

la Pazienza

rassegna dell'ordine degli avvocati di torino

DICEMBRE 2004 85



In copertina:

Antony Gormley:
Heve and There, 2002,
ferro, cm 225x81x75.
Courtesy GAM Torino



la Paziienza

rassegna dell'ordine degli avvocati di torino

DIRETTORE RESPONSABILE

Antonio ROSSOMANDO

COMITATO DI REDAZIONE

Pier Luigi AMERIO
Paolo DAVICO-BONINO
Vincenzo ENRICHENS
Fulvio GIANARIA
Mario NAPOLI
Elena NEGRI
Carlo PAVESIO
Filippo VALLOSIO
Romana VIGLIANI
Giovanni VILLANI

Registrato al n. 2759 del Tribunale
di Torino in data 9 giugno 1983

PROGETTAZIONE GRAFICA
Tuttotondo comunicazione - To

IMPAGINAZIONE
Studio Beta - TO

FOTOCOMPOSIZIONE
Smile Grafica - TO

STAMPA
MARIOGROS - Torino

Le foto di questo numero
sono di Arianna Enrichens

Editoriale

3 Indagini difensive, funzione del difensore, etica dell'avvocato
di Antonio Rossomando

Riflessioni

- 6** Lezione Magistrale del Professor Amartya Sen all'Università
degli Studi di Torino: Identità, illusione e violenza
- 10** Il rito civile ordinario e le preclusioni in materia istruttoria
di Gianandrea Giacotti
- 14** Ancora sulla legge "salva-embrione" *di Romana Vigliani*

Professione Avvocato

17 Cassa forense. Considerazioni e quesiti ai nuovi delegati
a cura di Giovanni Villani

Storia

- 20** Il bicentenario del Code Napoléon *di Dario Poto*
- 23** La bagna cauda e la legge agraria di Apuleio Saturnino *di Giuseppe Volante*

Cose di casa

- 25** Un sasso nello stagno *a cura di Elena Negri*
- 27** Borsa di studio Fondazione Faustino Dalmazzo
- 28** Notizie dalla Fondazione Croce *a cura di Mario Napoli*

Lettera

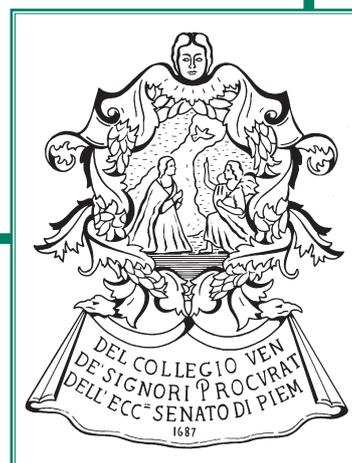
30 Lettera alla Paziienza *di Umberto Tonolli*

Viaggi

32 Avvocati peregrinantes *di Maria Elena Crippa e Paolo Clerici*

Recensioni

- 34** Vita di un avvocato. Franzo Grande Stevens
di Fulvio Gianaria e Alberto Mittone
- 35** Pendolo. Massimo Ottolenghi *di Alessandro Re*



Pubblicità
STUDIO BETA
10133 TORINO
Corso Moncalieri, 494/6 G
Tel. 011/661.04.49
Cell. 340/576.83.25

La GAM di Torino non è gelosa delle proprie opere, perciò ha condiviso il progetto di collocare due suoi capolavori di arte contemporanea nel prato del Palazzo di Giustizia. D'accordo con la Presidenza della Corte di Appello e con la Procura Generale il Presidente Giovanna Cattaneo ha accolto l'invito del Consiglio dell'Ordine di Torino. La prima opera è una grande scultura di Michelangelo Pistoletto, la seconda (pubblicata nella copertina di questo numero de La Pazienza) una statua dell'artista inglese Antony Gormley. Grazie all'impegno del Procuratore Aggiunto dr. Francesco Saluzzo e del Conservatore dr. Riccardo Passoni saranno presto collocate e visibili a tutti.



Editoriale

INDAGINI DIFENSIVE, FUNZIONE DEL DIFENSORE, ETICA DELL'AVVOCATO

La legge 7 dicembre 2000 n. 397 relativa alla regolamentazione delle indagini difensive costituisce una svolta nella disciplina della prova.

La rottura del monopolio della prova a favore di altri soggetti diversi dal P.M. – nella fase delle indagini preliminari – dal Giudice e dallo stesso P.M. – nelle successive fasi processuali, non può non essere evidenziata con forza.

Superando gli angusti limiti nei quali “il diritto di difendersi provando” risultava confinato dall’art. 38 disp. att. c.p.p., sia nella sua formulazione originaria, sia a seguito delle modifiche di cui alla l. n. 332 del 1995 (ora, significativamente abrogato), il legislatore oggi stabilisce (V. art. 71 n. 397 del 2000, con cui viene introdotto l’art. 327 bis c.p.p.) che ai fini del più ampio “esercizio del diritto di difesa”

il difensore, (ovvero, a seguito di incarico da parte dello stesso difensore, gli investigatori privati autorizzati nonché, ove necessario, i consulenti tecnici) possa svolgere autonome investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito.

Oltre ad evidenziare che l’attività investigativa può riguardare sia la persona sottoposta alle indagini sia le altre parti priva-



te sia la persona offesa, va sottolineato, sotto il profilo cronologico, che il momento iniziale per l'espletamento dell'attività *de qua* è rappresentato dal momento del conferimento dell'incarico professionale (art. 327 bis comma 1 c.p.p.), pur non escludendosi la possibilità di una attività di investigazione preventiva nell'evenienza che si instauri un procedimento penale (art. 391 *nonies* c.p.p.).

Lo spazio temporale nel quale si colloca l'attività investigativa del difensore riguarda sia la fase di cognizione (in ogni suo stato e grado), sia la fase esecutiva, sia quella tesa a promuovere il giudizio di revisione.

In parallelo con i poteri del P.M., al difensore è consentito oltre lo svolgimento dell'attività suppletiva di indagine (art. 419 c.p.p., come integrato dell'art. 13 della legge in esame), anche quella integrativa (art. 430 c.p.p., come sostituito dell'art. 14 della legge in esame).

Molto ampio si presenta lo spettro dell'attività espletabile dal difensore. In rapida successione, si segnalano: la richiesta di documentazione alla Pubblica amministrazione (art. 391 *quater* c.p.p.); l'accesso ai luoghi per la presa visione e descrizione ovvero per l'esecuzione di rilievi vari (art. 391 *sexies* c.p.p.); l'esame delle cose sequestrate (art. 366 c.p.p., come modificato dall'art. 10 della legge in commento), gli accertamenti tecnici non ripetibili (art. 391 *decies* commi 3 e 4 c.p.p.).

Un ruolo centrale e decisivo è sicuramente assegnato all'attività di cui all'art. 391 bis c.p.p., cioè all'acquisizione di notizie presso persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa (art. 11 della legge in esame) laddove sono ricomprese tre attività profondamente diverse tra loro: il colloquio, la ricezione di dichiarazioni, l'assunzione di informazioni.

Con la prima attività, i già citati soggetti legittimati ex art. 327 bis c.p.p. si limitano a dialogare con la persona informata dei fatti; con la seconda, si richiede il rilascio di una dichiarazione scritta; con la terza, si pongono domande e si danno risposte in successiva sequenza. La presenza dell'imputato e delle parti private è esclusa solo per quest'ultima attività (art. 391 bis comma 8 c.p.p.).

L'attività di indagine è circondata da svariate garanzie di cui la persona informata dei fatti deve essere adegua-

tamente e preventivamente avvertita pena l'inutilizzabilità del materiale probatorio acquisito (art. 391 bis comma 6 c.p.p.). Sarà così necessario che sia chiarito fra gli altri il tipo di attività che si intende svolgere, le modalità della sua documentazione, l'avvertimento della facoltà di non rispondere, la responsabilità per le false dichiarazioni.

Previsioni speciali sono previste per conferire, ricevere dichiarazioni, assumere informazioni da persone detenute (art. 391 bis comma 7 c.p.p.) e da persone sottoposte ad indagini ovvero imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato (art. 391 bis comma 5 c.p.p.).

Tendenzialmente, l'espletamento dell'attività di investigazione è svolto in autonomia e senza l'intervento, a vario titolo, del Giudice o del P.M.

In alcuni casi, invece, questo intervento è ritenuto necessario.

In particolare, va segnalato che nel caso in cui la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini delle indagini, si rifiuti o si prospetti immotivati differimenti da parte del Pubblico Ministero allo svolgimento di specifiche attività difensive (art. 233 comma 1 bis c.p.p., come inserito dall'art. 5 della legge in commento; art. 366 comma 2 c.p.p., come sostituito dell'art. 10 l. cit.; art. 391 *quater* comma 3 c.p.p. con riferimento al rifiuto della Pubblica amministrazione) è consentito ai difensori di proporre opposizione al Giudice.

Nell'espletamento dell'attività di investigazione del difensore, sempre con riferimento alle dichiarazioni delle persone in grado di riferire circostanze utili per le indagini, vanno segnalati due precisi limiti.

Innanzitutto, in condizione di reciprocità con il P.M. e la P.G., si prevede che non sia possibile richiedere notizie sulle domande formulate e sulle risposte date (art. 362 c.p.p., come modificato dall'art. 9 della legge in esame, ed art. 391 bis comma 4 c.p.p.).

A tutela dell'attività investigativa, l'art. 391 *quinquies* c.p.p. prevede il potere di segretezza da parte del P.M. – in presenza di specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine e per un periodo massimo di due mesi – potere consistente nel divieto alle persone sentite di comunicare i fatti e le circostanze oggetto dell'indagine.

Particolare attenzione è dedicata dal legislatore alla disciplina dell'utilizza-

bilità del materiale oggetto dell'investigazione difensiva. Innanzitutto, si prevede che gli atti di investigazione possano essere canalizzati direttamente sul Giudice, secondo uno schema duplice. Qualora il Giudice debba prendere una decisione con l'intervento della parte privata, la presentazione può avvenire in quel contesto; se si tratta di decisione eventuale, senza intervento di parte, gli elementi difensivi possono essere depositati presso il Giudice (art. 391 *octies* commi 1 e 2 c.p.p.).

Si forma in tal modo il fascicolo del difensore destinato a confluire, al termine delle indagini preliminari – conservando la sua autonomia – nel fascicolo del Pubblico Ministero (art. 391 *octies* comma 4 c.p.p.). Qualora si tratti di atti non ripetibili – come nelle ipotesi regolate dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 391 *decies* c.p.p. (accesso ai luoghi; accertamenti tecnici non ripetibili) – la documentazione dell'investigazione privata, già destinata in generale, su consenso delle parti, a confluire nel fascicolo del dibattimento, sarà inserita nel fascicolo di cui all'art. 431 c.p.p. in parallelo con quanto previsto per gli omologhi atti del P.M.

Il regime di cui all'art. 512 c.p.p. opererà anche per gli atti del difensore.

Sempre in analogia a quanto previsto per gli atti del P.M., si prevede, infine, che delle dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore sia consentita l'utilizzazione ai sensi degli artt. 500, 512 e 513 c.p.p. (art. 391 *decies* comma 1 c.p.p.).

Il materiale probatorio, oggetto dell'attività investigativa, assurge dunque a piena dignità di atto processuale e come tale risulterà sottoposto – nei limiti della compatibilità – alla disciplina di cui al Titolo III del Libro II, cioè, alla disciplina generale della documentazione degli atti processuali (art. 391 ter comma 3 c.p.p.).

La legge con cui si è introdotta la disciplina delle indagini difensive ha necessariamente previsto una tutela penale delle indagini difensive medesime. Non sarebbe stato possibile un assetto diverso perché senza una tutela penale delle dichiarazioni rese al difensore, non solo si sarebbero esposte le indagini al rischio di un inquinamento ma in prospettiva ne sarebbe derivato anche un pregiudizio per la verità processuale nelle ipotesi dell'utilizzazione processuale di queste dichiarazioni.

Premessa la necessità di un apparato penale di tutela delle indagini difensi-

ve, nella legge non vi è alcun cenno relativo alla tutela dalle indagini difensive scorrette.

Non c'è una sanzione relativa ad eventuali comportamenti del difensore non solo deontologicamente scorretti, ma che, superando il livello della violazione disciplinare, necessitano di una vera e propria tutela penale.

Questa assenza di norme specifiche ha comportato il rischio che nel vuoto di norme destinate alla tutela delle indagini difensive scorrette, si prospetti la c.d. "pubblicizzazione del difensore" con scenari molto inquietanti, quali la considerazione del difensore come pubblico ufficiale.

Una premessa deve essere posta: il difensore ricerca gli elementi di supporto alla difesa ma un punto fermo va nel contempo ribadito: la genuinità del processo è valore comune al Giudice e alle parti. L'abuso delle indagini difensive, a parte la rilevanza deontologica, ha ancora prima un carattere di insidia tale da poter alterare la verità. La rilevanza penale di un comportamento del genere è difficilmente discutibile. La mancata previsione da parte del legisla-

tore di fatti di reato in tema di abuso, ha però portato verso la deriva di considerare il difensore nell'espletamento delle indagini difensive pubblico ufficiale. Valutazione non condivisibile perché per qualificare l'attività difensiva come una attività pubblica, posto che per essa non può trattarsi di funzione amministrativa, è quanto meno necessario allargare il concetto di funzione giudiziaria. Funzione giudiziaria intesa come funzione propria di tutti i soggetti che intervengono nel giudizio processuale. Ma se così fosse si trasformerebbe la difesa in una funzione. Ma poiché "funzione" significa vincolo allo scopo, lo scopo in questo caso trascendendo gli interessi dell'assistito riporterebbe la figura del difensore nella orbita diretta della verità processuale.

