività e le diverse fonti che concorrono a disegnare ordinamenti, come gli odierni, particolarmente complessi. A emergere è una difficoltà di orientamento che sicuramente ha giocato un ruolo rilevante nel determinare una visione negativa del giuridico: sempre meno vissuto come risorsa ordinativa, chiamata a sostenere e orientare i movimenti di una determinata convivenza, e con sempre maggior frequenza percepito come dimensione lontana, se non addirittura ostile, il diritto pare aver perso la propria funzione di strumento *hominum causa constitutum*. E non sempre si tratta di esagerazioni o di percezioni distorte; sono piuttosto i riflessi che si producono "a valle", sulla coscienza comune, di alcune difficoltà e tendenze che operano "a monte": che caratterizzano, cioè, l'operato di chi il diritto lo scrive e lo immagina. Dietro le fattezze degli odierni sistemi regolativi sembra, infatti, operare un malinteso senso del ruolo e dei compiti del diritto, concepito come dispositivo chiamato soprattutto a limitare, vietare e correggere gli effetti di fenomeni che si producono nella realtà; anche quando non reca i segni della precaria composizione di istanze e interessi diversi, un diritto concepito soprattutto come strumento di contenimento e divieto tende ad arrivare in ritardo, a rincorrere affannosamente il ritmo incalzante della realtà.

Questo vale, chiaramente, per il diritto formale, ufficialmente posto, mentre molte regole, viceversa plasticamente aderenti alle mutevoli richieste della realtà, sgorgano dal territorio meno appariscente, ma non meno giuridico, delle prassi. Fucina perennemente attiva, la dimensione della prassi rinnova e conferma la natura del diritto come strumento che ha nella socialità una delle sue caratteristiche distintive, costitutive. Senza che questo, peraltro, consenta di conferire una connotazione necessariamente positiva alle regole che hanno una simile origine, specialmente in un contesto, come l'attuale, caratterizzato da un importante aumento delle asimmetrie socio-economiche e quindi particolarmente esposto al rischio che le regole, alla fine, le scrivano soprattutto i più forti.

Da un simile osservatorio, la grande attenzione che da qualche lustro i diversi saperi giuridici dedicano al tema dei principi e dell'interpretazione sembra possa essere riportata all'esigenza di sollecitare una riflessione profonda sul senso e sul ruolo del diritto. A essere sollevato è, certo, un problema di razionalità e coerenza del sistema di regole e dei modi con i quali (*ex ante* o *ex post*, coi principi o coll'interpretazione) tali obiettivi possono essere raggiunti; ma è probabilmente anche la strada con la quale si cerca di riappropriarsi di un'idea di regolazione – che era stata decisiva nella costruzione delle democrazie del secondo dopoguerra – come



risorsa non chiamata soltanto, o prevalentemente, a limitare e vietare, ma anche a progettare, orientare, guidare gli svolgimenti della realtà, a fornire ad essi una bussola, un ancoraggio forte a quell'insieme di valori ritenuti essenziali a qualificare un'esperienza come democratica.

Le stesse forme di didattica innovativa, viste da questa prospettiva, non servono tanto a simulare un incontro tra libri e realtà mettendo, per dir così, il diritto alla prova dei fatti; o meglio: nel fare questo, nel gettare un ponte tra astratto e concreto, esse dovrebbero servire a percepire che il diritto è una dimensione rilevante nelle esperienze minute e quotidiane, come nelle grandi questioni fondative. E che compito del giurista è anche quello di mettere in relazione queste diverse ampiezze (si potrebbe dire: il diritto anche alla prova delle idee). Mi sembra che tutte le forme di didattica innovativa attualmente sperimentate nel Corso di laurea che, in questo momento, mi trovo a presiedere tendano a doppiare un simile obiettivo, a rendere consapevoli gli studenti che *micro* e *macro* sono due orizzonti necessari e complementari, e che la riflessione sul diritto, sulle sue concrete condizioni di esistenza, è sempre un tipo di riflessione sul tipo di convivenza nella quale viviamo (o su quella nella quale vorremmo vivere). Mediazioni, simulazione del processo civile, cliniche legali, competizioni di argomentazione giuridica sulla base della visione di materiali multimediali, laboratori di scrittura e di *drafting* contrattuale costituiscono altrettante risorse per restituire al diritto la sua identità di dimensione vivente, che gli studenti devono imparare a decifrare e maneggiare, consapevoli dell'importanza e della delicatezza di ciò che hanno tra le mani<sup>1</sup>.

Allora, se l'alta formazione ha anche il compito di formare cittadini o quelle che, con terminologia *d'antan*, si sarebbero dette "élite" o "classi dirigenti" (la terminologia è un po' datata, ma riportare in auge il dibattito su tale tema sembra quanto mai urgente, dal momento che da esso dipendono, in buona parte, la salute di una democrazia e la sua capacità di tenere a bada le insidie populiste), se dunque è anche questo il compito dell'istituzione universitaria, una didattica consapevole dell'importanza del proprio ruolo è una didattica che non aspira soltanto a formare giuristi capaci di destreggiarsi nella selva crescentemente complessa di comandi e precetti, ma che coltiva l'ambizione di formare giuristi che sappiano, ognuno dall'osservatorio del proprio mestiere, contribuire a progettare e strutturare le regole di un determinato ordinamento. Il diritto non ha, infatti, poteri prodigiosi, ma una buona regolazione può far la differenza nel determinare la direzione che imbecca un ordinamento. Anche una regolazione di qualità può rappresentare un'importante forma di intuizione del futuro, la zona in cui si immagina e progetta il futuro di una convivenza. L'ultima frase riportata all'inizio di queste pagine, frase che, non a caso, un maestro italiano del diritto ha posto in esergo a una propria opera<sup>2</sup>, vorrebbe essere un richiamo a questo lato "costruttivo" del lavoro giuridico. L'autore è Joseph Kohler, giurista poliedrico della Germania tra Otto e Novecento, convinto che la tecnica giuridica non fosse solo questione di intelligenza astratta, concettuale, ma anche di fantasia; che la tecnica giuridica richiedesse, insomma, un tipo di intelligenza che non rinuncia a progettare, a porsi in modo creativo, persino immaginifico, nei confronti della realtà.

1. Vds. [www.giurisprudenza.unifi.it/vp-354-didattica-innovativa.html](http://www.giurisprudenza.unifi.it/vp-354-didattica-innovativa.html).

2. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico – 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000.

## Testimonianze di studenti dei corsi di clinica legale

### L'esperienza della Clinica legale dell'Università di Firenze in materia di protezione internazionale

di *Ndeye Sokhna Diouf*

La «Scuola di Giurisprudenza» di Firenze offre in collaborazione con «L'altro diritto – Centro universitario di carcere, devianza, marginalità e governo delle immigrazioni» tre tipologie di clinica legale, incentrate su:

- i diritti dei richiedenti protezione internazionale;
- la protezione dei diritti da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu);
- la protezione dei diritti delle persone in esecuzione penale.

L'approccio "clinico" è un metodo di insegnamento che prevede la presa in carico e l'analisi dei casi concreti, permettendo così agli studenti di applicare gli insegnamenti acquisiti nel tempo. Esso nasce negli Stati Uniti e, negli ultimi anni, ha iniziato a diffondersi in tutta Europa come modello di formazione giuridica che sperimenta il *law in action*. È una rivisitazione dei paradigmi tradizionali di insegnamento per la formazione del giurista generalmente utilizzati ed ha la funzione di consentire allo studente una conoscenza che benefici dell'affiancamento dell'approccio pratico a quello teorico. La Clinica sulla protezione internazionale alla quale ho partecipato è coordinata da Emilio Santoro, docente ordinario di Filosofia e Sociologia del diritto nei corsi di laurea della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Firenze, nell'ambito dei quali insegna anche Argomentazione giuridica e Diritto degli stranieri (ha, inoltre, fondato e dirige «L'altro diritto»).