Ma l'Avvocato esplica il suo mandato nell'ambito dell'art. 24 della Costituzione che prevede il diritto di difesa. Il diritto non può essere un potere-dovere. Deve essere un diritto sia pure con dei limiti, ma sempre un diritto con i suoi contenuti di facoltà, di scelta, di libertà.

Riportare il difensore in una orbita

diversa significherebbe negare la difesa come diritto e quindi come espressione di libertà.

Ciò premesso, debbono essere ribaditi sul piano del comportamento gli aspetti deontologici che la materia sottende, aspetti in ordine ai quali è necessario essere molto fermi, indipendentemente dai necessari interventi sanzionatori previsti dalla legge con la introduzione di nuove fattispecie di reato.

La introduzione nel nostro codice di procedura delle indagini difensive costituisce un sicuro riconoscimento del "diritto alla prova" e del "difendersi provando".

Gli avvocati devono nel contesto dei fatti gestire la ricerca della prova con alta professionalità, con scrupolo, con correttezza senza facili scorciatoie.

Sono in gioco la credibilità della classe forense ed il suo riconoscimento di partecipare a quella cultura della giurisdizione tanto spesso da tutti richiamata.

Ma vi è di più: la messa in pericolo di diritti costituzionali riconosciuti ai cittadini.

Antonio Rossomando





Riflessioni

IDENTITÀ, ILLUSIONE E VIOLENZA

Sono sentitamente onorato di diventare associato di questa grande Università in questo modo meraviglioso. Sono profondamente grato all'Università di Torino per avermi offerto questa nobile affiliazione.

Quale argomento per il mio discorso ho scelto un tema piuttosto difficile, ma che, ritengo, sia di interesse generale. Vorrei parlare dell'identità e della sua relazione con la violenza che è diventata una caratteristica costante del mondo in cui viviamo.

Il senso d'identità è spesso una cosa molto positiva. Può essere fonte di forza, di orgoglio e di gioia. Anche il pensiero basato sull'identità ha fatto molto per generare e sostenere richieste di equanimità e di giustizia nel mondo. Ad esempio i movimenti per l'uguaglianza delle donne hanno attinto copiosamente al senso di appartenenza delle prime teorizzatrici del femminismo come Mary Wollstonecraft e delle pioniere delle suffragette come Emmeline Pankhurst. Il mondo sarebbe un luogo più iniquo e più povero se non fosse stato per l'impegno politico e sociale direttamente ispirato dall'identificazione di persone con i compagni perdenti della società.

I contributi positivi dell'identità sono, quindi, non in dubbio. E tuttavia dobbiamo anche considerare che il senso d'identità può essere, per contro, fonte di irritazione e di ostilità e può fomentare direttamente conflitti e violenza. Gli Hutu, che aderirono all'istigazione ad uccidere i Tutsi in Ruanda nel 1994, furono spinti da una combinazione di influenze e l'essere Hutu fu certamente una di esse. Le uccisioni attingevano ad una ereditata, assassina identità Hutu. L'affermazione sanguinosa di una violenta identità serba ha

reciso le vite di molti musulmani in ciò che allora era la Jugoslavia e la presenza di un'identità sudanese islamica sembra stia contribuendo a molte morti cristiane nel sud del paese proprio mentre scrivo queste righe.

È proprio perché le gravi conseguenze del pensiero basato sull'identità si intrecciano con i suoi effetti nobilitanti e fortificanti che dobbiamo esaminare con particolare cura ciò che l'identità genera e non genera. L'identità è una di quelle influenze imprevedibili ed incontrollabili che talvolta danno origine a qualcosa di buono ed altre volte producono effetti che sono inequivocabilmente nefasti. O c'è qualcosa nel concetto d'identità che ne richiede un uso sensato senza il quale ha – e può essere visto avere – conseguenze nefaste? Oserei ritenere che possiamo giungere ad una comprensione più profonda del ruolo dell'identità esaminando con attenzione i concetti su cui si fonda e le sue conseguenze sociali di vasta portata.

Una questione fondamentale è la negazione delle nostre molteplici identità e l'imposizione di un'esclusiva – e spesso belligerante – identificazione con sé stessi e con gli altri. Tutti noi apparteniamo a molti gruppi. Il contadino Hutu che brandiva un macete per uccidere un Tutsi adulto o un Tutsi bambino non era solo un Hutu ma anche un ruandese, un contadino, un africano, forse un congiunto e certamente un essere umano. Ci può essere una forte pressione politica per fargli dimenticare tutte le altre identità che possono legarlo positivamente ai Tutsi, ma sarebbe un'illusione impegnativa presumere che egli “debba” considerare se stesso solo come un Hutu e nient'altro.

Nella nostra vita normale, noi ci consideriamo membri di una varietà di gruppi – noi apparteniamo a tutti. La stessa persona può essere, senza alcuna contraddizione, cittadina italiana, di origine caraibica, con antenati africani, donna, liberale, vegetariana, fondista, storica, insegnante, poetessa, eterosessuale, sostenitrice dei diritti dei gay e delle lesbiche, amante del teatro, attivista ambientalista, tifosa di tennis, musicista jazz e profondamente convinta che vi siano persone intelligenti nello spazio circostante con cui sia estremamente urgente parlare (preferibilmente in italiano). Ognuna di queste collettività, a cui questa persona simultaneamente appartiene, le conferisce un'identità particolare ma non esclusiva. Nessuna di esse può essere considerata l'unica identità di questa persona o l'unica appartenenza.

Una persona deve decidere quali priorità dare alle sue varie affiliazioni e legami. La presunzione che la persona non abbia scelta in materia sarebbe un'illusione – spesso un'illusione generata dalla società. Può imporre pesanti penalizzazioni alla vita umana. L'illusione – spesso architettata da estremisti politici – che una persona non è nient'altro che un membro di un unico gruppo (come l'essere Hutu) e deve agire secondo quelle che vengono presentate come le esigenze ineccepibili di quella identità Hutu, viola la libertà della persona di pensare con la propria testa.

“C'era una volta un io”, disse Peter Sellers, l'attore inglese, in una famosa intervista “ma l'ho fatto asportare chirurgicamente”. Quell'asportazione è abbastanza provocatoria ma non meno radicale è l'inserimento – o impianto – di un “io vero” da parte di coloro che ci



Torino. Arianna Enrichens

spingono nella direzione di una nuova visione di noi stessi. Potremmo venire improvvisamente informati di non essere solo jugoslavi ma serbi (“non ci piacciono gli albanesi”). O non solo musulmani ma portatori del vessillo Islamico che devono infliggere un giusto deserto al mondo occidentale (“vedi ciò che hanno fatto a noi”).

O non soltanto soldati delle forze alleate inviati in Iraq a combattere per una causa ma dispensatori di giustizia punitiva che devono “ammorbidire” i nemici (“la tortura dei prigionieri iracheni porta loro soltanto ciò che essi impongono sugli altri”). Le nostre altre identità che fanno di noi ciò che siamo, inclusa la nostra appartenenza all’umanità, devono essere dimenticate, o perlomeno tenute in sospeso. “Qualsiasi bambino a scuola può amare come uno sciocco”, proclamò Ogden Nash, “ma odiare, bambino mio, è un’arte”. Quell’arte è ampiamente praticata da artisti esperti e da istigatori, e l’arma della scelta è l’identità.

Lo spostamento organizzato delle identità percepite di sé si è reso responsabile di molte atrocità nel mondo contemporaneo, non solo in Congo o a Timor Est, o in Irlanda del Nord o in Ruanda ed in Serbia, ma in modo sempre più diffuso nel mondo, attraverso modalità che variano dal terrorismo della mente a confuse iniziative per resistere al terrorismo. C’è un qualcosa di profondamente irresponsabile nel negare la scelta quando la scelta esiste, poiché è una negazione della libertà ed un’abdicazione della responsabilità. Occorre valutare con buon senso e con un’indagine accurata come la si dovrebbe pensare e con che cosa ci si dovrebbe identificare e, naturalmente, come si dovrebbe agire. Questa è, a livello di riflessione, una questione di conoscenza di sé fondamentale, in particolare il fatto che apparteniamo a molti gruppi differenti (incluso, tra gli altri, il gruppo degli esseri umani), e non possiamo essere, senza una ragione, spinti a negare tutti i nostri legami e le nostre affiliazioni diverse da una qualche definizione di sé particolarmente bellicosa. A livello politico e sociale, tuttavia, questa imposizione di un’unica identità è spesso attuata con strumenti politici che possono variare nella forma da un indottrinamento organizzato dalla prospettiva distorta,

fonte di scontento sociale nei confronti del comportamento di qualche gruppo, al suscitare eccitazione per un qualche presunto abuso commesso da qualche membro di un gruppo che dev’essere preso di mira.

L’arte della violenza include l’imposizione dell’identità non solo ai sedicenti protagonisti che vengono incitati a fare il lavoro sporco ma anche a coloro i quali tale lavoro sporco viene servito. In verità l’identificazione da parte di terzi può essere persino più dura da resistere di quanto non sia l’imposizione di un’autodefinizione.

Persino quando sappiamo di avere ampia scelta nel decidere come considerare noi stessi, può ancora essere piuttosto difficile persuadere gli altri riguardo a come dovrebbero considerarci. Un ebreo della Germania nazista o un afro-americano quando aveva a che fare con un linciaggio nella vecchia America del sud, non potevano scegliere facilmente un’identità diversa da quell’immagine umiliante con cui gli altri lo marchiavano. Qui ci sono problemi non solo di descrizione distorta, ma anche di una cieca insistenza nel vedere le persone così identificate soltanto in quei termini distorti, ignorando le loro altre identità, inclusa quella fondamentale di essere membri dell’umanità.

Nel mondo della politica contemporanea c’è la pericolosa tendenza a vedere una persona per prima cosa – o persino esclusivamente – alla luce della sua affiliazione religiosa. Anche quando essa tratta con il dovuto rispetto tutte le religioni, il fare affidamento su un’unica categorizzazione può essere di per se stesso profondamente problematico. La radice del problema si può rintracciare, almeno in parte, nel fare esclusivamente affidamento sulla cosiddetta classificazione “civilizzatrice”.

La principale difficoltà nei confronti dello “scontro delle civiltà” non sta, oserei dire, nella presunzione innata che devono esserci tali scontri. Essa è, infatti, una questione successiva che da essa deriva. Dobbiamo esaminare la questione primaria del frammentare la popolazione del mondo in diverse civiltà (che si scontrino o no). Questa categorizzazione semplicistica produce una idea fuorviante della popolazione del mondo e delle diverse relazioni tra le persone ed ha anche l’effetto di

magnificare una particolare distinzione tra una persona ed un’altra ad esclusione di altre importanti. Ci sono connotazioni molteplici nelle nostre associazioni, affiliazioni ed identità, ed i nostri credi religiosi o le cosiddette identità civili, siano esse state scelte o semplicemente ereditate, non possono essere un’adeguata descrizione di ciò che siamo, di ciò che ci piacerebbe fare o di quale visione sociale o politica del mondo assumeremmo.

Nell’affrontare ciò che si chiama “terrorismo islamico” ci sono stati dibattiti riguardo a se l’essere musulmani richieda un qualche tipo di militanza fortemente contestataria, o se (come molti leader mondiali hanno affermato) un vero musulmano sia, in effetti, un individuo tollerante. La negazione della necessità di una lettura in chiave contestataria dell’Islam è certamente adeguata ed estremamente importante, ma ci dobbiamo anche domandare se sia necessario o utile cercare di definire come deve essere un “vero musulmano”.

La religione di una persona non deve necessariamente essere la sua identità esclusiva ed onnicomprensiva. In particolare l’Islam, come religione, non cancella la scelta responsabile dei musulmani in molti ambiti della vita. Infatti è possibile per un musulmano avere una visione contestataria e per un altro essere molto tollerante verso l’eterodossia, senza che nessuno di essi cessi di essere musulmani solo per quella ragione. La religione non può essere l’unica identità di una persona.

Per esempio, un musulmano del Bangladesh non è solo un musulmano, ma anche un bengalese ed è probabilmente orgoglioso della letteratura del Bengala, della letteratura e di altri traguardi culturali. La separazione del Bangladesh dal Pakistan non fu dovuta alla religione (l’essere musulmani era un’identità condivisa da quelle che furono le due parti del medesimo paese). La lotta per la separazione ed ultimamente la fondazione di un Bangladesh indipendente sono da collegare alla lingua, alla letteratura ed alla politica. Similmente la storia del mondo arabo, alla quale oggi un bambino arabo può potenzialmente far riferimento, include non solo i traguardi dell’Islam (per quanto rilevanti possano essere), ma anche i grandi traguardi

secolari degli Arabi in matematica, scienza, letteratura, in particolare degli arabi musulmani. Considerare la storia del popolo musulmano come nient'altro che la storia islamica è non solo una confusione concettuale ma sminuisce anche i traguardi poliedrici di individui a cui accade di essere musulmani ed oscura il fatto che l'essere musulmano non cancella le aspirazioni non religiose di una persona.

Concentrarsi soltanto sulla classificazione religiosa non significa soltanto perdere altri aspetti ed idee significative che muovono le persone, ma ha anche l'effetto di magnificare artificialmente la voce dell'autorità religiosa. I mullah vengono quindi trattati come i portavoce ex officio del cosiddetto "mondo islamico" anche se moltissimi musulmani sono in profondo disaccordo con ciò che viene proposto da un mullah o da un altro. La stessa cosa potrebbe dirsi di qualsiasi tentativo di comprendere i punti di vista ed i giudizi dei Cristiani, degli Hindu o degli Ebrei facendo affidamento su ciò che i loro presunti "lea-

der religiosi" dichiarano, quali portavoce del loro "greggi". La classificazione singola dà voce autorevole alle figure dell'establishment nelle rispettive gerarchie religiose, mentre altri oratori vengono messi a tacere e imbavagliati. Questo pregiudizio che ha effetti gravi, ha ricevuto grande incoraggiamento negli anni recenti dalla tendenza di molti governi occidentali a definire le persone semplicemente sulla base della loro religione.