Per partecipare alla clinica è necessario superare una selezione, che prevede il possesso di determinati requisiti: la conoscenza della lingua inglese e il su-

peramento di alcuni esami di profitto, quali filosofia del diritto, diritto degli stranieri, diritto dell'Unione europea e diritto internazionale. Verranno, poi, selezionati 25 studenti tra quelli che hanno presentato la domanda. La clinica prevede un totale di 225 ore, di cui 48 in aula e 177 di attività pratica.

Nella prima fase, ovvero quella teorica, durata circa un mese, abbiamo seguito le lezioni in aula, cui hanno partecipato anche alcuni operatori dei Cas. Durante queste ore abbiamo appreso i principi in materia di protezione internazionale e ci sono stati consegnati materiali didattici sul diritto d'asilo e sulle procedure connesse, nonché sulle fonti documentali per la preparazione delle richieste di asilo. La scelta di unire studenti e operatori è stata ottima al fine di permettere un dibattito e un riscontro diretto con riguardo alle tematiche trattate. Inoltre, il numero limitato dei partecipanti ha permesso una migliore comprensione delle lezioni, lasciando spazio a eventuali domande e chiarimenti. Avendo ricevuto una preparazione sull'insieme della normativa che interessa la protezione internazionale, affrontare la parte pratica ha avuto un impatto meno disorientante oltre a rendere la materia, grazie alle conoscenze sviluppate, oggetto di stimolo e di forte interesse.

La seconda fase della Clinica prevede una scelta da parte dello studente nello svolgere un'attività pratica presso:

- il Tribunale di Firenze, collaborando con giudici impegnati nella definizione dei procedimenti sui dinieghi delle commissioni territoriali, con la possibilità di far parte dell'Ufficio del processo della sezione specializzata in materia di immigrazione;
- i principali gestori dei centri di accoglienza straordinaria, dove i richiedenti protezione internazionale sono accolti in attesa della definizione del loro *status*. In questo caso, gli studenti verificano di persona il rispetto dei diritti delle persone che sono prese in carico dal sistema di accoglienza e collaborano alla preparazione dell'audizione davanti alla commissione territoriale e allo studio di

eventuali percorsi di regolarizzazione sul territorio nazionale.

Avendo optato per il lavoro in Tribunale, ho collaborato direttamente con i singoli giudici, svolgendo per loro la fase preparatoria dell'audizione e di predisposizione della traccia del provvedimento; ho imparato a raccogliere le informazioni su Paesi di origine attraverso le COI («*Country of origin information*») e la giurisprudenza relativa al singolo caso.

Ho iniziato la Clinica quasi per caso, leggendo la *e-mail* dell'Università il giorno prima della scadenza e inviando subito la domanda, in quanto le attività proposte erano tutte molto interessanti. Ho, poi, scelto i diritti dei richiedenti protezione internazionale perché la tematica mi interessava molto; inoltre, essendo di grande attualità in questo momento storico, volevo capirne di più, perché quello che leggevo sui *media* non era sufficiente: avevo bisogno di un impatto più diretto, e questa era l'occasione giusta.

Ho trovato la parte teorica molto interessante, potendo conoscere in maniera più dettagliata la normativa sulla protezione internazionale (leggi, convenzioni, direttive, decreti, etc.). La partecipazione degli operatori ha permesso di avere un confronto non solo a lezione, ma anche al di fuori e, soprattutto, ha permesso di non ridurre lo scambio di opinioni a uno dialogo esclusivo fra studenti. Non sono, inoltre, mancate occasioni per continuare a parlare dell'argomento nelle pause o a seguito delle lezioni.

Finita la parte teorica è arrivato il momento tanto atteso: l'esperienza in tribunale, che mi avrebbe permesso di avere un contatto diretto con tutto quello che avevo imparato, ma – soprattutto – di avere un contatto diretto con le persone.

Il giudice affidatario, sin dal primo giorno, mi ha dato due procedimenti da leggere e un modello di scheda del processo che avremmo dovuto impostare per la preparazione della fase istruttoria, in particolare dell'audizione della persona richiedente asilo. Una settimana dopo abbiamo assistito al suo esame. La prima udienza è stata molto emozionante. Avendo preparato la scheda, conoscevo bene la vicenda; quando la richiedente è entrata e ha iniziato a raccontare la sua storia, ho avuto subito un nodo alla gola. Per chi, come me, ha un alto livello di sensibilità empatica, quello era il luogo giusto per imparare a controllare le emozioni. Fra le tante cose che ho imparato, riuscire a mettere da parte le proprie reazioni è stato di fondamentale importanza. Avere davanti persone con un vissuto totalmente diverso dal proprio fa scattare tanti pensieri ed emozioni. Per quanto una storia possa essere complessa, la sofferenza del richiedente è l'unica condizione ammessa e chi deve giudicare ha un ruolo molto difficile, perché quello che prova non deve influenzare la decisione. Ho ammirato il sangue freddo mostrato dai giudici. Quello è stato il momen-

to più difficile, ma anche il più umano che la Clinica mi ha offerto.

Poi c'è la preparazione delle schede, che prevede anche la ricerca di informazioni sui Paesi di origine dei richiedenti asilo. Ho imparato a conoscere più città dell'Africa, del Bangladesh, del Pakistan nei mesi di tirocinio che in anni di studio della geografia a scuola. Conoscere usanze, tradizioni, culture, religioni, il ruolo e la visione della donna presso alcune popolazioni, oltre ai diversi contesti politici di quei Paesi, costituisce un arricchimento che mi porto dietro tutt'ora. La fase di ricerca delle COI è di fondamentale importanza al fine di valutare la credibilità dei richiedenti, e i giudici tendono molto a soffermarsi su questo delicato aspetto, con i relativi approfondimenti.

Infine, è stato importante e altamente formativo mettersi alla prova individuando la decisione giusta da prendere e quale *status* eventualmente riconoscere, argomentando in coerenza con i fatti accertati e secondo la disciplina vigente.

Consiglio la Clinica legale perché, in un percorso lungo come quello previsto dalla Laurea magistrale in Giurisprudenza, poter fare un'esperienza pratica con un metodo di insegnamento diverso da quello che offre solitamente l'università è un vantaggio non indifferente. Inoltre si ha la possibilità di imparare direttamente dai giudici. È un'ottima opportunità di crescita professionale e personale, permette di mettere in atto le proprie conoscenze e stimola la capacità di ragionare. Oltretutto, l'organizzazione della Clinica non interferisce nel percorso di studio: gli orari erano accessibili e anche i giudici hanno permesso una buona flessibilità, venendo incontro alle esigenze del tirocinante.

Infine, devo ammettere che la Clinica è impegnativa perché i giudici ci hanno dato fiducia e attribuito responsabilità sin dall'inizio, in modo da poter inserire il lavoro svolto direttamente nel loro sistema: un impegno che non va sottovalutato ma che, d'altro canto, gratifica molto.

Dalla Clinica ho imparato che la soluzione si può trovare se si approfondiscono il fatto e il diritto: se la legge presenta una difficoltà, questa si potrà superare ricorrendo comunque alle norme – ordinarie o costituzionali, interne o internazionali. Pazienza e perseveranza sono due elementi indispensabili.

Ho voluto consultare alcuni miei colleghi che hanno partecipato alla Clinica, per non restituire un punto di vista univoco, e sono emerse queste impressioni:

Pietro: «esperienza istruttiva, è “palestra” dove mettersi in gioco e mettere in gioco ciò che si studia, applicandolo. Il contatto diretto e quotidiano con il magistrato, la partecipazione alle camere di consiglio, lo studio dei molteplici fascicoli e l'approfondimento di questioni giuridiche sempre diverse, la conoscenza

del modo di ragionare dei magistrati e del loro approccio alle cause, aiutano a essere responsabili delle proprie decisioni. Stare a contatto con il giudice mi ha insegnato a essere imparziale. Un'ottica nuova e affascinante per studiare il diritto *concretamente*».

Virginia: «Quello che mi è piaciuto di più è stato il contatto con la parte più nobile del diritto in un momento storico importante. I giudici hanno una grande responsabilità umana – questo sempre, ma ancor di più in questa materia. È stata un'esperienza importante, che mi ha messo alla prova e mi ha dato belle soddisfazioni. Tempo permettendo, lo rifarei anche domani!»

Silvia: «Il mio pensiero riflette molto quello di Virginia. Nel momento politico in cui ci troviamo, la Clinica mi ha dato la possibilità di conoscere la materia della protezione internazionale con gli occhi “puri” del diritto, fuori da qualsiasi influenza mediatica... E devo dire che mi sono proprio innamorata! La possibilità di affiancare un giudice è stata un'esperienza profonda, mi ha portato a riflettere non solo sull'impatto enorme che il diritto può avere in una materia simile, ma anche sulla professionalità con cui i giudici conciliano il loro fondamentale ruolo di garante con il loro lato umano».

Alla luce di quanto hanno riferito i miei colleghi e della mia personale esperienza, ne esce un quadro unicamente positivo, a dimostrazione che la Clinica ha portato solo vantaggi, migliorandoci come studenti, come giuristi, ma soprattutto come persone.

## La «Clinica del diritto dell'immigrazione e della cittadinanza» dell'Università di Roma Tre: un “laboratorio di teoria e pratica dei diritti”

di *Alisea Neroni*

La «Clinica del diritto dell'immigrazione e della cittadinanza» dell'Università di Roma Tre costituisce un “laboratorio di teoria e pratica dei diritti” nel quale gli studenti uniscono agli studi teorici momenti concreti di pratica legale. Affiancati da avvocati esperti del settore, essi risolvono casi reali, incontrano direttamente le persone interessate e forniscono assistenza legale gratuita a richiedenti asilo e rifugiati. Occasione unica di formazione e crescita personale, la Clinica rappresenta un luogo di difesa e di affermazione dei diritti all'interno degli spazi dell'Università.

Quando mi sono iscritta al corso era l'ottobre 2016, frequentavo il quarto anno di università ed ero appena rientrata da un semestre *Erasmus* trascorso in Belgio. Non avevo effettiva consapevolezza di cosa si trattasse, ma credevo che la Clinica sarebbe stata una valida occasione per rinnovare l'esperienza, sino ad allora solo sfiorata durante gli studi all'estero, della commistione tra il consueto approccio teorico allo studio del diritto e un metodo pratico, di lavoro sul campo, fatto di casi e persone reali. Il corso, infatti, prevede sia lezioni frontali volte a fornire le nozioni di base sul diritto dell'immigrazione e sul diritto internazionale dei rifugiati, che pomeriggi di pratica legale presso lo sportello di orientamento legale per migranti, sede operativa della Clinica. Ma per me, la Clinica legale è stata questo e molto di più.

Il corso di «Clinica del diritto dell'immigrazione e della cittadinanza» dell'Università di Roma Tre è un insegnamento opzionale della Facoltà di Giurisprudenza, inserito nell'ambito del settore disciplinare di Filosofia del diritto. Nell'anno accademico 2016/2017, esso si sviluppava su due livelli: da un lato, lezioni relative alle norme italiane ed europee sul diritto dell'immigrazione, successivamente strutturate intorno a casi reali selezionati allo sportello; dall'altro, lezioni a carattere più teorico aventi ad oggetto le questioni principali sulla migrazione trattate nei dibattiti contemporanei, come il diritto alla cittadinanza, la libertà di movimento, i regimi di controllo delle frontiere e la globalizzazione. L'impostazione è rimasta analoga anche negli anni successivi, poiché il corso mira sia a permettere agli studenti e alle studentesse di confrontarsi, forse per la prima volta, con veri e propri casi giuridici, che a inserire il feno-

meno migratorio all'interno di una cornice teorica e filosofica. Fiore all'occhiello di numerosissimi atenei italiani, le cliniche legali sono nate nel solco del movimento studentesco statunitense degli anni sessanta di sostegno ai diritti civili, e si caratterizzano tradizionalmente per un approccio critico e attivista.

La Clinica legale, però, mi ha permesso di formarmi non solo come studentessa o come operatrice legale, ma anche e soprattutto a livello personale, e questo è accaduto grazie a tutte le persone che hanno vissuto quel *luogo* insieme a me, e che insieme ne costituiscono gli organi vitali. Quando mi sono iscritta al corso, le lezioni erano tenute da Enrica Rigo, docente coordinatrice della Clinica e, due anni dopo, relatrice della mia tesi di laurea, e da Jacopo di Giovanni, avvocato esperto di immigrazione, dal 2012 collaboratore della Clinica. A volte a fare lezione venivano ex studenti della Clinica e membri di "Diritti di Frontiera", associazione di studenti e studentesse nata poco dopo la Clinica con l'obiettivo di sostenerla e approfondirne i contenuti scientifici, di cui sono diventata socia mentre ancora seguivo il corso. Nel 2017, ha iniziato a collaborare con la Clinica Tatiana Montella, avvocatessa impegnata nella tutela delle donne vittime di tratta e di violenza, e anche lei anima viva della Clinica legale. Ho condiviso con queste persone, e con tante altre che hanno attraversato lo sportello, i momenti più significativi della mia formazione individuale, passata per le numerose contraddizioni che si incontrano nei percorsi di affermazione dei diritti delle persone migranti.

Le nozioni e le capacità acquisite durante il corso vengono messe in pratica ogni giovedì nella stanza 1.02 dell'edificio "Tommaseo", presso lo sportello di orientamento legale per migranti (in Via Ostiense 139, a pochi passi dalla fermata della metro "Garbatella" e dalla sede centrale della Facoltà di Giurisprudenza). Lì, accanto ai suoi organi e alle sue anime, c'è il cuore pulsante della Clinica: i suoi studenti. Essa infatti si fonda su un metodo chiamato *learning by doing* ("imparare facendo"), un approccio didattico mutuato dalla tradizione statunitense delle *legal clinics*, che unisce la prospettiva teorica con attività volte alla messa in pratica delle nozioni apprese. Per accedere all'esame orale è, poi, necessario che chi ha frequentato il corso svolga un tirocinio di almeno 8 ore presso lo sportello, ma non sono solo questi fattori a determinare il ruolo cruciale degli studenti. Ho vissuto sulla mia pelle, e percepito su quella dei miei compagni e compagne, le emozioni (a volte contrastanti) che derivano dal senso di responsabilità della presa in carico di un utente: la voglia di mettersi in gioco e di fare tutto ciò che è nelle proprie possibilità per tutelare i diritti degli assistiti, la paura di un errore, il timore nel relazionarsi. Più spesso, però, la consapevolezza dell'importanza delle nostre azioni, il

senso di complicità con la persona coinvolta, non più un "utente da assistere", ma un alleato in un atto di giustizia, che sia la pretesa di un foglio in un municipio di periferia, o un ricorso in Cassazione. Gli studenti della Clinica legale ne costituiscono, insomma, il "nocciolo duro", grazie alla loro voglia di agire, al loro interesse verso un ambito disciplinare nel quale è cruciale che oggi chiunque, in particolare chi è giurista, assuma una posizione.

Nel 2017, mi sono iscritta alla selezione per diventare borsista della Clinica, bandita ogni anno anche grazie al contributo finanziario erogato dalla Fondazione "Charlemagne". Ai colloqui sono selezionati quattro tra i partecipanti al corso del semestre precedente e si attribuiscono loro due compiti principali: gestire lo sportello e le richieste degli utenti, e formare gli studenti del semestre successivo, insieme ai quali si coordinerà lo sportello nei mesi a venire.

La fase in cui sono stata borsista della Clinica è stata una delle più felici della mia vita, sicuramente la più felice dell'intero periodo universitario. Allo sportello si eroga un servizio gratuito e altamente professionalizzato a persone che versano in condizioni di sostanziale impossibilità ad esercitare autonomamente i propri diritti fondamentali, e lo si fa con grande impegno e passione da parte di tutti coloro che sono coinvolti. Soprattutto, questa esperienza – ed è ciò che la rende non paragonabile ad altre esperienze di tutela e assistenza –, si realizza all'interno dell'università, è messa in pratica direttamente dagli studenti, dai primi abitanti e attori di quell'istituzione, di cui viene rivendicato il ruolo di "culla" dei diritti.