Le identità di ciascun individuo hanno molte componenti diverse, legate alla nazionalità, alla lingua, all'ambiente, alla classe, all'occupazione, alla storia, alla religione, ai credi politici e così via. La storia del mondo arabo a cui oggi un bambino arabo può potenzialmente far riferimento non sono solo i traguardi dell'Islam (per importanti che siano), ma anche i grandi traguardi secolari in matematica, scienze e letteratura che sono parte integrante della storia araba. Anche oggi quando un matematico o uno scienziato in questa Università usa un "algoritmo", egli o

ella celebra inconsciamente l'innovatività del matematico arabo del nono secolo Alkhwazimi, dal cui nome deriva il termine algoritmo (il termine "algebra" viene dal suo libro "Al Jabr wa-al-Muqabilah"). Se all'attivista arabo scontento oggi viene data come unica fonte di orgoglio solo la purezza dell'Islam, piuttosto che la poliedrica ricchezza della storia araba, la priorità unica conferita all'eticità ed alla religione ha certamente giocato un grande ruolo in quella dissonanza intellettuale.

L'illusione di identità uniche gioca un ruolo importante nel fomentare la violenza nel mondo. La realtà di identità molteplici e la responsabilità della scelta richiedono un riconoscimento più completo. Le conseguenze sociali e politiche dell'ignorare questo concetto di base possono essere davvero esplosive.

Concludo col ringraziare ancora l'Università di Torino per la sua generosità e cortesia.

Amartya Sen

INVESTIGAZIONI CRISTIANA & BARBARA

L'AGENZIA AL FEMMINILE

ACCERTAMENTI INFELDELTÀ OVUNQUE
INVESTIGAZIONI RISERVATE
SERVIZI FOTOGRAFICI E FILMATI

RINTRACCIO PERSONE
OSSERVAZIONE GIOVANI
SERVIZI DI SICUREZZA

BODYGUARDS
CONCORRENZA SLEALE
TUTELA PERSONE

BONIFICHE PER AZIENDE E PRIVATI
ANTICRIMINE
RICERCA TESTIMONI

Consociate a Pinerolo-Rivoli-Susa • SEDE: C.so Re Umberto, 63 - Torino • Consulenze e preventivi gratuiti



GIORNO/NOTTE E FESTIVI: 335 5372624 / 335 6843635



Orario ufficio: 9-19

Tel. 011.5682648

e-mail: info@airit.it



Riflessioni

IL RITO CIVILE ORDINARIO E LE PRECLUSIONI IN MATERIA ISTRUTTORIA

Note minime anche tenuto conto di alcuni progetti di riforma

1. Non sono ancora trascorsi dieci anni dall'entrata in vigore della Novella del 1990 sul processo civile ordinario di cognizione¹ ed il legislatore – nel frattempo intervenuto, tra l'altro, con il significativo D.lg. 19 febbraio 1998, n. 51 sul giudice unico di primo grado – non appare ancora pago di nuovi interventi riformatori in materia. Dopo l'entrata in vigore il 1° gennaio 2004 della nuova disciplina sul contenzioso societario di cui al D.lg. 17 gennaio 2003, n. 5, fervono infatti ora i progetti volti ad una nuova ed organica riforma del rito civile².

Se si volessero individuare le tre principali novità – prescindendo dalla recente riforma del rito societario – che hanno più significativamente inciso sul rito ordinario civile di primo grado durante tale arco temporale, mi pare si possano indicare: (i) nell'adozione di un sistema di preclusioni tale da rendere l'introduzione e la trattazione della causa maggiormente organizzata ed idonea a consentire una decisione della

controversia in tempi più celeri; (ii) nell'aver reso la sentenza di primo grado di norma immediatamente esecutiva, così da un lato incentivando possibili transazioni anche dopo la conclusione del giudizio di primo grado e, dall'altro e per converso, disincentivando la proposizione di appelli meramente dilatori; (iii) nell'aver demandato la decisione, al di fuori di casi limitati, ad un unico organo monocratico.

E mi pare si possa, altresì, convenire che la prima novità sopra ricordata sia quella che ha immediatamente reso necessario un più repentino e radicale mutamento nelle consuetudini sino a quel tempo consolidate nel ceto forense.

Anteriormente alla l. 353/90, infatti, era l'udienza di precisazione delle conclusioni a segnare lo spartiacque tra la fase di trattazione e la fase di decisione della causa e, conseguentemente, sino a tale momento le parti erano legittimate ad introdurre in giudizio nuovi elementi, finanche di rilevanza istruttoria³.

Come ciò finisse per incidere in maniera determinante sulla durata del procedimento di primo grado è talmente evidente da non richiedere ulteriori rilievi.

L'introduzione di un sistema rigido di preclusioni ha voluto, pertanto, rappresentare un chiaro indirizzo di controtendenza, indirizzo che ha immediatamente determinato una reazione in una parte significativa degli avvocati.

Senza poter ripercorrere in questa sede nei dettagli il dibattito che ha condotto alle modifiche successivamente introdotte con la legge 20 dicembre 1995, n. 534, si può sinteticamente osservare come la disciplina finale delle preclusioni relative al rito ordinario di cognizione abbia assunto un assetto che è stato il frutto anche di un compromesso tra le varie istanze emerse nel corso del processo di riforma⁴.

E, anche alla luce di quanto precede e del faticoso percorso applicativo ed interpretativo compiuto in questi anni – su cui nel seguito ci soffermeremo avuto riguardo al tema delle preclusioni

¹ Prescindendo, infatti, dalla disciplina in materia di procedimenti cautelari, entrata in vigore il 1° gennaio 1993, la normativa sul rito ordinario di cognizione di cui alla l. 26 novembre 1990, n. 353 ha trovato applicazione ai soli giudizi instaurati successivamente al 30 aprile 1995.

² Cfr., per tutti e da ultimo, CHIARLONI, *Su alcune riforme e progetti di riforma, con particolare riguardo al disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile*, in Nuova Giur. Civ. Comm., 2004, n. 4, 498 e segg.

³ L'art. 184 c.p.c. nel testo anteriore alla l. 353/90, infatti, prevedeva che: "Durante l'ulteriore corso del giudizio davanti al giudice istruttore, e finché questi non abbia rimesso la causa al collegio, le parti, salvo applicazione, se del caso, delle disposizioni dell'art. 92 in ordine alle spese, possono modificare le domande eccezioni e conclusioni precedentemente formulate, produrre nuovi documenti, chiedere nuovi mezzi di prova e proporre nuove eccezioni che non siano precluse da specifiche disposizioni di legge".

⁴ Si può, peraltro, osservare come la ripartizione in due udienze (quella ex art. 180 c.p.c., e quella ex art. 183 c.p.c.) delle attività originariamente previste per la prima udienza sia stata successivamente recepita dagli operatori come sostanzialmente inutile, visto che il giudice nel corso della prima udienza si limita di fatto a verificare la regolare instaurazione del contraddittorio ed a concedere alle parti i termini per le successive memorie.



Torino. Arianna Enrichens

istruttorie – sorgono seri dubbi sulla opportunità di una nuova riforma del rito ordinario⁵.

Ciò soprattutto tenendo in considerazione che, con riferimento al tema della crisi della giustizia civile, tanto gli organi rappresentativi dell'Avvocatura, che quelli della Magistratura, da tempo concordemente evidenziano la necessità di interventi sulla struttura organizzativa e, quindi, di un significativo aumento delle risorse e non anche del ricorso a riforme processuali che, da sole, purtroppo non possono risolvere i mali del nostro processo.

2. Questa introduzione ci conduce a trattare ora il tema delle preclusioni istruttorie nel rito ordinario di cognizione come attualmente disciplinato, prima di ritornare successivamente con

qualche cenno ai nuovi progetti di riforma a cui prima abbiamo fatto riferimento.

Essendo stati a lungo abituati – come abbiamo in precedenza ricordato – ad un rito che consentiva l'introduzione di nuove istanze istruttorie, così come la produzione di nuovi documenti, sino all'udienza di precisazione delle conclusioni, il cambiamento che la Novella del 1990 ha imposto agli operatori del diritto non è stato di poco conto.

Ai più era, comunque, apparso chiaro che, successivamente all'udienza di prima comparizione ed alla prima udienza di trattazione, le parti comparse dinanzi al giudice istruttore potessero – ai sensi del riformato art. 184 c.p.c. – formulare istanza per l'assegnazione di un primo termine per la

produzione di documenti e la deduzione di mezzi di prova, nonché di un successivo termine per l'eventuale indicazione di prova contraria. E ciò a prescindere dalla circostanza che nei precedenti scritti difensivi fossero state già dedotti mezzi istruttori, ovvero prodotti documenti.

Tra i principali argomenti in favore di tale interpretazione si è correttamente rilevato che:

(a) le ipotesi di nullità e decadenza sono tassative e, nel caso in esame, nessuna nullità o decadenza viene ricollegata dal legislatore alla mancata indicazione di mezzi di prova negli atti introduttivi del giudizio;

(b) la formulazione dell'art. 184, comma 1°, c.p.c. risulta differente rispetto a quella dell'art. 420, comma 5°, c.p.c. il quale limita l'ammissione di

⁵ Vedi CHIARLONI, Op. Cit., pag. 498, secondo cui: "Costringere gli operatori a duri sforzi d'approfondimento di norme che, quanto più viziate da furore analitico, tanto più s'intrappolano in problemi interpretativi difficili da districare serve solo ad aumentare la confusione".

nuovi mezzi di prova nel corso dell'udienza di discussione nel processo del lavoro al caso in cui le parti non li abbiano potuti proporre prima.

Avendo riferimento alla giurisprudenza di merito, il menzionato orientamento non è, peraltro, stato privo di pronunce contrarie, ovverosia di sentenze – pur minoritarie – che hanno sanzionato la decadenza della parte che, per la prima volta in sede di memoria *ex art.* 184 c.p.c., avesse formulato istanze istruttorie senza che ciò fosse giustificato dall'avvenuto ampliamento del *thema decidendum* con le memorie *ex art.* 183, ultimo comma, c.p.c.⁶

Tra gli argomenti spesi a favore dell'ipotesi restrittiva accennata si possono ricordare:

(A) innanzitutto, la valorizzazione

della riforma dell'art. 111 Cost. nella parte afferente la ragionevole durata del processo. E, alla luce di tale principio costituzionale, si afferma che dovrebbe conseguentemente sempre preferirsi *“l'interpretazione della legge processuale coerente con l'obbiettivo costituzionale ricordato (razionalità, celerità ed economicità della trattazione in senso lato), come del resto insegna lo stesso Giudice delle leggi”*.

(B) in secondo luogo, pur riconoscendo l'identità sotto il profilo in esame degli attuali artt. 163, comma 2°, n. 5 e 167, comma 1°, c.p.c. rispetto alle formulazioni ante riforma, si ritiene che la prescrizione secondo cui gli atti introduttivi devono contenere l'indicazione dei mezzi di prova riceva *“ora nuova linfa che impedisce di accedere a*

soluzioni ‘deboli’, nascoste dietro l'apparente mancanza di espressa sanzione decadenziale”;

(C) inoltre, l'interpretazione restrittiva proposta troverebbe *“preciso conforto formale nel novellato art. 184 c.p.c. da cui si evince che il termine fissato da questo giova solamente per ampliare il thema probandum, già sciorinato dalle parti nella citazione e nella comparsa. In effetti, l'art. 184 assume valore propulsivo lì dove, limitatamente alle prove costituenti, ammette le parti non già alla formulazione dei mezzi di prova tout court bensì dei soli «nuovi mezzi di prova»”*;

(D) infine, viene considerato indice significativo dell'esistenza di un chiaro limite all'ammissione dei mezzi di prova non dedotti tempestivamente

⁶ Per tutti i riferimenti di giurisprudenza, mi permetto di rimandare al mio lavoro, *“Deduzioni istruttorie e relativo limite preclusivo nel processo ordinario di cognizione. Nuove incertezze della giurisprudenza di merito e primo intervento della Suprema Corte”*, in *Giur. It.*, 2003, pagg. 487 e segg.



negli atti introduttivi del giudizio l'intervenuta abrogazione dell'art. 244, ultimo comma, c.p.c., "che attribuisce al giudice la facoltà di assegnare un termine perentorio non solo per l'integrazione ma anche per la «formulazione» delle indicazioni probatorie".

Nell'ambito del ricordato contrasto interpretativo della giurisprudenza di merito – certamente foriero di pericolose incertezze e di dubbi applicativi di non poco conto – ha, quindi, assunto particolare rilevanza l'intervento della Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 16571 del 25 novembre 2002, ha aderito alla tesi più liberale.

In particolare, la Suprema Corte nella ricordata pronuncia – oltre ai richiamati argomenti sub (a) e (b) – ha affermato con chiarezza che:

(i) nel nuovo processo civile, la facoltà delle parti di chiedere nuovi mezzi di prova deve essere esercitata, a pena di decadenza, formulando l'istanza di assegnazione del termine per le ulteriori deduzioni istruttorie di cui all'art. 184, comma 1°, "in un momento ben preciso, che va individuato nel momento in cui si conclude la fase di trattazione preparatoria e si apre, senza soluzione di continuità, la fase istruttoria (ovvero si verifica l'immediato passaggio alla fase decisoria, ai sensi dell'art. 187)";

(ii) contrariamente a quanto ritenuto dall'orientamento restrittivo ricordato, nel corso dell'udienza di trattazione le parti hanno facoltà di indicare mezzi di prova del tutto "nuovi" – "e ciò avverrà nel caso in cui provvedano ad ovviare a precedenti omissioni, come è loro consentito, poiché nessuna sanzione è prevista nel caso di mancata formulazione dei mezzi di prova nell'atto di citazione e nella comparsa di risposta" –, ovvero mezzi di prova "ulteriori e diversi" rispetto a quelli già articolati, la cui deduzione "non è condizionata dall'effettiva emersione di novità nella udienza di trattazione";

(iii) la facoltà delle parti di chiedere l'assegnazione di un termine per nuove deduzioni istruttorie deve essere esercitata nella prima udienza di trattazione (ovvero nel corso della sua prosecuzio-

ne disposta ex art. 183, 5° comma, c.p.c.), in coincidenza con la conclusione della fase di definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum* ed il passaggio, senza soluzione di continuità, alla fase istruttoria.