La Clinica è, poi, luogo di incontro, crocevia dal quale sono passate, dal 2012 a oggi, centinaia di persone con il vissuto della migrazione alle spalle, varco per l'apertura dell'università ai bisogni sociali. La Clinica legale non è solo un momento professionalizzante per chi vi prenda parte, né unicamente un servizio specializzato e gratuito reso a circa cento persone ogni anno: è uno *spazio pubblico*, dove si sostengono i principi su cui la nostra società si basa, dove si creano nuove alleanze tra chi compone tale società, dove si insegna – a chiunque lo attraversi – la difesa dei diritti.

È, infine, uno *spazio mobile* di studio e di ricerca, un affacciarsi su esperienze impossibili da vivere sui libri e fra i muri di una biblioteca. Con la Clinica legale ho conosciuto i territori dello sfruttamento lavorativo nelle campagne dell'Agro Pontino, il tempio della comunità sikh situato a Borgo Hermada, e ho avuto l'opportunità di partecipare alle cerimonie e alle assemblee sindacali che vi si tengono regolarmente. Insieme ad altri studenti, mi sono recata nelle aree meridionali del caporalato, nei ghetti improvvisati che popolano le campagne lucane e in quella città, che sorge su una pista aerea abbandonata nel

foggiano, che è il ghetto di Borgo Mezzanone. Ho trascorso, tramite la Clinica e Diritti di Frontiera, una settimana di formazione rivolta a operatori e operatrici della migrazione svoltasi nelle città di Ceuta e di Siviglia, nell'ambito del progetto europeo «*The Route of Solidarity*». Attraverso la Clinica e l'Associazione ho preso parte a conferenze, seminari, giornate di studio e confronto, ho svolto la funzione di interprete all'interno delle aule di tribunale, fatto interminabili file in numerose e diverse amministrazioni pubbliche (una vera "palestra di vita"), e ho partecipato a udienze nell'aula *bunker* del carcere di Rebibbia.

Essere parte attiva e integrante della Clinica del diritto dell'immigrazione e della cittadinanza è stata, per me, un'occasione di crescita personale, di formazione individuale, di personalizzazione all'interno di una collettività, di sviluppo di nuove capacità relazionali. La Clinica legale non solo mi ha formata a livello scientifico e operativo, ma mi ha insegnato un nuovo modo di stare dentro ai luoghi e insieme alle persone, vincolandomi felicemente a una nuova solidarietà. Un insegnamento, credo, tra i più preziosi che potessi ricevere.

## Cliniche legali: In cammino verso la scoperta della realtà, anche valoriale, oltre il manuale di diritto

di Mattia Gervasoni

Nel corso dei primi anni di studi, durante la preparazione di un esame, mi sono sempre chiesto quanto un concetto appreso da un manuale di diritto sarebbe, poi, effettivamente servito dopo il percorso universitario e quale sarebbe stata l'utilità specifica della nozione di diritto assimilata in una futura prospettiva lavorativa. Tale interrogativo mi ha accompagnato lungo tutto il mio percorso di studio, finché non è stato proposto anche all'Università degli Studi di Milano il corso di «Clinica legale di giustizia penale».

Nonostante la decisione di prendere parte a questo nuovo corso sia stata immediata, inizialmente non avevo la percezione effettiva di ciò che mi aspettava, non ero a conoscenza delle concrete richieste che mi sarebbero state fatte una volta "salito a bordo" di questa nuova avventura. Benché "brancolassi nel buio", intravedevo tuttavia nella partecipazione alla Clinica legale un momento in cui poter finalmente mettere in pratica tutto il bagaglio di nozioni assimilate nel corso degli anni universitari, un luogo dove poter passare dallo studio dei concetti generali di diritto alla loro concreta applicazione, confrontandomi con casi reali.

Per la prima volta veniva proposto un corso non ancorato alle solite lezioni frontali, ma si permetteva allo studente di essere protagonista di una vera e propria esperienza esterna all'aula di insegnamento, offrendogli la possibilità di sperimentare l'effettiva applicazione del diritto nella vita di tutti i giorni. Avevo il dovere di cogliere quest'occasione al volo, nella speranza che l'avventura potesse tramutarsi anche in un momento di arricchimento del mio bagaglio culturale.

Il corso di Clinica legale, tenuto dalla professoressa Angela Della Bella, coadiuvata dai dottorandi del Dipartimento "Cesare Beccaria" dell'Università di Milano, si articolava in due diverse proposte: lo studente poteva scegliere se affiancare un avvocato nella trattazione di un caso concreto<sup>1</sup> o dedicarsi, invece, a un percorso di "street law"<sup>2</sup>. La prima proposta pre-

1. L'*externship* o *field-placement clinic* si caratterizza per lo svolgimento delle attività della clinica legale all'esterno dell'università (studio legale, impresa o tribunale). Attraverso questa tipologia, gli studenti sperimentano un contatto diretto con la professione al di fuori dell'ambiente accademico. Cfr. G. Smorto (a cura di), *Clinica legale. Un manuale operativo*, Edizioni Next, Palermo, 2015.

2. Per "street law" s'intende quel genere di attività nelle quali gli studenti sono impegnati a educare una comunità o un gruppo su una particolare area del diritto, ovvero su specifici argomenti di particolare interesse e sui relativi risvolti giuridici. Cfr. G. Smorto (a cura di), *Clinica legale, op. cit.*

vedeva che un gruppo ristretto di studenti, monitorato da un apposito *tutor* e supervisionato dall'avvocato di riferimento, si dedicasse allo studio di un fascicolo processuale ed elaborasse le possibili strategie per la soluzione del caso anche attraverso la redazione degli atti di volta in volta necessari e la presenza in udienza. La seconda proposta prevedeva, invece, l'assistenza giuridica a realtà milanesi impegnate nell'accoglienza di persone migranti sul territorio; in alcuni casi, il gruppo di studenti era affiancato a sportelli giuridici già presenti all'interno della struttura.

La scelta personale è ricaduta sulla seconda tipologia, in quanto ho intravisto nella possibilità di lavorare a diretto contatto con persone provenienti da diverse culture, e alle loro numerose problematiche giuridiche dovute all'ingresso in Italia, un momento di crescita non solo professionale, ma anche personale.

Il mio compito all'interno del corso di «Clinica legale di giustizia penale» – e nel limite delle conoscenze di uno studente di giurisprudenza – è stato quello di portare assistenza giuridica al Centro di consultazione etnopsichiatrica dell'Ospedale “Niguarda” di Milano.

Il servizio di consultazione etnopsichiatrica si trova all'interno del Dipartimento di salute mentale. Pensato come luogo di cura e prevenzione per le fasce più deboli, esso è nato a seguito dell'osservazione, già al volgere degli anni novanta, della crescente presenza di soggetti stranieri tra la popolazione senza fissa dimora esistente in Italia. Si è avvertita, perciò, la necessità di rispondere a questa realtà attraverso la predisposizione di un ausilio specifico per le persone immigrate, regolari o irregolari, più vulnerabili.

Il Centro va a colmare una lacuna presente nel servizio sanitario organizzato per i soggetti stranieri: prima della sua predisposizione, una persona immigrata che si recava al pronto soccorso non aveva possibilità di continuare le cure una volta dimessa. Il servizio di etnopsichiatria garantisce, invece, la prosecuzione delle cure necessarie al trattamento del disagio psichico del paziente anche dopo la dimissione dalla struttura ospedaliera. Il paziente può infatti rivolgersi direttamente al Centro quando ha bisogno di sostegno o può essere segnalato dalle strutture sanitarie con cui entra in contatto (pronto soccorso, asl,

medico di base); dopo un primo contatto con la figura dello psichiatra, il paziente viene preso in carico da un'*équipe* composta da psicologi, educatori e assistenti sociali operanti nel centro, che ha il compito di tracciarne il profilo psicologico e di predisporre l'idoneo percorso di riabilitazione. Nel servizio di etnopsichiatria si trattano sia traumi primari, quelli direttamente derivanti da torture o violenze subite nel corso dell'*iter* migratorio, sia traumi secondari derivanti da problemi di adattamento culturale<sup>3</sup>.