Pur essendo chiaro che il precedente nel nostro sistema giudiziario non ha la stessa valenza che nei sistemi di *common law*, è peraltro evidente che – tenendo conto dell'indubbia funzione di indirizzo nella corretta interpretazione della legge esercitata nel nostro ordinamento dalla Suprema Corte – c'è da augurarsi che la pronuncia ricordata venga tenuta in debito conto dai giudici di merito, senza che si determini un nuovo periodo di incertezze e dubbi interpretativi su un punto davvero delicato nello snodarsi delle articolazioni del rito ordinario di cognizione.

3. Quanto abbiamo precedentemente ricordato sulle preclusioni in materia istruttoria all'interno del rito ordinario di cognizione ci sollecita una riflessione finale sui nuovi progetti di riforma.

Il progetto redatto da una Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Romano Vaccarella ed il d.d.l. n. 2430 approvato il 23 ottobre 2003 per la riforma del codice, infatti, nel ridisegnare – la struttura del rito ordinario di cognizione intervengono, e significativamente anche, sulla fase preparatoria del processo e, nel fare ciò, individuano un sistema di preclusioni e decadenze – ivi incluse quelle istruttorie – certamente innovativo rispetto alla disciplina attualmente in vigore.

Non è possibile in poche righe affrontare un tema di tale ampiezza, ma qualche spunto al lettore può forse essere offerto.

Chi ha avuto occasione in questi mesi di praticare il nuovo rito societario si sarà formato un'idea su quello che potrebbe essere domani il nuovo rito ordinario di cognizione.

E, pur non volendo prescindere dalla giusta osservazione – secondo cui è difficile una prognosi circa l'applicazione della disciplina relativa al rito ordinario di cognizione come tratteggiata dai nuovi progetti di riforma semplicemen-

te prendendo spunto dalla breve esperienza applicativa del nuovo contenzioso societario, anche viste le peculiarità del medesimo⁷ – il dato che appare assolutamente disarmonico rispetto alla tradizione ed all'esperienza recente del nostro processo civile è quello che vede una sostanziale "distanza" del giudice durante la delicatissima fase che porta alla definizione del *thema disputandum*.

Dall'introduzione del processo, mediante la notificazione dell'atto di citazione, sino al momento in cui una o entrambe le parti decidono di presentare l'istanza per la fissazione dell'udienza – infatti – la dialettica si sviluppa esclusivamente tramite lo scambio di scritti tra le parti.

Sul tema, poi, delle preclusioni, la previsione di un sistema in cui l'intervenuta decadenza possa essere in linea di principio dichiarata soltanto su eccezione della parte interessata, da proporsi nella prima istanza o difesa successiva, rappresenta un novità la cui finalità – nell'ottica di un miglioramento del processo civile – appare, invero, difficile comprendere.

Si osservi, infine, che mentre la Novella del 1990 aveva chiaramente voluto imprimere un'accelerazione al processo imponendo alle parti una scansione chiara di atti e di decadenze (rilevabili d'ufficio), così da evitare quanto si era verificato sotto il vigore della normativa previgente, nei progetti di riforma la trattazione avviene tramite scambi di atti scritti (ad ognuno dei quali si ricollegano specifiche decadenze e preclusioni) entro un termine che si prevede come minimo e non come massimo.

L'immaginare che un tale meccanismo – per la semplice circostanza che le preclusioni e decadenze possono anche intervenire prima per effetto della richiesta di fissazione dell'udienza presentata da una delle parti – finisca per determinare un circolo virtuoso e migliorativo rispetto all'attuale appare, ad avviso di chi scrive, forse eccessivamente ottimistico.

Gianandrea Giancotti

⁷ Cfr. CHIARLONI, Op. Cit., 498.



Riflessioni

ANCORA SULLA LEGGE “SALVA-EMBRIONE”

Vale interrogarsi ulteriormente sulla l. 40/2004. I sentimenti confusi e contrapposti che essa suscita nascono in gran parte dal legame intercorrente fra le tecniche di procreazione e lo sviluppo scientifico: una realtà che accosta il trattamento dell'infertilità alla possibilità di utilizzare le cellule staminali per la riparazione di organi malati in nome di quella che ormai viene chiamata “medicina rigenerativa”. Di qua la confusione che porta a guardare all'embrione (che è quel composto di cellule date dall'incontro tra ovocita e spermatozoo) da due diversi punti di vista.

Il nostro legislatore dimostra, attraverso la legge, di avere sull'argomento un solo punto di vista: difendere l'embrione sempre e comunque, introducendo in termini ossessivi, attraverso divieti a priori e vincoli assoluti, la salvaguardia di quelle cellule che la Chiesa Cattolica fa coincidere con la nascita dell'individuo. Contro i dettami della Corte Costituzionale, la quale, richiamando l'art. 2 della Costituzione ha invece stabilito (V. sentenza n. 27 del 1975) che “l'embrione deve ancora diventare persona”.

Da questa irriducibile tutela dell'embrione discendono tutti i limiti della legge. Essa per altro, imponendo a chi intende ricorrere alla prevista procreazione medicalmente assistita severe pratiche cliniche e biologiche come il divieto di congelare gli embrioni, l'obbligo di trasferirli tutti e comunque, il divieto di ritirare il consenso all'impianto dopo che gli embrioni sono stati creati, obbliga la donna a sottoporsi a

più stimolazioni ormonali per gli ovociti necessari. Ciò che torna lesivo per la sua salute.

Ancora una volta la l. 40 nel conferire una tutela prevalente all'embrione rispetto alla salute della donna manifesta in tutta la sua evidenza, anche sotto quest'aspetto, una grave violazione della Costituzione secondo la quale (V. art. 32) “la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo”. Bastano questi argomenti per fare della Legge c.d. “salva-embrione” o “embriocentrica” un prodotto inaccettabile che ferisce la laicità dello Stato.

Dal punto di vista socio-politico il discorso sulla fecondazione assistita che importa regole di convivenza tra persone di convinzioni diverse si fa molto più complicato. È necessario che al contesto sociale sia dato discutere la portata di certe discipline che intendono proiettarsi nei secoli a venire. Ad esse il nostro legislatore guarda con preoccupazione. Tutto l'impianto della legge 40 si regge su due principi: uno è quello per cui si è proibito l'inseminazione eterologa (V. art. 4 n. 3); l'altro è quello per cui si scoraggia l'accesso a qualsiasi tecnica di riproduzione assistita. (Basterà in proposito leggere le meticolose prescrizioni richieste all'art. 6 che condiziona in termini stretti il consenso informato dei soggetti interessati alle tecniche procreative ammesse). Certamente l'inseminazione artificiale (omologa o eterologa che sia) non è cosa da niente. Essa è un artificio. Un artificio che può segnare il destino del mondo. La paro-

la “destino” non è fuori luogo: “Si è sempre fatto di tutto per fare l'amore senza fare bambini, ora si vorrebbe fare di tutto per fare bambini senza fare l'amore”. La battuta comica contiene delle verità che tradiscono una vera rivoluzione simbolica.

La sottrazione della procreazione alla sessualità, la fecondazione umana manipolata fino al punto da portare l'embrione fuori dal corpo materno, sono gesti che, attingendo allo scenario della vita, determinano in effetti lo sconvolgimento di quello che nei secoli è stata la nascita dell'essere umano.

Bambini che nascono con il sesso a comando; donne già malate (magari anche di tumore!) che a guarigione avvenuta (!?) intendono ricevere il rimpiantamento di ovuli congelati in precedenza; madri che generano figli di uomini sconosciuti; uomini che generano figli che non incontreranno mai; donne che accolgono nei loro corpi figli destinati ad altri; figli concepiti e nati dopo la morte di uno o l'altro dei loro genitori; la costruzione di una madre genetica (che fornisce l'uovo da fertilizzare), di una madre gestazionale (che è la proprietaria dell'utero in cui l'embrione viene impiantato) e di una madre sociale (che è colei che nutre e cresce il bambino), sono tutte ipotesi scientificamente possibili che lasciano sgomenti.

Alla luce di questo cataclisma non del tutto immaginario siamo così sicuri di poter chiamare “barbara” la l. 40/2004, che, pur proclamando di tener presente le speranze di aspiranti

genitori infelici per i loro problemi di sterilità o infertilità (ma anche la fecondazione assistita crea sofferenze!), mantiene fermo il divieto di ogni pratica di fecondazione eterologa? Possiamo veramente lamentare che con questo divieto il nostro legislatore venga meno agli intendimenti di una legge che si propone come finalità quella, modesta, di “favorire” le soluzioni di difficoltà riproduttive senza superbamente assumersi la parte di Dio? Fin dove la cura dell’infertilità va delegata a un legislatore che a sua volta si vede obbligato a rimettersi alle “stregonerie dei facitori di madri”? Possiamo abbandonare le redini del divenire sul collo non tanto della scienza quanto della tecnologia fino ad affidare alla stessa la manipolazione del materiale aurorale? Lasciare che il materiale aurorale, alienato dalla sua appartenenza originaria, diventi una merce amministrabile dalle leggi del mercato? In quale contesto si collocherà “il nascere” quando dietro la protezione della c.d. oggettività scientifica, si consentirà alla tecnologia l’occasione di scegliere e di utilizzare lo spermatozoo più vitale, l’ovocita di più bello aspetto, il pre-embrione senza tare genetiche? Dunque è ragionevole chiedersi se il legislatore deve vietare le tecniche eterologhe? Oppure contro un così drastico e assoluto divieto vanno rivendicati da parte di cittadini di uno Stato laico quei diritti di libertà che dovrebbero essere rimessi alla coscienza di ciascuno?

Interrogativi seri che si pongono filosofi accreditati. Jurgen Habermas, ad esempio, nel suo illuminante saggio “Il futuro della natura umana: i rischi di una genetica liberale” dà un profondo respiro culturale al dibattito sulla universalità antropologica. Filosofi come Habermas non si preoccupano degli anatemi avanzati dai Prefetti Vaticani delle Congregazioni della Fede. Tuttavia ci mettono in guardia dai pericoli di una eugenetica selettiva sulla razza umana. Si potrebbe obiettare tuttavia che certi pericoli sono attenuabili attraverso norme specifiche

emesse da un Parlamento informato ed attento.

Il problema è spinoso. Tenuto conto che alcune basi su cui non solo Habermas fonda le sue cognizioni sul diritto del mondo ad un patrimonio genetico non manipolato sono sorprendentemente contigue a certi orientamenti della più moderna psicanalisi.

Gli psicanalisti, ben lontani dall’interessarsi dell’aspetto procreativo del matrimonio, considerano un non senso la nascita pilotata di un essere umano. La nascita dovrebbe essere frutto di desideri inconsci non padroneggiabili: il linguaggio del corpo va rispettato. Not over my body è il principio che dovrebbe presiedere ad ogni concepimento: il concepimento è “il primo nostro luogo”. Gli psicanalisti criticano l’immaginario scientifico che si è sviluppato sull’onda di un mondo esteriore e si chiedono come l’immaginario scientifico abbia potuto indurre i loro pazienti a confondere “il desiderio” (in senso psicanalitico), con “il bisogno”, (concetto di carattere economicistico) e come un falso richiamo alla felicità possa sedurre tante persone fino a portarle ad alienare la loro sessualità, sottoponendosi ad automanipolazioni per la fornitura del seme e costringendo la donna a pratiche quasi veterinarie per l’annidamento. E ancor più gli psicanalisti lamentano come sia stato fatto di tutto per offuscare il dubbio che una diagnosticata sterilità possa essere attribuita a cause non ginecologiche, secondo ragioni che potrebbero invece attenersi a fenomeni di sterilità somatizzate. Come è per la leonessa: feconda nella savana, sterile nello zoo.

Ma c’è di più. Nella mutazione culturale prodotta dalla biotecnica si anniderebbe, secondo gli psicanalisti, un altro pericolo che non riguarderebbe soltanto la sfera riproduttiva. La biotecnica riproduttiva, introducendosi nell’immaginario sociale, potrebbe pericolosamente compromettere “la simbolizzazione della nascita”. Al posto del mondo della luna, dei cavoli

e delle cicogne, il mito della nascita, profanato dalla provetta di un manipolatore a pagamento, verrebbe pericolosamente deprivata del suo contorno fantasmatico. La nascita magica, misteriosa di un bambino non proverebbe più l’unione di un uomo e di una donna: diventerebbe il risultato biologico della combinazione di materiale prodotto talvolta da terzi estranei e sempre comunque da terzi estranei assemblata.

All’immagine individuale che si interroga sul segreto dell’origine, si sostituisce l’immagine pre-formata di uno strumento ospedaliero dove l’appartenenza dei gameti è una questione tecnica, destinata sovente a diventare anche una questione giuridica.

E per stare nel tema c’è da riflettere sulla difesa dell’identità del concepito, come soggetto coinvolto. Il diritto all’identità di un possibile nascituro voluto ad ogni costo, anche a costo di utilizzare, come si vorrebbe da parte di chi rivendica il diritto di una procreazione eterologa, embrioni di ignoti è argomento su cui merita meditare.

Se è vero che secondo i principi generali del nostro ordinamento “la capacità giuridica si acquista con la nascita”, è sostenibile che come “il concepito” è tutelato dal nostro legislatore in campo successorio a maggior ragione dovrebbe essere tutelato quando ne vada di mezzo, bene fondamentale, la “sua identità”.

Come spiega Giovanni Jervis nel suo libro “La conquista dell’identità”, l’identità della persona è una realtà da non lasciare al caso. Essa si riferisce ad ogni soggetto che, come tale, detiene il diritto alle proprie radici. Destinato altrimenti a diventare un “deracine”. “La mia identità personale - scrive Jervis - è la mia “collocazione”. Non si ripeta l’errore della l. n. 184/83 sull’adozione con la quale “si imponeva” all’adottato di ignorare il suo passato “impedendogli” di conoscere i genitori autentici. Con la nuova legge sull’adozione (l. 149/01) si riconosce oggi all’adottato “il diritto di

sapere”. Il che non esclude che l’adottato ami e venga riamato autenticamente dai genitori di acquisto. La conoscenza della propria collocazione “fra gli altri” non ha nulla a che vedere con l’amore “per gli altri”. La memoria di sé rappresenta il fondamento di una identità che si basa sulla conoscenza e non sulla rimozione.

La rimozione e la dimenticanza agiscono negativamente sulla psiche di un soggetto perfino predisponendolo a disturbi mentali.

Ronald David Laing scrive “il bambino che nasce (o che potrebbe nascere) senza sapere chi sono i suoi veri genitori o se arriva a scoprire che quelli che riteneva i suoi veri genitori non lo sono, resta per sempre coinvolto in una crisi che attiene al senso della sua identità”.

La tutela del diritto all’identità del concepito, tutela prevista indirettamente all’art. 1 della l. 40/2004 e ampiamente di-spiegata nell’attinente Relazione Parlamentare, sia dunque ben accetta in presenza di un concepito - per forza attraverso una manipolazione accettata - per forza da una madre che vuole un bambino - per forza dove “il diritto al figlio” si scontra con “il diritto del figlio”.

Ben venga dunque un Referendum che dia visibilità pubblica alle molte dimensioni del caso e che obblighi i cittadini ad interrogarsi su questioni di così profondo significato.

Si vogliono soprattutto vigili le donne più esposte alla medicina dell’impossibile. Il corpo della donna, sul quale sembra iscriversi la dimensione del futuro, viene trasformato oggi in un laboratorio aperto, comunque ancora una volta in un campo di battaglia dove si scontrano forze politiche, autorità, ideologie. Il gioco della fecondazione assistita fra scienza ed etica è in mano alle donne. La donna è la portatrice del potere generante. Freud dice “il padre è colui che possiede sessualmente la madre e i figli come proprietà”. Anche senza fare del padre un semplice funzionario della specie è certo che padre si diventa attraverso l’anagrafe. Non si

nasce padre insieme ai propri figli, come invece capita alla donna che diventa madre in quella felice, straordinaria folgorazione di consapevolezza e di certezza che è il parto. “Il grembo è tutto”.

Ma che sia un grembo consapevole. Perché in tema di consapevolezza la donna, impegnata nei secoli a partorire tutti i bambini del mondo, stenta a partorire consapevolmente se stessa. Prima di cedere alle blandizie della tecnica vedano le donne di liberarsi dalle interpretazioni esterne che la incatenano all’immagine stereotipata della cosiddetta “donna normale”. La infertilità non è una malattia. È un caso. Talvolta un sintomo. E la biologia è un destino. Il desiderio esasperato di maternità (quello che consegna la donna alla prosopopea della tecnica) è legato a criteri di normalità/anormalità che fanno parte di un sistema sociale modificabile dove la infertilità non deve diventare per la donna una camicia di forza. Liberarsi da certi criteri sociali (dove “il fare bambini” continua ad essere considerata una esigenza fondamentale della coppia), fa parte del processo di liberazione della donna. La donna, portatrice di un potere generante oggi condizionato da una cultura dove le leggi di mercato e la moda la fanno da padrone, si faccia soggetto politico di una diversa pratica ispirata al concetto di autodeterminazione. Avere figli va di moda. Oggi è un segno di potere secondo l’opinione corrente che induce la donna che non partorisce alla negazione di sé. L’augurio è che la donna, sia che sia madre sia che non lo sia, sia fertile comunque. E comunque “sia”. Sia la sua prima fertilità quella che va nella direzione primaria della ricerca di sé come soggetto cosciente e pensante. Primariamente non permettere che “il desiderio” di un figlio diventi “un bisogno” strappa-viscere. Il mondo femminile rifiuti, a tutela della propria salute, anche mentale, la mistica della maternità predicata nei secoli dalla Chiesa.

La retorica paternalistica che discende dalla mistica della maternità, (propagandata anche da certi regimi!), ha costruito per la donna che non realizza l’aspirazione alla maternità naturale delle vere trappole. E suggerire in alternativa alla maternità l’adozione o altre forme di aiuto ai bambini poveri, abbandonati ecc... discende da una visione decadente della realtà dove le proposte alternative alla maternità biologica nascondono per la donna un vuoto di proposte. La stessa l. 40 che impone (V. art. 6), nell’ambito del consenso informato, di prospettare alla coppia in alternativa a una pratica di inseminazione, la possibilità di ricorrere alle procedure di adozione o di affidamento (quasi che sia facile passare dal desiderio di un figlio biologico a quello di un figlio adottato) mostra una preoccupante impreparazione psicologica da parte dei nostri legislatori.

Oggi le donne hanno molti modi per spendersi nella vita, senza mimetizzarsi nei ruoli fin’ora previsti, in linea con quel mondo dove a ciascuno è dato, su diversi piani, anche in termini minimali, l’occasione di fare storia non per ripetere ciò che è già accaduto ma proprio per non ripeterlo.

Parlino le donne dunque. E in proprio. Parlino in modo che, preziosa moneta di scambio, una possa imparare dall’altra. Fuori dalla politica ufficiale. O meglio, anche all’interno della politica ufficiale, ma con “proposte fuori”.

E soprattutto operino le giuriste, le parlamentari, alle quali con modalità nuove spetta di usare il diritto per produrre nuovi diritti. Con figli o senza figli rendano visibile nei luoghi dove si fa giustizia, dove si fanno le leggi e dove esse si applicano, senza timore di non essere all’altezza del “modernismo”, la libertà femminile che consiste nel trasformare una condizione in qualche modo imposta in una occasione di liberazione e di intraprendenza personale.

Romana Vigliani



Professione Avvocato

CASSA FORENSE. CONSIDERAZIONI E QUESITI AI NUOVI DELEGATI

Nel dicembre 2003 La Paziienza (n. 81) ha riservato uno spazio, importante per i contenuti, alla Cassa Forense, segnalando l'attualità delle problematiche riguardanti i sistemi previdenziali in generale e, in particolare, la centralità delle questioni relative al loro finanziamento.

L'interesse degli avvocati era stato attratto negli ultimi anni da alcuni aspetti riguardanti l'approccio tecnico-gestionale degli organismi rappresentativi. Per questa ragione i rappresentanti eletti in Piemonte erano stati invitati ad esprimere la loro opinione su quattro quesiti riguardanti, appunto, la gestione finanziaria dei fondi della Cassa.

La Paziienza, rimarcando ancora una volta l'attenzione che il Consiglio dell'Ordine di Torino ha manifestato su queste problematiche, preso atto delle opinioni espresse dai rappresentanti uscenti e da chi aveva in precedenza ricoperto l'alta carica di Presidente, ritiene di comune interesse rinnovare l'invito ad esprimere un'opinione agli attuali esponenti piemontesi del Comitato dei delegati, al fine di mantenere vivo il dibattito su tematiche che possono essere definite di transizione e che, sicuramente, interessano i giovani professionisti più ancora che quelli titolari di una già consistente anzianità contributiva.

Come noto, i nuovi delegati sono gli Avvocati Marco Casavecchia, Roberto Cecchin, Adriano Lesca e Marco Ubertini, ai quali vengono proposti i quattro quesiti che seguono.

1) Alcune deliberazioni consiliari

della Cassa, in particolare riguardanti immobilizzazioni di titoli azionari, hanno destato "perplexità" nel Collegio Sindacale (es. relazione sul conto consuntivo del bilancio chiuso al 31/12/2001), che ne ha segnalato la "non omologabilità con i fini istituzionali della Cassa".

Ritieni comunque che la Fondazione sia legittimata ad intraprendere attività ulteriori rispetto alla previdenza, anche integrativa, e all'assistenza, cioè al di là di quelli che vengono generalmente ritenuti i fini istituzionali?

2) Il Collegio Sindacale ha segnalato altresì la crescente consistenza dei costi per iniziative motivate come promozione d'immagine, convegni, oneri di rappresentanza. L'osservazione è stata ripresa, pur senza pervenire ad una espressa censura, dalla Corte dei Conti (Sezione di controllo sugli Enti).

Qual è la Tua opinione?

3) Un rapporto CeRP del febbraio 2003 sulla sostenibilità finanziaria di lungo periodo e sull'equità del sistema pensionistico della Cassa Forense, realizzato da professionisti di riconosciuta alta professionalità, ha concluso la sua ricerca affermando: "Guardando con l'ottica della stazionarietà di lungo periodo, il disegno previdenziale della Cassa Forense non appare finanziariamente sostenibile".

Condividi la necessità di una riforma che sostituisca l'attuale sistema a ripartizione con un sistema misto di capitalizzazione e ripartizione?

4) È stata ventilata l'ipotesi di una

modifica statutaria che comporterebbe la rieleggibilità del Presidente e del Comitato dei Delegati per tre mandati.

Che cosa ne pensi?

Risposte ai quesiti

A) Avv. Pietro Cecchin

1) No; sono assolutamente contrario che vengano utilizzate risorse provenienti dalla "contribuzione obbligatoria" per fini non istituzionali.

Scopo e funzione della CASSA è e deve rimanere quello di garantire una giusta pensione a chi l'abbia maturata versando correttamente equa contribuzione.

2) A mio avviso la CASSA non ha bisogno di promuovere la propria immagine (al pari di altri enti previdenziali pubblici e/o privati).

Sono convinto che il denaro sino ad oggi speso, a tale apparente fine, non sia servito solo a "far conoscere" la CASSA ma anche a promuovere l'immagine di qualche persona.

Ritengo che alcune spese di rappresentanza siano comunque necessarie.

Mi piacerebbe che esse fossero contenute nei minimi.

Alcuni (ma pochi) convegni potrebbero essere utili ove fossero realmente finalizzati alla discussione e all'analisi, nel confronto di tecnici ed esperti, di strategie ed iniziative volte a far funzionare al meglio la ns. CASSA.

3) Attualmente il sistema è prevalentemente, anzi, quasi esclusivamente "a ripartizione".

Il rapporto del CeRP, nell'individuare alcune debolezze di detto sistema suggerisce ed indica le necessarie riforme.



Torino. Arianna Enrichens

La questione è delicata e complessa. Penso che gli Organi della Cassa debbano mettersi al lavoro, al più presto, per por mano alla riforma che, a mio avviso, dovrebbe compiersi sostituendo l'attuale sistema "a ripartizione" con quello misto "a capitalizzazione e ripartizione".

È opportuno che l'equilibrio tra i due sistemi debba essere individuato dai tecnici i quali dovranno fornire una rappresentazione il più possibile esatta dalle varie soluzioni applicabili.

È possibile infine che sia necessario rivedere anche i criteri di calcolo delle pensioni con il passaggio ad un sistema "contributivo secco", mettendo in discussione quello che è stato definito il patto tra generazioni che ha, sino ad oggi, costituito il fondamento della nostra Previdenza.

4) Sono contrario al "terzo mandato" e ritengo che non sia stato corretto (solo per usare eufemismo) che il Comitato dei Delegati, in regime di prorogatio, abbia deciso la modifica statutaria che aumenta sino a tre volte consecutive la possibilità di essere eletti.

Occorre ritornare al doppio mandato.

Come ho affermato nella lettera inviata ai Colleghi dei c.d. Tribunali minori, "è necessaria una corretta rotazione negli incarichi, i quali vanno assunti con spirito di servizio che sempre dovrebbe contraddistinguere le nomine associative".

B) Avv. Marco Ubertini

1) Sono sempre stato contrario all'allargamento dell'attività della cassa a settori, seppur limitrofi e colla-

terali, diversi da quelli strettamente istituzionali.

Osservo peraltro che le modifiche recentemente apportate all'art. 2 dello statuto, definitivamente approvate con Decreto interministeriale 23 dicembre 2003 e sulle quali sia l'Ordine di Torino che l'Unione Regionale Piemonte e Valle d'Aosta si erano espressi negativamente, ha ricompreso tra gli scopi della Cassa attività, quindi "l'attuazione o partecipazione a iniziative preordinate allo sviluppo culturale ed alla sicurezza sociale degli avvocati", che poco hanno a che fare con le attività comunemente ritenute "strettamente istituzionali", con ciò formalmente legittimando attività ed iniziative abusivamente realizzate anche nel passato recente con l'impiego di non scarse risorse economiche.

2) Ho sempre condiviso la posizione

di quel ristretto numero di delegati, tra i quali i Colleghi Pacchiana e Bellato, e le censure degli Ordini subalpini, che contestavano come illegittime, e comunque eccessive ed abnormi, le spese per iniziative motivate dalla promozione di immagine o per convegni che coi fini istituzionali della cassa ben poco avevano a che fare.