Nel reparto di etnopsichiatria, a differenza di altre realtà, non è presente uno sportello giuridico dove i soggetti, che si rivolgono al Centro per ricevere assistenza sanitaria, possano porre i propri quesiti a un legale. L'etnopsichiatria, infatti – come si è visto –, è un reparto ospedaliero creato per ascoltare e assistere i migranti che presentano disturbi psichiatrici prima del loro arrivo in Italia o che hanno sviluppato tali disturbi nel corso della migrazione, durante il viaggio, a seguito dello *choc* culturale dovuto al primo impatto con un luogo diverso dalla loro terra di provenienza.

Essendo nato come un distaccamento del reparto di psichiatria dell'Ospedale “Niguarda”, il Centro non svolge la funzione di assistenza legale verso i propri pazienti: il personale operante è composto da psichiatri, psicologi e assistenti sociali, che hanno il compito di curare, entro il proprio ambito di intervento specifico, i bisogni di queste persone, mentre non è stata invece prevista una figura legale da inserire nell'*équipe* di lavoro. Nondimeno, il personale del Centro, già troppo scarso per poter rispondere alle numerose richieste di assistenza sanitaria che pervengono quotidianamente agli uffici dell'ospedale, di fatto risulta essere concretamente impegnato anche nello svolgimento di pratiche legali e amministrative in favore dei propri pazienti. Lo psicologo o l'assistente sociale che prende in carico un soggetto portatore di un disturbo mentale diviene, per questa persona, un vero e proprio punto di riferimento, in conseguenza dello scellerato sistema di accoglienza che oggi l'Italia riserva ai soggetti che ivi richiedano asilo politico o protezione.

Immaginiamo per un attimo di essere, per una qualsiasi causa, costretti a dover abbandonare la nostra madrepatria ed essere spinti a compiere un viaggio, contraddistinto da violenza e incertezza, verso un

3. «L'esperienza migratoria viene a rappresentare uno *choc* culturale ed identitario in cui il soggetto si trova di fronte alla sfida di dover ridefinire il proprio progetto di vita, di delinearne le coordinate nello spazio e nel tempo; si tratta di una vera e propria rottura traumatica della continuità narrativa biografica che il migrante deve riuscire a ricomporre, ricreando una unità narrativa intellegibile, attraverso l'elaborazione del lutto della separazione dal gruppo originario, dai legami costituiti durante l'infanzia e interiorizzati nella sua costruzione psico-affettiva, pena lo smarrimento identitario ed anche il rischio di caduta nell'abisso psicotico quale estremo tentativo di dare senso ad un'esperienza alienante. Il trovarsi in un sistema di relazioni che il soggetto migrante non riesce ad interpretare e che lo vive come corpo estraneo, l'assenza di una rete familiare di supporto, possono alimentare vissuti di inferiorità sociale e di minorazione culturale che finiscono per tradursi in quella estrema solitudine in cui la persona finisce per diventare estranea a se stessa generando varie forme di disagio psichico»: così L. Cimino, *Migrazione e salute mentale: un problema emergente*, in *Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza*, vol. IX, n. 1/2015, p. 61.

futuro che ci è stato raccontato essere migliore. E, una volta arrivati a destinazione, in un luogo di cui non si conoscono lingua, persone e usanze, essere obbligati a dover aspettare anche per anni, in strutture che ricalcano in tutto e per tutto istituti penitenziari, il responso di una commissione che ha il compito di decidere sul nostro futuro, con lo “spettro” di poter essere respinti e riportati nel territorio da cui si era dovuti fuggire.

Solo immaginando di essere nei panni di un migrante, riesce naturale capire perché un soggetto che si trovi a vivere questa situazione, senza aver ricevuto alcuna assistenza all’arrivo in Italia, vedrà nella prima persona interessata alla sua condizione un punto di riferimento su cui riversare tutti i propri bisogni, anche quelli riguardanti le pratiche amministrative e legali che si trova ad affrontare per godere di un qualsiasi servizio in Italia – ad esempio, il semplice abbonamento ai mezzi di trasporto per spostarsi nella città che lo accoglie.

Questa situazione fa sì che il personale para-sanitario debba quotidianamente confrontarsi con le necessità amministrative e legali dei pazienti per trovare una soluzione, senza però possedere le competenze necessarie a garantire risposte adeguate. La presenza di noi studenti nel Centro rappresentava una risposta proprio a tale esigenza: cercare di offrire, attraverso la nostra conoscenza del diritto, un’assistenza al personale nell’affrontare un problema giuridico e/o amministrativo che coinvolgesse il paziente. Nei mesi trascorsi presso la struttura, ci siamo trovati a dover affrontare le problematiche giuridiche e ammi-

nistrative più disparate: dalle più “banali”<sup>4</sup> richieste di come ottenere un appuntamento in ambasciata, ai casi più complessi in i cui le pazienti, soprattutto giovani madri che, una volta giunte in Italia, si vedono togliere i loro figli, richiedevano al Centro assistenza, informazioni e aiuto per poter riottenere l’affido<sup>5</sup>.

Ma le richieste ad oggi più pressanti all’interno del Centro, soprattutto a causa della recente approvazione del cd. “decreto sicurezza”<sup>6</sup>, riguardano i permessi di soggiorno. Infatti i pazienti, una volta scaduto il loro permesso, si rivolgono al Centro per ricevere supporto nel corso del procedimento di rinnovo dello stesso. I problemi sono nati con l’avvento della nuova legislazione, che ha eliminato il permesso di soggiorno concesso per ragioni umanitarie, il quale era spesso richiesto e concesso a soggetti che presentassero problemi di salute – come, appunto, le persone sottoposte a cure psichiatriche presso il reparto di etnopsichiatria<sup>7</sup>.

Questa problematica, ossia la prospettiva futura di quello che era il permesso di soggiorno per motivi umanitari, è quella che più ci ha interessato e coinvolto durante la permanenza presso il Centro. Le nostre ricerche, sollecitate dalle richieste del personale del reparto, si sono indirizzate verso l’analisi del recente decreto sicurezza e le modifiche alla legislazione concernente il rilascio del permesso di soggiorno.

Il decreto sostituisce la protezione umanitaria con cinque specifiche tipologie di permesso di soggiorno indirizzate a determinate categorie di persone: per casi speciali<sup>8</sup>, per chi necessita di protezione

4. Una precisazione sulla parola “banale”: viene qui usata per indicare come, per una persona nata e cresciuta in Italia che ha padronanza della lingua e conosce perfettamente il luogo in cui risiede, la richiesta di documenti o certificazioni risulti essere un’attività di routine quotidiana; ma, per una persona che si ritrova catapultata in un mondo completamente diverso dal suo e di cui non conosce la lingua, anche la sola richiesta di una certificazione di nascita diventa un’impresa che può richiedere anche più giorni. Ecco perché il personale del Centro di etnopsichiatria assume un ruolo fondamentale per orientare persone che, diversamente, non saprebbero come muoversi nelle maglie dell’apparato amministrativo italiano.

5. Quando ci si trova ad affrontare casi molto complessi, il Centro richiede assistenza ad avvocati che operano in questo ramo del diritto, i quali generosamente mettono a disposizione il proprio tempo e le proprie conoscenze per risolvere le questioni più intricate.

6. Il 27 novembre, la Camera ha approvato il ddl n. 840/2018, il cd. “decreto sicurezza e immigrazione” nella versione in cui era stato modificato e approvato dal Senato, il 7 novembre, con 396 voti a favore. A favore del testo, sul quale il Governo aveva posto la fiducia, hanno votato i deputati di Lega e Movimento 5 stelle, Forza Italia e Fratelli d’Italia, mentre hanno votato contro i deputati del Partito democratico, Liberi e Uguali e alcuni deputati del Movimento Cinquestelle. Vds. A. Camilli, *Cosa prevede il decreto sicurezza e immigrazione*, *Internazionale*, 27 novembre 2018, [www.internazionale.it/bloc-notes/annalisa-camilli/2018/11/27/decreto-sicurezza-immigrazione-cosa-prevede](http://www.internazionale.it/bloc-notes/annalisa-camilli/2018/11/27/decreto-sicurezza-immigrazione-cosa-prevede).