Ritengo quindi più che fondati i rilievi del collegio sindacale e troppo timida la presa di posizione della Corte dei conti; prova ne sia che, per porvi seppur parziale rimedio, il Comitato dei delegati ha dovuto modificare, a maggioranza semplice, e contro il parere dell'Unione regionale Piemonte e Valle d'Aosta, l'art. 2 dello statuto.

Ritengo ancora che la previsione del gettone di presenza, oltretutto eccessivo, per i delegati e per i membri di commissione contrasti con quello spirito di servizio che deve animare chiunque pretenda di rappresentare i colleghi negli organi sia istituzionali che associativi.

È infine mia personale opinione che lo "sconfinamento" delle iniziative ed il crescente aumento dei costi sia stato, e sia ancora, il frutto avvelenato dell'affermazione della Cassa come "terza gamba dell'Avvocatura" col Consiglio Nazionale Forense e con l'Organismo unitario, uscita dal XXIV Congresso Nazionale Forense di Trieste: con l'aggravante della preponderante, e quasi discrezionale, disponibilità economica.

3) Non solo è dato ormai pacifico e riconosciuto che il sistema previdenziale adottato dalla nostra Cassa non è finanziariamente sostenibile ed è destinato ad andare in crisi, a partire dal 2027, allorché le entrate contributive non saranno più in grado di coprire le uscite per prestazioni, ma si va facendo strada l'opinione che neppure un sistema misto di capitalizzazione e ripartizione, destinato comunque a "mettere le mani nelle tasche" dei colleghi, sia sufficiente a risolvere la questione; lo stesso CeRP sostiene, ad esempio, la necessità di una riforma più radicale col passag-

gio diretto al sistema contributivo secco.

La soluzione del problema, definita dalla stampa vera e propria "quadratura del cerchio" e fonte di preoccupazioni più che fondate dei colleghi più giovani, rischia di mettere in discussione quel patto tra generazioni che da sempre è pilastro fondamentale del nostro sistema previdenziale: sarà il primo e più urgente banco di prova per i delegati neoeletti.

4) Ormai la modifica statutaria è stata fatta prevedendo, (nuovo articolo 9), che il **Presidente**, anziché durare in carica 4 anni con possibilità di essere rieletto una sola volta consecutivamente, duri in carica 2 anni ma con possibilità di essere rieletto non più di due volte consecutivamente; quanto al **Comitato dei delegati** il nuovo art. 13 prevede che i componenti del Comitato, ferma la durata quadriennale, siano rieleggibili non una ma due volte consecutivamente.

Non ho approfondito le vere ragioni delle modifiche; quello che so è che, grazie alle norme modificate, non pochi delegati hanno potuto essere rieletti e che il presidente potrà ricandidarsi alla carica: forse sarebbe stato più opportuno, anche a scampo di cattivi pensieri, prevedere in via transitoria l'inapplicabilità delle norme nuove a coloro che le hanno prima proposte e poi votate.

C) **Avv. Marco Casavecchia**

1) No.

2) La Cassa non ha alcun bisogno di sponsorizzazioni. Nulla deve essere speso per tali iniziative.

3) Non conoscendo il rapporto CeRP del febbraio 2003 nulla possa dire in proposito.

4) Sono contrario a rielezioni del Presidente e del Comitato dei Delegati per tre mandati.

D) **Avv. Adriano Lesca**

1) No.

2) Poiché la Cassa è un ente al quale per legge, e ricorrendo determinate condizioni, debbono essere iscritti tutti gli avvocati, e tanto i contributi quanto

le prestazioni sono stabilite per legge, non vi è alcuna ragione di spendere anche solo un Euro per spese dirette alla "promozione dell'immagine" della Cassa stessa.

Per quanto concerne gli oneri di rappresentanza, essi sono in parte ineliminabili, ma vanno ridotti al minimo indispensabile.

3) Già oggi secondo qualcuno il sistema è misto, sia pure con prevalenza della ripartizione.

In verità il problema non è di facile soluzione, perché sia il sistema a capitalizzazione che quello a ripartizione comportano degli inconvenienti.

Quindi il comitato dei delegati per decidere deve ottenere dai tecnici una rappresentazione, per quanto possibile convincente, delle varie soluzioni possibili e delle conseguenze di ognuna di esse.

Tutt'altro discorso è quello che concerne i criteri di calcolo delle pensioni. Quale che sia la quantità di denaro da ripartire fra gli aventi diritto, quantità dipendente da molti fattori, una cosa è certa.

Si deve passare con la massima celerità ad un sistema di calcolo che rispetti la proporzionalità fra contributi versati e pensione spettante.

Che si tratti, poi, di un sistema "contributivo" o di un sistema "retributivo" che valorizza l'intera "retribuzione" percepita dall'avvocato nel corso della vita lavorativa, è questione, oltre che nominativa, anche tecnica e spetta ai tecnici formulare soluzioni adeguate da sottoporre al Comitato dei delegati.

4) Il problema non mi sembra tanto di durata del mandato quanto di persone.

Comunque il parere è negativo per il fatto che gli organi della Cassa debbono avere un incarico "politico" lasciando ai tecnici la ricerca delle soluzioni dei problemi, e non è positivo che alcuni avvocati, anziché svolgere la propria professione, finiscano per fare il "mestiere" di consiglieri od organi della Cassa.



Storia

IL BICENTENARIO DEL CODE NAPOLÉON

Quest'anno cade il secondo centenario della promulgazione del *Code civil*, vera pietra miliare nella storia della cultura giuridica, e data che deve stare a cuore a tutti gli amanti del diritto¹.

* * *

I. Promulgato nella sua interezza a Parigi, essendo Napoleone Bonaparte primo console, il 21 marzo 1804 (30 ventoso dell'anno XII), come *Code civil des Français*, ma diventato il *Code Napoléon* per antonomasia quando di lì a pochi mesi Napoleone si sarebbe posto in capo la corona imperiale, rappresenta forse l'opera di portata più vasta e duratura lasciata dal grande Corso alla civiltà europea².

Solo per l'Italia, la sua introduzione è segnata dalle tappe di questa pur sintetica cronologia: il 21 marzo 1804 esso entrò contemporaneamente in vigore sia in Francia che nei cinque dipartimenti del Piemonte, già annessi alla repubblica francese dal 1802; poco tempo dopo (25 maggio 1805) fu esteso ai tre dipartimenti, pure annessi alla Francia, che formavano il territorio della ex repubblica ligure.

Fu la volta quindi del dipartimento del Taro, in cui erano confluiti i ducati di Parma e Piacenza (23 settembre 1805); del regno d'Italia, nel testo appositamente predisposto (in vigore dal 1° aprile 1806); del principato di

Lucca (in vigore dal 1° maggio 1806); del regno di Napoli (dove entrò in vigore dal 1° gennaio 1809).

* * *

II. L'idea stessa del codice prende avvio da un dibattito che, sorto nel periodo dell'Illuminismo, si era sviluppato in Francia durante la Rivoluzione, in seno all'Assemblea costituente, da qui approdando poi alla Convenzione.

In omaggio ai proclamati principi di uguaglianza e di libertà di fronte alla legge, Sieyès aveva predisposto un primo piano di lavoro, che partiva dalla constatazione come fosse impossibile applicare un solo diritto per tutte le classi della nazione, data la diversità e la complessità delle leggi francesi. E la complessità si accompagnava spesso alla oscurità del dettato³.

Con alterne fortune l'idea si mantiene viva nei momenti più infiammati della Rivoluzione, fino al riflusso conservatore del Termidoro.

Ben cinque furono i progetti che si alternarono, nel periodo dal 1793 al 1804, tre dei quali dovuti alla penna del Cambacérès, un quarto al Portalis. Sulla scorta dei lavori del Cambacérès fu redatto un ultimo progetto, preparato in pochi mesi da una commissione presieduta dal Tronchet, presidente della Corte di Cassazione.

* * *

III. Il codice prenderà a base questo progetto finale, non senza essere preceduto dai pareri emessi dalla Corte di Cassazione e dalle Corti d'Appello, e quindi da una lunga discussione in seno al Consiglio di Stato, alla presidenza del quale si alternarono il Cambacérès e Napoleone stesso (che partecipò a ben 57 sedute su 200, e non si limitò ad una presenza formale, ma, come era sua abitudine, intervenne attivamente in molte discussioni portando spesso il peso della sua autorità per troncare, con soluzioni il più delle volte efficaci, contrasti su spinose questioni di diritto).

Il testo del codice venne approvato in tempi successivi, fra il 1801 e il 1803, quando il Corpo legislativo votò, sotto forma di 36 leggi distinte, i 36 titoli in cui il testo era ripartito. Dopo di che, con la legge del 21 marzo (30 ventoso) 1804, i 36 titoli, distribuiti in tre libri, furono riuniti in un solo corpo, promulgato con il nome di *Code civil des Français*, diventato poi, all'avvento dell'Impero, semplicemente il *Code Napoléon* (o, più lapidariamente ancora, C.N.).

* * *

IV. Per comprendere appieno la portata innovativa del *Code civil* nella situazione dell'epoca occorre ricordare

¹ L'Università degli Studi di Torino, di concerto con l'Archivio di Stato, ha tenuto il 15 giugno scorso un convegno sul C.N. e sulla sua influenza in Piemonte durante l'occupazione francese. Al convegno hanno partecipato, fra gli altri, con significativi contributi i Proff. G.S. Pene Vidari e I. Soffietti. Una seconda tornata di lavori è prevista per il mese di ottobre 2004.

È notevole la circostanza che al bicentenario abbia dedicato attenzione la rivista dei gesuiti italiani, con un articolo a firma di p. Ottavio De Bertolis S.J., a cui merito va il riconoscimento che il C.N. ha "segnato indubbiamente un enorme passo avanti in termini di certezza della legge e uguaglianza dei consociati, elementi primari per l'edificazione della moderna democrazia". Cfr. DE BERTOLIS, *Due secoli di codificazione*, ne *La Civiltà cattolica*, 2004, quad. 3694, pagg. 357 ss.

² Una voce raccolta durante l'esilio di Sant'Elena vuole che Napoleone fosse tanto consapevole dell'importanza di quest'opera, da dirsi sicuro della propria gloria non per aver vinto quaranta battaglie sul campo, ma per aver dato alla Francia e all'umanità il *Code civil*. Cfr. G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successivi*, in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli 1984, vol. I, p. 728.

³ Un passo del progetto Sieyès dichiarava: "Les législatures suivantes s'occuperont de donner aux Français un nouveau Code uniforme de législation et une nouvelle procédure, réduits l'un et l'autre à leur plus parfaite simplicité".

che il quadro giuridico contemporaneo era formato ancora, prevalentemente, dal diritto comune, ossia da un diritto le cui fonti attingevano al diritto romano, alle consuetudini e alla giurisprudenza.

Per diritto comune si intende l'ordinamento vigente in Europa dai tempi di Roma fino a tutto il secolo XVIII.

Esso, quanto al diritto civile, era ricalcato sui contenuti del diritto romano, così come era stato fissato con intenti pratici e didascalici nel *Digesto* di Giustiniano.

Ai principi del diritto romano vennero, nei secoli successivi, aggiungendosi le consuetudini locali; le norme introdotte dalla Chiesa, ossia il diritto canonico e le decretali; le sentenze della *Sacra rota* romana; le deliberazioni delle Diete e delle corporazioni; i decreti dell'Imperatore germanico; le opinioni degli autori più reputati (ad esempio, gli olandesi Ugo Grozio e Arnoldo Vinnio nel Seicento, il tedesco Giovanni Teofilo Einuccio e l'italiano cardinale Giambattista De Luca, nel Settecento); i decreti e le grida dell'autorità locale; le decisioni della giurisprudenza⁴.

Era dunque un sistema che si era venuto formando per aggregazione e concrezione da fonti le più diverse e disparate quanto ad origine, estensione ed efficacia; una selva di ordinamenti generali e particolari, in cui confluivano filoni commisti di diritto romano, di diritto germanico e di diritto naturale, e nei quali l'attività degli interpreti non solo faticava a sceverare le norme obsolete da quelle vigenti, ma non di rado ostacolava, anziché chiarire, il percorso per l'esatta individuazione della regola di diritto applicabile al caso da decidere.

Vanamente si era tentato di arginare quel fenomeno alluvionale mediante la redazione di compilazioni di testi, che miravano a raccogliere il materiale normativo in vigore⁵.

In tale coacervo di norme non trova-

va certo spazio il principio della legge uguale per tutti – in un'epoca in cui non aveva senso parlare di cittadino, ma di suddito; in cui non esisteva ancora una definizione di soggetto di diritto, ma le persone erano classificate secondo il loro stato di appartenenza ad una classe o ad un ceto –. Era logico che in quello stesso coacervo fiorisse il privilegio, come disposizione di favore a beneficio di un singolo o di una determinata categoria di soggetti.

* * *

V. La crisi in cui era precipitato il diritto comune era sotto gli occhi di tutti, agli albori del Settecento, e a nulla valsero i tentativi fatti dal potere esecutivo per mettervi ordine⁶.

Poteva, perciò, a giusta ragione un attento giurista ed erudito come Ludovico Antonio Muratori denunciare con asprezza i *difetti della giurisprudenza*.

Difetti, definiti “interni”, egli vide nel fatto che – date le grandi difficoltà di reperire i testi normativi in vigore, e di rintracciare la soluzione del caso da decidere in opere di commentatori, in cui era arduo districarsi anche perché sovente quei commentatori si diffondevano nella trattazione di questioni futili – tutto questo faceva il gioco dei causidici, e delle sottigliezze e sofismi che venivano adoperate per confondere i giudici (pur se il Muratori ammette, non senza ragione, che la pluralità delle posizioni interpretative è un dato insopprimibile nella pratica del diritto, essendo anzi un aspetto insito nell'approccio a qualsiasi sistema normativo).