7. Il primo articolo del decreto contiene nuove disposizioni in materia di concessione dell’asilo e prevede, di fatto, l’abrogazione della protezione per motivi umanitari, che era prevista dal Testo unico sull’immigrazione (Tui). Prima della conversione in legge del decreto, la questura concedeva un permesso di soggiorno ai cittadini stranieri che presentavano «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano», oppure alle persone che fuggivano da emergenze come conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all’Unione europea. Tale permesso aveva la durata di due anni e consentiva l’accesso al lavoro, al servizio sanitario nazionale, all’assistenza sociale e all’edilizia residenziale pubblica. In argomento, vds. ancora A. Camilli, *Cosa prevede il decreto*, *op. cit.*

8. Rilasciati in altre ipotesi in cui, finora, era rilasciato un permesso per motivi umanitari: a) protezione sociale delle vittime di delitti oggetto di violenza o grave sfruttamento, che sono in pericolo per avere collaborato o essersi sottratte ai condizionamenti dell’organizzazione criminale e partecipino a un programma di assistenza e integrazione sociale; b) vittime di violenza domestica che denuncino l’autore del reato; c) particolare sfruttamento lavorativo su denuncia, da parte del lavoratore sfruttato, del datore di lavoro. Vds. P. Bonetti, *Immigrazione, i 5 nuovi tipi di permessi di soggiorno danno al titolare una condizione giuridica più precaria*, *Il Sole 24 ore*, 31 ottobre



speciale<sup>9</sup>, per chi proviene da un Paese soggetto a una «*contingente ed eccezionale calamità*», per chi si è contraddistinto per «*atti di particolare valore civile*» e per coloro che necessitano di cure mediche a causa del loro stato di salute gravemente compromesso.

Il permesso per cure mediche<sup>10</sup>, di durata di un anno e rinnovabile nel caso persista il grave stato di salute, è stato, per ovvie ragioni, quello con cui ci siamo maggiormente confrontati durante il nostro “lavoro” presso il Centro di etnopsichiatria. Tale strumento, infatti, si è rivelato a una prima analisi il più idoneo, tra le nuove tipologie di permesso di soggiorno, a sostituire quello che, fino a settembre dello scorso anno, veniva concesso per ragioni umanitarie e che permetteva alla maggior parte dei pazienti del Centro la regolare permanenza sul suolo italiano. A seguito di un’analisi più approfondita, è emerso però come, in realtà, il permesso per cure mediche risulti essere, in primo luogo, svantaggioso per colui che lo richiede e, in seconda battuta, anche molto arduo da ottenere. Il principale svantaggio si sostanzia nel fatto che, a colui che gode di tale permesso, non è consentito l’accesso al mondo del lavoro. Si va, così, a creare una situazione per la quale una persona gravemente malata che risiede in Italia al fine ricevere le cure mediche necessarie, se non mantenuta da familiari o associazioni, non ha mezzi per provvedere al proprio sostentamento. Un secondo svantaggio consiste nel fatto che il permesso di soggiorno per cure mediche ha durata annuale: una durata così breve non garantisce quella stabilità necessaria affinché una persona possa iniziare una nuova vita in Italia. Il richiedente potrebbe essere passibile di espulsione ogni anno, nel caso non fossero più considerate «gravi» le sue condizioni di salute e, di conseguenza, non fosse rinnovato il permesso.

In aggiunta a tutto ciò, dall’analisi dell’esperienza pratica si evince come il permesso per cure mediche sia rilasciato solo in caso di gravità assoluta di salute poiché rimesso alla discrezionalità della questura; inoltre, molto spesso, la malattia psichiatrica non è considerata idonea per l’integrazione del grave stato di salute.

Non potendosi perseguire la strada del permesso per cure mediche, il personale del Centro deve ricor-

rere ad altre strade e ha il compito di ingegnarsi per trovare una modalità che consenta la permanenza nel Paese ai loro pazienti e garantisca loro anche di proseguire nel programma terapeutico. Non bisogna dimenticare che le persone che si rivolgono al Centro sono vittime di una patologia psichiatrica, malattia assolutamente equiparabile a quella di tipo fisico, e che, per lo stesso motivo, hanno gravi difficoltà nella ricerca di una stabile occupazione.

Vorrei ora, dopo la descrizione della mia esperienza all’interno della «Clinica legale di giustizia penale», concludere questo breve scritto con alcune considerazioni personali sull’importanza che questo corso ha avuto nella mia formazione sia di professionista che, un domani, entrerà nel mondo del diritto, sia di cittadino.

In primo luogo, un aspetto fondamentale del corso consiste nel non essere un’esperienza da affrontare individualmente: in questo percorso, affascinante quanto complesso, sono stato accompagnato da due splendide compagne di viaggio, Claudia e Sofia, e sono stato indirizzato nel lavoro dalla guida sapiente della nostra *tutor*, Giulia Mentasti. Uno dei principali obiettivi del corso è, infatti, imparare l’arte del lavoro di gruppo, che costituisce oggetto autonomo di valutazione.

Ho trovato, nel continuo confronto con le mie colleghe, nello studio condiviso dei casi che ci erano sottoposti e nella ricerca di una possibile soluzione, un’opportunità di crescita. L’incontro con una varietà di personalità e di metodi di lavoro ha contribuito a migliorare la qualità della nostra attività: saper lavorare in gruppo è stata, appunto, una *qualità* tanto importante quanto complessa da acquisire. La condivisione dell’esperienza con altre persone mi ha insegnato che è fondamentale saper ascoltare l’opinione altrui essendo disposti ad accettare che possa essere migliore della propria; ho, inoltre, scoperto quanto valga mettere a disposizione il proprio bagaglio di esperienza e conoscenza affinché, attraverso l’unione di vissuti, saperi e professionalità tra loro diversi, si possa contribuire insieme alla costruzione della strada più efficace per pervenire alla soluzione di un caso.

Quella della Clinica si è rivelata essere, inoltre, un’esperienza difficilmente comprimibile e definibile

2018, [www.ilsole24ore.com/art/immigrazione-5-nuovi-tipi-permessi-soggiorno-danno-titolare-condizione-giuridica-piu-precaria-AE-6eJFXG](http://www.ilsole24ore.com/art/immigrazione-5-nuovi-tipi-permessi-soggiorno-danno-titolare-condizione-giuridica-piu-precaria-AE-6eJFXG).

9. Rilasciato su richiesta della commissione territoriale per la protezione internazionale allorché non si riconosca allo straniero lo *status* di rifugiato o quello di protezione sussidiaria, ma si ritenga impossibile il suo allontanamento per il rischio di subire persecuzioni o torture. P. Bonetti, *Immigrazione, op. ult. cit.*

10. Hanno diritto al permesso per cure mediche gli «*stranieri che versano in condizioni di salute di eccezionale gravità, accertate mediante idonea documentazione, tali da determinare un irreparabile pregiudizio alla salute degli stessi, in caso di rientro nel Paese di origine o di provenienza. In tali ipotesi, il questore rilascia un permesso di soggiorno per cure mediche, per il tempo attestato dalla certificazione sanitaria, comunque non superiore ad un anno, rinnovabile finché persistono le condizioni di salute di eccezionale gravità debitamente certificate, valido solo nel territorio nazionale*» (art. 19, comma 2, lett. d-bis, Tui).

all'interno dei confini di un semplice corso di studio, poiché essa rappresenta un modo completamente rivoluzionario di intendere l'arte dell'insegnamento: è infatti reciso il cordone ombelicale che collega l'assimilazione di nozioni giuridiche alla lezione frontale; lo studente è messo a confronto, in prima persona, con l'utilizzo concreto di quanto normalmente si apprende dalla manualistica tradizionale; si passa dal sapere formale al sapere (del) fare.