Difetti, invece, considerati “esterni”⁷ erano quelli, già ricordati, dovuti alla disordinata congerie delle regole, causa della massima incertezza del diritto da osservare, e ai mali dell'amministrazione della giustizia (lungaggini delle liti, complessità procedurali, eccezioni pretestuose ecc.).

Il Muratori entra con tutto il peso della propria dottrina nel suggerire una serie di rimedi, volti a semplificare le materie del diritto sostanziale, e a razionalizzare le procedure.

Ma il suo giudizio finale è disincantato e si compendia nel motto, diventato poi celebre, “impossibil cosa è il guarir da' suoi mali la giurisprudenza”.

I tempi erano maturi per una svolta. Che, preparata dalla feconda temperie dell'Illuminismo, fu potente e rigeneratrice, in quanto rappresentata, appunto, dalla promulgazione del *Code civil*.

* * *

VI. A voler ridurre entro un quadro di sintesi gli elementi principali in cui si esprime la carica innovatrice (tralasciando altri non meno significativi criteri di lettura) del C.N., si potrebbe ricordare, innanzitutto, che il codice andava a sostituire con un ordinamento di matrice interamente *legislativa* – in cui solo contava la fonte della legge, lo Stato quale legislatore, con la sua volontà univoca e sovrana – un ordinamento che fino ad allora era, come si è visto, prevalentemente consuetudinario e giurisprudenziale.

Lo strumento che permise, tecnicamente, di soppiantare le vecchie regole, fu l'istituto della *abrogazione*. Per vero, l'idea di una completezza del codice inteso come *corpus* autonomo e unitario non si afferma subito, nelle prime redazioni del testo. Essa si imporrà attraverso le numerose rielaborazioni dei progetti compiute nell'arco di oltre un decennio, e quando si sarà fatta strada nei redattori la convinzione che le regole antiche non possono sopravvivere al di fuori del codice, e in contrasto con i suoi articoli.

È così che soltanto con l'art. 7 della legge del 21 marzo 1804 è disposta l'abrogazione, da considerarsi come automatica e operante in blocco, di tutte le norme fino ad allora in vigore. Si volta pagina, insomma, con il passato.

⁴ È stato opportunamente richiamato, dei *Promessi Sposi*, l'episodio di Renzo nello studio di Azzecagarbugli, in cui il poveretto resta confuso e smarrito di fronte alla elencazione delle “grida” che potevano riguardare il suo caso. Il guaio più serio, come giustamente notava il Manzoni, non era che mancassero le leggi, ma che ce n'erano troppe. Cfr. O. DE BERTOLIS, *Due secoli di codificazione* cit., pag. 358.

⁵ È la vicenda delle “consolidazioni”, raccolte che ricordano per qualche verso gli odierni testi unici, sebbene si trattasse spesso di opera di privati autori. Per il regno di Sardegna sono da ricordare le compilazioni “*Leggi e costituzioni di Sua Maestà*” nel testo varato da Vittorio Amedeo II di Savoia nel 1723 per gli Stati di terraferma, che raccoglievano e limitavano le fonti anteriori, facendo salvi gli usi e le consuetudini della Val d'Aosta e di altri territori, in cui non furono pubblicate.

⁶ Le varie *Ordonnances* volute dai Re di Francia e dirette a regolamentare taluni settori del diritto delle obbligazioni e del processo civile: in esse è interessante il tentativo di rendere sistematica la combinazione fra il diritto civile e il diritto naturale.

⁷ G. ALPA, *La cultura delle regole*, Bari, 2000, pagg. 35 ss. che si segnala anche per un'ampia indagine, ricca di contributi e di riflessioni, non solo giuridiche, sul C.N.

Ancora sotto il profilo della tecnica legislativa il *Code civil* (e i modelli da questo derivati) presenta innovativi caratteri logicoformali, quale quello:

- della *generalità* delle disposizioni: non si prevedono più, come avveniva in precedenza, destinatari particolari, in base a leggi adottate in vista di specifiche ragioni contingenti, ma un'unica legge, ora, è valida per tutti i casi in generale;
- della *precisione e della chiarezza* del dettato (non a caso, si parla talora della nuova tecnica come di un nuovo genere letterario): come gli illuministi, Montesquieu in testa, amavano dire, la legge “comanda”, non deve “né istruire né convincere”, ed usa formule comprensibili;
- dell'*ordine* in cui viene distribuita la materia: le regole sono ripartite in libri (un titolo preliminare e tre libri, secondo lo schema proprio delle Istituzioni di Gaio: libro I, le persone; libro II, i beni; libro III, i modi di acquisto della proprietà); questi suddivisi in titoli, poi in capitoli, sezioni e paragrafi.

Si spiega in tal modo come taluno, sottolineando il valore del *Code* anche sotto il profilo di documento linguistico semplificante, e destinato a tutti grazie alla limpidezza del suo stile, si sia spinto a definirlo come un “libro della ragione”, diretto a procurare la pace sociale.

Uguaglianza di fronte alla legge, dunque.

E accanto a questo, quale altro principio-cardine del suo tessuto normativo, è il principio di *libertà*:

- libertà dell'individuo (in nome della quale vengono abbattuti tutti i vincoli di carattere personale, considerati retaggio dell'*ancien régime*: tra questi le servitù personali, spazzate via per lasciare posto unicamente alle servitù prediali);
- libertà nella proprietà, caratterizzata dall'unicità e dall'assolutezza del

dominio (la proprietà è definita, per l'appunto, come “*le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue*”: art. 544);

- libertà individuale in materia di matrimonio (art. 1387: “*La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de convention spéciales, que les époux peuvent faire comme ils les jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs ni aux dispositions qui suivent*”);
- valorizzazione del solo consenso nella vendita (art. 1583: “*Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé*”);
- connessione tra colpa personale e responsabilità civile⁹;
- equiparazione totale, nelle successioni, tra i figli legittimi, senza distinzione fra maschi e femmine¹⁰.

Per questo, ancora un secolo dopo la sua promulgazione, si è continuato a considerarlo come il manifesto dell'individualismo e dei principi del diritto naturale.

Giudizio che può essere condiviso relativamente alla prima parte della proposizione, ma non per la seconda, ove solo si ponga mente allo stampo di rigido statalismo e alla concezione giuspositivista che lo ispirava. I diritti naturali in tanto vengono, infatti, riconosciuti in quanto siano recepiti nella legge e da questa trasformati in diritti positivi.

Si può piuttosto convenire con il giudizio che vede nel C.N. l'affermazione dello spirito borghese e capitalista, come l'epopea borghese del diritto privato¹¹.

* * *

VII. L'eguaglianza degli individui, la secolarizzazione del diritto, i valori

di libertà, sono conquiste imperiture del *Code Napoléon*; sicché basterebbe questo solo per fare di esso una tavola di valori di democrazia politica, prima ancora che un felice modello nella formulazione di regole legislative.

Preceduto da esperienze frammentarie ed episodiche¹², ma da queste divergente per la concezione unitaria e totalizzante che lo dominava, la sua vitalità ne spiega la diffusione anche fuori dell'Impero, e, soprattutto, dopo la fine di questo; specialmente, in Italia.

Come è stato acutamente osservato dall'Astuti, “non si trattava di un diritto straniero, d'un diritto nazionale francese, imposto con la forza delle armi e contrastante con la tradizione giuridica italiana. I pochi istituti ed elementi derivati dal diritto consuetudinario francese erano inseriti in un contesto formato sulla solida base strutturale del diritto romano comune, col quale almeno in parte si armonizzavano...; di fatto, essi non costituirono apprezzabile ostacolo alla recezione del C.N. in Italia, e poterono poi essere espunti senza sostanziale alterazione del sistema e dello spirito generale del codice”.

Esso fu la pianta da cui ebbe origine la ricca ramificazione dei codici nazionali, nell'Europa dell'Ottocento.

Intanto, pubblicato in edizione trilingue, francese, italiana e latina con decreto del 16 gennaio 1806, e introdotto quale codice civile del regno d'Italia, sopravviverà alla caduta di Napoleone e continuerà ad aver vigore nel periodo della Restaurazione. Sarà recuperato nell'impianto dei codici preunitari, fra tutti dal codice civile albertino, promulgato il 20 giugno 1837, essendo guardasigilli Giuseppe Barbaroux.

Soprattutto sarà l'archetipo del codice civile italiano del 1865.

Ma questa è un'altra storia, la nostra storia.

Dario Poto

⁸ A. SOREL, citato da G. ALPA, op. loc. cit.

⁹ Non sarà superfluo notare che la maggior parte delle dottrine trasfuse nel *code* attingevano alla trattatistica dalla metà del Settecento in poi, in particolare alle opere dei sommi giuristi francesi Jean Domat e Robert Joseph Pothier.

¹⁰ Per una approfondita panoramica sulle successioni nel Piemonte napoleonico cfr. I. SOFFIETTI, *La nuova società e il diritto: il caso delle successioni in Piemonte*, ne *All'ombra dell'aquila imperiale*, Atti del convegno, Torino 1518 ottobre 1990, Roma 1994, vol. I, pagg. 300 ss.

¹¹ E. PICARD, citato anch'esso in ALPA, op. cit. pag. 62.

¹² Si è accennato alla costituzioni del Regno di Sardegna. Conviene ricordare ancora che qualche anno prima, ossia nel 1756, era stato pubblicato il *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, che raccoglieva il diritto comune e statutario vigente in Baviera. Anche il codice civile prussiano del 1794 (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*), pur rimarchevole per impostazione sistematica, mantiene in vigore il diritto comune come diritto sussidiario. Cfr. G. ASTUTI, *Il code Napoléon* op. loc. cit.



Storia

LA BAGNA CAUDA E LA LEGGE AGRARIA DI APULEIO SATURNINO. UN'IPOTESI AFFASCINANTE

Marco Gavio APICIO, scrittore latino e ricco gaudente buongustaio, vissuto nel primo secolo d.C., autore di un famoso ricettario romano “*de re coquinaria*” di ben dieci libri, e suicidatosi perché, caduto in povertà, non avrebbe più potuto allestire i magnifici banchetti cui era abituato, dedicò ampio spazio alla descrizione delle salse fra le più sofisticate.

La più celebre, nota come salsa d'APICIO, altro non era se non una complicata versione del celeberrimo “*Garum*”.

Il *Garum* era una salsa di pesce o meglio un composto che derivava da un processo di fermentazione di pesce di vario genere, anche se per lo più veniva utilizzato il pesce azzurro ed in particolare l'acciuga, che veniva lasciato in salamoia a fermentare.

Il *Garum* era in grande auge nella Roma, repubblicana prima e imperiale poi, tanto che erano sorti numerosi stabilimenti di produzione di questa salsa utilizzata in numerosissime ricette, in unione alla carne, al pesce stesso e soprattutto con le verdure (e persino con la frutta).

La preparazione del *Garum* avveniva unendo il pesce, il sale e numerose erbe aromatiche, in pratica tutte quelle che la macchia mediterranea offriva, dall'origano, al rosmarino, al timo, all'aglio, disponendo, a strati, in un grande vaso questo miscuglio di gusti, di pesce, interi se piccoli, e uno spesso strato di sale. Chiuso il vaso la macerazione durava sette giorni e poi per venti giorni si procedeva a rimescolare.

Infine si raccoglieva la salsa.

Gli stabilimenti di produzione usavano vere e proprie vasche dette

Cetariae ma vi era una diffusissima produzione artigianale o familiare che utilizzava grandi vasi di coccio.

Vi sono stati molti ritrovamenti che ci consentono di affermare che si produceva *Garum* in tutto il Mediterraneo con commerci intensi ed esportazione soprattutto in mare in apposite anfore.

Molte di queste sono state trovate in relitti soprattutto in Italia e nella parte occidentale costiera del Mediterraneo, ad esempio a Lavezzi in Sardegna, a Terrasini in Sicilia, a Ventotene o in Francia a Port Vendres o ancora in Spagna a Los Percheles.

Rinvenimenti archeologici di stabilimenti sono stati fatti, oltre che nella Sicilia e in Calabria, anche in Portogallo, nell'Algarve, e in Palestina.

La fabbricazione del *Garum* creò immense ricchezze perché i Romani lo amavano moltissimo e dunque lo acquistavano, anche se resta uno dei più calunniati tra gli ingredienti della cucina antica.

Plinio il Vecchio sostenne che il *Garum* non era altro che “liquido di pesce marcio” ma la realtà è ben diversa se è vero, come è vero, che tutti, dai patrizi ai plebei, dai cittadini romani alle popolazioni in qualche modo alleate o in contatto commerciale con Roma, ne erano particolarmente ghiotti e lo usavano abbondantemente.

In particolare il *Garum* seguiva, contenuto in anfore apposite caricate su carrette o in piccoli recipienti personali, le legioni che marciavano per tutto il mondo romano e che puntavano verso i confini, oltrepassandoli, come sappiamo, con grande frequenza.

Il legionario rinunciava a tutto tran-

ne al suo *Garum* che usava per insaporire il rancio ovvero, in assenza di rifornimenti, tutto quanto riusciva a razzciare, in particolare gli ortaggi e le erbe commestibili che trovava.

Vi è da credere che mentre gli aromi più gentili venivano nell'uso romano prevalentemente accostati alla carne o al pesce, l'aglio (usatissimo nell'antichità ancora più di oggi, anche se detestato da Ovidio che ne sconsigliava l'uso come nemico degli incontri ravvicinati, soprattutto quelli erotici) veniva lasciato macerare nel *Garum* per insaporire soprattutto le verdure più povere.

E allora viene spontanea un'ipotesi ardita ma concretamente agganciata ad una precisa realtà storica.