Non viene modificata solo la modalità di insegnamento, ma anche quella di apprendimento dello studente: l'aver affrontato il tema delle problematiche afferenti alla nuova disciplina dei permessi di soggiorno da un diversa prospettiva ha fatto che sì il mio approccio al decreto sicurezza fosse completamente diverso da quello che sarebbe seguito allo studio della stessa normativa con il solo fine di esporla durante un esame. Mi sono, così, trovato "di fronte al testo", nell'intento di esaminare, parola per parola, quanto scritto nella legge, cercando di analizzarla e interpretarla per rispondere a un'esigenza pratica: determinate persone necessitavano del mio contributo per poter ottenere un documento fondamentale alla loro permanenza in Italia. Così facendo, la mia attività di studio non è stata fine a se stessa, ma ha avuto un immediato risvolto pratico e spero abbia contribuito a migliorare il vissuto di quelle persone.

Una tale tipologia di lavoro fa sì che si inneschi un vero e proprio processo di responsabilizzazione dello studente: tutto ciò che è analizzato e studiato dovrà poi essere riportato a persone "esterne", che fanno pieno affidamento su quanto sarà loro riferito. Operare in un tale sistema ha generato in me un profondo senso di responsabilità: il mio lavoro avrebbe dovuto spingersi oltre la "superficie" delle cose ed essere sempre approfondito e dettagliato; per la prima volta, ero responsabile di quanto appreso non solo nei miei confronti, come quando si affronta un esame universitario, ma anche verso altre persone che confidavano nelle mie ricerche.

Lo studio del diritto "sui libri", fatto di definizioni concettuali e dibattiti dottrinali, è sicuramente necessario e indispensabile, ma non sufficiente a garantire una corretta formazione allo studente che, una volta conseguita la laurea, dovrà confrontarsi con il mondo del lavoro. La persistente presenza, in Italia, di un'educazione universitaria che non prevede esperienze pratiche esterne all'aula di lezione fa sì che un giovane giurista non possieda l'elasticità mentale necessa-

ria ad affrontare le problematiche che caratterizzano la realtà.

Ma la partecipazione alla Clinica non si è limitata a portare in dote un arricchimento delle mie abilità e conoscenze professionali: è stata soprattutto un momento decisivo nel processo di sviluppo della mia persona, come essere umano e come cittadino. Di questo sarò per sempre grato ad Alice e a Maria<sup>11</sup>, che mi hanno preso per mano e accompagnato nel viaggio all'interno della complessa realtà in cui si trova a vivere la popolazione immigrata nel nostro Paese.

Al di là di quanto riportato in maniera superficiale dai *media* o propagandato, in modi anche peggiori, da persone che non si fanno scrupoli a far politica sulla pelle dei più deboli, grazie alla mia esperienza al Centro di etnopsichiatria sono potuto entrare in contatto con il "popolo silenzioso" che, lontano da ogni riflettore, ogni giorno mette il proprio tempo e il proprio impegno a disposizione di tutte quelle persone che chiedono solo di essere ascoltate e aiutate al loro arrivo in Italia, per essere poi indirizzate verso una vita autonoma e dignitosa.

I dati statistici sono chiari: il fenomeno dell'immigrazione di persone dall'Africa verso l'Europa è solo agli inizi e il numero di persone che, ogni anno, chiederà di entrare all'interno dei confini del continente sarà in continuo e costante aumento<sup>12</sup>. Diviene, perciò, necessario che anche l'Italia inizi a fare i conti con la situazione geopolitica mondiale al fine di adottare una politica non di chiusura, ma al contrario di apertura e di regolazione dei flussi di ingresso all'interno dello Stato; ad oggi, la principale emergenza collegata al fenomeno dell'immigrazione in Italia si rivela essere la gestione delle persone che entrano nel nostro territorio.

La maggior parte di questa popolazione non ha altra pretesa se non quella di essere accolta e indirizzata verso la ricerca di un lavoro che permetta di condurre una vita onesta in uno Stato nel quale – a differenza dello Stato di provenienza – sia permesso esercitare tutti i diritti fondamentali. Tuttavia, le strutture di prima accoglienza sono assolutamente insufficienti e i soggetti, una volta fatto ingresso in Italia e non ricevendo assistenza, sono abbandonati a se stessi. Così facendo, si indirizza una considerevole parte di queste persone verso il mondo criminale, soprattutto quello collegato allo spaccio di droga. Il crimine finisce, infatti, per apparire come l'unico strumento capace di assicurare mezzi minimi di sostentamento.

11. Entrambe operatrici del Centro di consultazione di etnopsichiatria dell'Ospedale "Niguarda" di Milano.

12. Lo studio, commissionato dal Dipartimento per gli affari economici e sociali dell'Onu (*Replacement Migration: is it a solution to declining and ageing populations?*, Undesa, 2001, [www.un.org/en/development/desa/population/publications/ageing/replacement-migration.asp](http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ageing/replacement-migration.asp)), afferma che nel 2050, nella sola Italia, il numero della popolazione immigrata sarà pari a 40 milioni di persone, andando così a formare un terzo della popolazione complessiva.

Durante l'esperienza presso il Centro di etnopsichiatria, mi sono reso conto che l'obiettivo primario consiste nel porre in primo piano una caratteristica che dovrebbe essere innata in ogni persona, ossia l'*umanità*: la solidarietà reciproca, la comprensione e l'indulgenza verso l'*altro*. Tale umanità deve tornare a essere la bussola capace di orientare il legislatore nella scrittura di *policies* che tengano conto dei bisogni sia di coloro che arrivano sia di quei cittadini che, in maniera appassionata e, molto spesso, senza alcun fine di lucro, dedicano la propria vita all'aiuto della popolazione immigrata.

Il diretto contatto con questo mondo, così frequentemente dimenticato nel quotidiano, ma che esiste e si sviluppa parallelamente alle nostre vite; l'incontro con persone che dedicano spontaneamente il loro tempo, anche fuori dall'orario di lavoro, alle esigenze altrui; la relazione diretta con i migranti e i loro vissuti: per chiunque, questa esperienza porta con sé un arricchimento culturale e, a maggior ragione, può avere un impatto efficace sulla "personalità in divenire" che è propria di uno studente. Un simile percorso, in un contesto così difficile, ha la forza di incidere positivamente sulla formarsi della coscienza civica di una persona.

Così come l'architetto, quando progetta un edificio, deve preoccuparsi che le fondamenta siano solide, è necessario che ogni giovane che contribuisce alla creazione del mondo che verrà domani, disponga di altrettante basi sicure da cui partire per tracciare e costruire il suo e il nostro futuro. L'esperienza della «Clinica legale di giustizia penale» assolve a questa funzione, permettendo a un giovane studente come me di sollevare la testa da manuali e piattaforme digitali e di tuffarsi nella realtà concreta, con tutte le sue difficoltà e sofferenze, in modo da scoprirla e conoscerla in profondità. Se il futuro è "nelle nostre mani", affrontare tale sfida ha la forza di educare all'importanza per il rispetto degli esseri umani, anche se portatori di culture e vissuti diversi. Un insegnamento che assume efficacia fondamentale nella creazione di un mondo più giusto e più umano.

## Testimonianza breve sulla nostra esperienza all'interno della Clinica legale «Salute, ambiente e territorio» dell'Università degli Studi di Perugia

di *Christel Nocchi*,  
*Chiara Pallozzi Lavorante*  
e *Martina Sforza*

Il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia, nel suo piano formativo, offre la possibilità a noi studenti e studentesse di prendere parte al progetto di "clinica legale", che può valere come esame a scelta del piano di studi o, in alternativa, come attività di tirocinio curriculare.

Studentesse del terzo anno, abbiamo deciso di partecipare a questa attività spinte dalla curiosità verso un'iniziativa profondamente diversa dai "tradizionali" corsi istituzionali che siamo abituate a frequentare fin dal primo anno, nonché stimolate dal nome e dall'ambito di rilevanza della nostra Clinica: «Salute, ambiente e territorio».

Infatti, la tutela dell'ambiente rappresenta un tema difficile e, forse, necessitante di una maggiore sensibilizzazione in ambito universitario e scolastico, così da educare le nuove generazioni al rispetto di un bene comune di tale importanza. Più di tutto, però, ci ha mosso il desiderio che accomuna la maggior parte dei giovani giuristi iscritti alle facoltà di giurisprudenza: quello di sentirsi già – per un giorno alla settimana e per le ore che ci hanno tenute impegnate in questo progetto – giovani professionisti e di cominciare a imparare, così, quei mestieri che hanno accompagnato, nei nostri sogni, la scelta di studiare una materia così affascinante nella sua applicazione pratica.

Nell'ambito di questa nostra esperienza di clinica legale, abbiamo avuto la possibilità di occuparci di più questioni giuridiche, con effetti e risvolti in ambiti diversi. La nostra esperienza da "*clincians*" ha preso avvio approfondendo un argomento di scottante attualità, posto alla nostra attenzione da un comitato di cittadini e lavoratori di Taranto: la critica e complessa situazione dello stabilimento Ilva (ora ArceelorMittal). Il nostro approfondimento ha riguardato, in modo particolare, le procedure di svolgimento del *referendum* dei lavoratori sulla base del quale è stato stipulato l'accordo sindacale che ha, poi, dato vita al contratto di affitto dell'azienda Ilva. Tale lavoro ci ha consentito di studiare e analizzare il contratto collettivo applicato in azienda, nonché i risvolti dello

stesso e delle procedure di affitto d'azienda, nei confronti sia dei lavoratori, diretti interessati, sia della collettività che vive intorno a quella realtà industriale.

Ci siamo, inoltre, cimentate in un'intensa attività di *drafting* legislativo: in collaborazione con altri studenti, dottorandi e professori, abbiamo lavorato alla stesura di un progetto di legge regionale per la creazione di "eco-distretti", ossia modelli di gestione del territorio orientati all'introduzione di forme di partecipazione a livello locale e di modelli di economia circolare. Svolgere attività di *drafting* legislativo richiede, anzitutto, una minuziosa attività di ricerca e studio di progetti e atti legislativi già adottati in altre realtà locali. Il *drafting* impone al *clinician*, abituato a studiare e a leggere atti legislativi da giurista, uno sforzo intellettuale: si devono assumere le vesti di legislatore, con tutte le difficoltà connesse, in particolare relativamente alla scelta dei vocaboli e dei termini giuridici idonei a esprimere precisamente un concetto. Questo ci ha consentito il confronto con i testi legislativi con uno spirito critico diverso, cogliendo anche le difficoltà e le intenzioni sottese alle parole usate dal legislatore. Partecipare attivamente al progetto di Clinica legale «Salute, ambiente e territorio» durante l'anno accademico appena concluso ha senz'altro arricchito il nostro sapere, o meglio, "saper fare" giuridico. In qualità di *clinicians*, abbiamo potuto incrociare le nostre conoscenze, acquisite mediante il

più tradizionale studio di manuali che accompagna il percorso universitario, con casi pratici riguardanti persone e questioni non più unicamente astratte e generali, ma concrete e particolari. Abbiamo sperimentato cosa significhi trovarsi realmente di fronte a un cliente e alle sue esigenze, sviluppare un ragionamento critico rispetto al caso a noi presentato, cercando una soluzione ai quesiti proposti. Per far ciò, come già anticipato, ci siamo cimentate in un insieme di attività piuttosto eterogenee (dall'analisi di complessi contratti alla redazione di pareri) con cui finora, nel nostro *iter*, non avevamo avuto occasione di confrontarci, ma che rappresenta ciò che effettivamente sarà parte del nostro futuro di giuriste. In questo senso, allora, progetti come la Clinica legale dell'Ateneo perugino rappresentano strumenti in grado di colmare quella mancanza di concretezza e praticità così spesso lamentata dagli studenti in giurisprudenza.

Collaborare al progetto della Clinica ha significato anche imparare a rispettare le scadenze, a lavorare in gruppo, a cercare compromessi, a presentare e sostenere efficacemente le proprie idee o conclusioni di fronte a più persone.

Da sottolineare, infine, il piacevole clima creatosi all'interno della Clinica: che fossimo studenti, dottorandi o docenti, siamo stati posti tutti sullo stesso piano, e ciò ha facilitato in maniera non indifferente il dialogo e il confronto al fine di fornire la migliore assistenza possibile ai nostri clienti.

## Gli autori

**Marzia Barbera**, ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Brescia; docente responsabile dell'insegnamento di Clinica legale presso lo stesso Ateneo

**Claudio Castelli**, presidente della Corte di appello di Brescia

**Alessandra Cordiano**, professore associato di Diritto privato e Diritto di famiglia, Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona

**Angela Della Bella**, professore associato di Diritto penale, Università degli Studi di Milano

**Caterina Falbo**, professore associato di Lingua e Traduzione – lingua francese – presso l'Università di Trieste

**Mattia Gervasoni**, dottore in Giurisprudenza all'Università "Statale" di Milano, già *clinician* presso lo stesso Ateneo; attualmente tirocinante presso il Tribunale di Milano

**Patrizio Gonnella**, presidente dell'Associazione "Antigone", ricercatore e docente di Sociologia del diritto (Dipartimento di Giurisprudenza) all'Università degli Studi "Roma Tre"

**Mariarosaria Guglielmi**, sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma, segretaria generale di Magistratura democratica e vice presidente di Medel

**Massimo Luciani**, ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

**Vincenza (Ezia) Maccora**, presidente aggiunto sezione Gip del Tribunale di Milano

**Maria Rosaria Marella**, ordinario di Diritto privato, Università degli Studi di Perugia; docente responsabile dell'insegnamento di Clinica legale presso lo stesso Ateneo

**Luca Minniti**, giudice della sezione specializzata in materia di immigrazione e protezione internazionale del Tribunale di Firenze

**Alisea Neroni**, dottoressa in Giurisprudenza, già studentessa del corso di «Clinica del diritto dell'immigrazione e della cittadinanza» presso l'Università degli Studi "Roma Tre"

**Christel Nocchi**, studentessa al quarto anno presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia, già *clinician* del corso di Clinica legale «Salute, ambiente e territorio»

**David B. Oppenheimer**, docente di clinica legale dell'Università di Berkeley

**Chiara Pallozzi Lavorante**, studentessa al quarto anno presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia, già *clinician* del corso di Clinica legale «Salute, ambiente e territorio»

**Marco Patarnello**, magistrato di sorveglianza presso il Tribunale di sorveglianza di Roma

**Enrica Rigo**, professore associato di Filosofia del diritto, Università degli Studi "Roma Tre"; docente responsabile dell'insegnamento di «Clinica del Diritto dell'immigrazione e della cittadinanza» presso lo stesso Ateneo

**Nello Rossi**, già avvocato generale presso la Corte di cassazione, componente del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura, direttore di *Questione giustizia*

**Emilio Santoro**, ordinario di Filosofia del diritto e Diritto degli stranieri, Università degli Studi di Firenze; componente del comitato scientifico della Rivista *L'altro diritto*

**Alessandra Sciarba**, coordinatrice della «Clinica legale per i diritti umani» dell'Università di Palermo

**Laura Scomparin**, ordinario di procedura penale, Università degli Studi di Torino, fondatrice e coordinatrice del programma di cliniche legali presso lo stesso Ateneo, titolare del corso di Clinica legale «Carcere e diritti»

**Martina Sforza**, studentessa al quarto anno presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia, già *clinician* del corso di Clinica legale «Salute, ambiente e territorio»

**Gaetano Silvestri**, presidente emerito della Corte costituzionale e presidente della Scuola superiore della magistratura

**Ndeye Sokhna Diouf**, laureanda in Diritto degli stranieri presso l'Università degli Studi di Firenze

**Simone Spina**, giudice presso il Tribunale di Siena

**Fabio Spitaleri**, ricercatore e professore aggregato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Trieste

**Irene Stolzi**, professore associato di Storia del diritto medievale e moderno, presidente del Corso di laurea magistrale in Giurisprudenza (Dipartimento di Scienze giuridiche) all'Università degli Studi di Firenze