Gaio Mario, grande Generale, eletto Console per ben sette volte e in pratica a lungo padrone di Roma dopo aver sconfitto i Teutoni ad Aix-en-Provence e i Cimbri a Vercelli nel 101 a.C., salvando Roma dalla distruzione, *homo novus*, di cui, peraltro, il Senato, composto prevalentemente da patrizi, pur diffidandone, non poté fare a meno, vicino e alleato al movimento popolare di Apuleio Saturnino, Tribuno della Plebe, fece approvare da questi con segreta intesa alcune leggi a favore dei suoi veterani, cosicché ai legionari in congedo vennero assegnate e distribuite terre nella Gallia Cisalpina col duplice scopo, come ci ricordano Appiano e Plutarco, di premiare chi tanto aveva combattuto per Roma e di creare nei territori di recente conquista una base di popolazione romana di sicuro affidamento e di capacità militare e, dunque, un serbatoio di braccia cui attingere con

rapida leva, quando, in occasione di eventuali future invasioni barbariche, fosse sorta la necessità di formare rapidamente nuove legioni già addestrate e pronte al combattimento ai confini di Roma.

La minaccia dei Teutoni e dei Cimbri era stata così grave da creare la necessità di rimedi per il futuro, duraturi nel tempo e programmare l'esodo dei veterani, ormai non solo più latini ma anche per lo più italici grazie all'allargamento della coscrizione, nella Gallia Cisalpina.

E allora come non ipotizzare che le abitudini alimentari portate da costoro nelle zone di assegnazione dei fondi e di insediamento, nel Monferrato, nel Roero, nella Langa, nelle pianure del Cuneese, del Torinese, del Casalese e dell'Alessandrino prossime al Po non siano rimaste perduranti, anche se via via modificate, attraverso i secoli per giungere ai giorni nostri, conservando-

ci e offrendoci quella misteriosa realtà che è la Bagna Cauda?

Una salsa di pesce così lontana dal mare.

Si è sempre detto che la Bagna Cauda è nata per effetto degli scambi commerciali, lungo le vie del sale fra i carichi di formaggio e di vino che dal Piemonte scendevano verso il mar Ligure e quelli di acciughe, sale e olio che provenivano dalle zone costiere della Liguria.

Ma forse questa ipotesi che riguarda il problema del rifornimento delle materie prime piuttosto che l'origine e la natura della salsa, non basta a fare la storia della Bagna Cauda.

In caso contrario non si comprende perché in altre zone alpine, come ad esempio il Trentino, non si sia ripetuto analogo fenomeno.

Forse bisogna proprio pensare che questi nerboruti cinquantenni, messo in un canto il gladio o il giavellotto e presa

la zappa per coltivare i terreni assegnati loro nella Gallia Cisalpina, non abbiano saputo rinunciare al loro amatissimo *Garum* e quindi abbiano continuato a richiedere le acciughe, il sale e l'olio da mescolare con l'aglio per abbinare questa salsa ai loro cibi.

Cibi poveri rappresentati quasi sempre e quasi soltanto dalle verdure di stagione.

Forse bisogna pensare che le loro donne, scelte nelle popolazioni autotone, e poi i loro figli e discendenti, abbiano abbracciato con entusiasmo questa splendida novità alimentare.

Non è così campata in aria, dunque, l'ipotesi che siano stati i vincitori dei Cimbri e dei Teutoni attraverso una legge agraria fatta principalmente per favorirli, ad introdurre e a far amare alle popolazioni del Piemonte quella delizia del palato che attraverso i secoli è diventato la celeberrima Bagna Cauda.

Giuseppe Volante





Cose di casa

UN SASSO NELLO STAGNO

“Un sasso gettato in uno stagno suscita onde concentriche che si allargano sulla sua superficie, coinvolgendo nel loro moto, a distanze diverse, con diversi effetti, la ninfea e la canna, la barchetta di carta e il galleggiante del pescatore. Oggetti che se ne stavano ciascuno per conto proprio, nella sua pace o nel suo sonno, sono come richiamati in vita, obbligati a reagire, a entrare in rapporto tra loro. Altri movimenti invisibili si propagano in profondità, in tutte le direzioni, mentre il sasso precipita smovendo alghe, spaventando pesci, causando sempre nuove agitazioni molecolari. Quando poi tocca il fondo, sommuove la fanghiglia, urta gli oggetti che vi giacevano dimenticati, alcuni dei quali ora vengono dissepoliti, altri ricoperti a turno dalla sabbia (...). Non diversamente una parola, gettata nella mente a caso, produce onde di superficie e di profondità, provoca una serie infinita di reazioni a catena, coinvolgendo nella sua caduta suoni ed immagini, analogie e ricordi, significati e sogni, in un movimento che interessa l’esperienza e la memoria, la fantasia e l’inconscio...”

Queste parole di Rodari, sono tratte dal primo capitolo di un suo famoso saggio “La grammatica della fantasia” manifesto di una generazione di insegnanti e pedagogisti. Le prendiamo in prestito perché sono così belle e chiare che ci aiuteranno nel nostro proposito di lanciare – e non scagliare – alcuni sassi in un’acqua senz’altro abbellita dalle canne e dalle ninfee, ma comunque stagnante che avvertiamo bisognosa di movimento.

Fuor di metafora, sentiamo l’esigenza di smuovere *suoni ed immagini* nel senso di scrivere, dare la parola, rappresentare, emblematici squarci di ciò che accade nelle aule di Tribunale, nei nostri Studi, nelle Aule in cui si dibattono le piccole e le grandi riforme, in sede di Consiglio Superiore della Magistratura, di Consiglio Nazionale Forense.

Sappiamo bene che le Associazioni Forensi, le Commissioni di lavoro del Consiglio dell’Ordine ed anche singoli Avvocati si occupano da tempo di tanti problemi e disfunzioni all’interno del Tribunale, dovuti a normative incongrue o a prassi non condivise e ormai consolidate, di carenze nel campo della formazione e della deontologia: ciononostante molte cose continuano a non funzionare nel pianeta

giustizia e la colpa non può essere soltanto del “sistema”.

Ciascuno di noi non può accontentarsi di quello scambio di esperienze accompagnato da incredulità che troppo spesso avviene nei corridoi e che lì si ferma perché abbiamo fretta, cose più importanti da fare, il tempo che ci manca e a volte pure la voglia.

Come comitato di redazione della “*rassegna dell’ordine degli avvocati di Torino*” ci siamo domandati se non dovessimo anche noi avere un ruolo più propositivo, capace di consentire alle *onde concentriche* di allargarsi, rendendo il dibattito più circolare.

Vorremmo riuscire ad affrontare, di volta in volta, il problema senza trasformarlo in un “caso”: ci riusciremo? Dipenderà da noi e dai molti di voi che ci segnaleranno le problematiche da ...lanciare nello stagno! Cercando, tutti insieme, di lasciar fuori dalla porta personalizzazioni gratuite, logiche di appartenenza o di interesse, pregiudizi e scarsa obiettività.

Insomma, vorremmo suscitare *onde concentriche* e provocare *agitazioni molecolari* ma non con la pretesa di insegnare come si “deve” fare questo o quel mestiere, piuttosto quanto sia difficile farlo bene.

Cercheremo di andare fino in fondo,

come il sasso lanciato, creando onde e *coinvolgendo nel loro moto* tutti voi che state leggendo. Per capire, per sapere, per protestare, per migliorare, con uno spirito costruttivo, anche se il sasso sommuove la fanghiglia, spaventa i pesci, urta gli oggetti, per dirla con Rodari: il movimento dell’acqua creerà ossigeno e offrirà nuovi scenari, ne siamo convinti!

Con quali strumenti?

Al momento e per le questioni da affrontare, non ci sembra adatto il “grande convegno”, specie se vogliamo essere propositivi e concludenti su questioni comunque delicate perché, sovente, non si tratterà di questioni generali ed astratte. Potremmo invece iniziare dal quotidiano, dalle questioni apparentemente più banali con cui ci dobbiamo confrontare e raccogliere una serie di esperienze: una mattinata trascorsa presso l’Ufficio del Giudice di Pace, dove si tocca con mano cosa sia il processo per i reati minori in cui rischia di diventare minore tutto, o presso il Tribunale di Sorveglianza dove l’avvocato spesso si sente ridotto a rotellina di un ingranaggio che sembra non averne alcuna esigenza, o il Tribunale dei Minorenni dove la discrezionalità che deriva dalla peculiarità della materia trattata ha consentito il con-

solidarsi di prassi anche molto criticate. Vogliamo parlare di indagini difensive e potremmo mettere a confronto le diverse esperienze dei colleghi sulle molte questioni concrete affrontate e sulle scelte operate. Ed ancora di arbitrati, di consulenze tecniche, di nomine di periti e curatori fallimentari che pongono una serie di interrogativi sui conflitti di interesse, condizionamenti processuali in molti casi non risolti dalle attuali normative e non sempre incasellabili in previsioni generali ed astratte: codici deontologici o linee guida potrebbero aiutare procedure e processi là dove si fa ricorso all'altrui sapere?

Oppure, prendiamo spunto da una spezzatura della riforma dell'ordinamen-

to giudiziario per una riflessione: erano previsti i famosi test attitudinali, divenuti nel testo licenziato dal Senato una prova orale (colloquio psico-attitudinale). I rischi dell'ingresso di un siffatto strumento sono ampiamente stati denunciati da più parti, ma il problema della scarsa attitudine di alcuni magistrati a svolgere determinate funzioni o meglio il reiterarsi di comportamenti anomali nell'esercizio delle funzioni con quali validi strumenti oggi può essere contrastato? Quali sono i poteri effettivi di un Presidente del Tribunale rispetto ai "suoi" giudici? Che cosa non funziona? I problemi si limitano a difetti di comunicazione od occorre introdurre una responsabilità solidale del Capo dell'Ufficio?

Non intendiamo dibattere di questo o quel magistrato, questo o quell'avvocato: ci interessa capire come mai determinate affermazioni, comportamenti, prassi, in udienza o in altre sedi, siano a tutti note e non condivise, eppure si ripetano immutate. Vogliamo simulare un'udienza ed il come non dovrebbero agire le parti processuali? Sì, anche un ciclo di incontri mirati o una parodia, oltre a questa nuova rubrica, potrebbero essere strumenti validi.

La redazione della rivista è affacciata sullo stagno: con la forza di tutti, dal prossimo numero, si potranno lanciare i primi sassi.

a cura di Elena Negri



FONDAZIONE AVV. FAUSTINO DALMAZZO

(riconosciuta con deliberazione G.R. 18 aprile 1989 n. 528021)

Via Bertolotti n. 7 - 10121 Torino

LA FONDAZIONE, NEL RICORDO DI FAUSTINO DALMAZZO, AVVOCATO E PARTIGIANO COMBATTENTE NELLE FORMAZIONI DI «GIUSTIZIA E LIBERTÀ», HA LO SCOPO DI INCORAGGIARE E FAVORIRE L'ISTRUZIONE E LA FORMAZIONE DEI GIOVANI DI AMBO I SESSI, IN PARTICOLAR MODO DI QUELLI CHE SI DEDICANO AGLI STUDI GIURIDICI, ALLE ATTIVITÀ LEGALI E AGLI STUDI STORICI, QUESTI ULTIMI LEGATI AL PERIODO DELLA RESISTENZA ARMATA E AL MOVIMENTO DI «GIUSTIZIA E LIBERTÀ»

ESSA BANDISCE

UNA BORSA DI STUDIO DI EURO 5.000,00

PER LAUREATI IN GIURISPRUDENZA CHE INTENDANO AVVIARSI ALLA PROFESSIONE FORENSE E CHE SI TROVINO IN CONDIZIONI ECONOMICHE INSUFFICIENTI AD AFFRONTARE IL PRESCRITTO TIROCINIO

1. Possono concorrere alla borsa di studio tutti i laureati in giurisprudenza che intendano iniziare o completare in Piemonte o in Valle d'Aosta il tirocinio forense. Se il tirocinio debba ancora iniziare l'erogazione della borsa di studio sarà fatta una volta avvenuta l'iscrizione al tirocinio.
2. La borsa di studio è annuale, discrezionalmente rinnovabile per un altro anno.
3. Possono concorrere alla borsa di studio tutti i giovani che non superino nell'anno 2005 i 28 anni di età.
4. I candidati dovranno far pervenire presso la segreteria della Fondazione (Via Davide Bertolotti n. 7, Torino) entro il 28 febbraio 2005 idonea documentazione da cui risultino:
 - a) lo stato di famiglia e le condizioni patrimoniali e di reddito del candidato e del suo nucleo familiare;
 - b) il curriculum degli studi compiuti e le votazioni riportate negli esami universitari e alla laurea;
 - c) il tirocinio compiuto e le eventuali referenze ad esso inerenti; nel caso il tirocinio debba ancora iniziare, i programmi del candidato in merito;
 - d) ogni altra notizia che il candidato ritenga utile al caso.

I candidati dovranno altresì prestare l'espresso consenso per il "trattamento" dei loro dati personali, ai sensi e per gli effetti della legge 31 dicembre 1996 n. 675, per le operazioni concernenti l'erogazione della borsa.

La Fondazione si riserva di richiedere direttamente ulteriori notizie e informazioni.

5. La Fondazione comunicherà le proprie insindacabili determinazioni ad ogni candidato, stabilendo, nei confronti di chi venga prescelto, le modalità di erogazione della borsa di studio; e si riserva la facoltà di frazionare la borsa, in caso di parità.

Torino, settembre 2004



Cose di casa

NOTIZIE DALLA FONDAZIONE CROCE

In data 20 settembre 2004 è stata costituita per atto Notaio Gianfranco Re la Fondazione dell'Avvocatura Torinese Fulvio Croce. L'assemblea dei soci fondatori ha nominato gli avv.ti Pier Luigi Amerio, Michela Malerba e Manuela Stinchi consiglieri di amministrazione in aggiunta a coloro che vi facevano parte per statuto (in funzione delle cariche ricoperte nel Consiglio dell'Ordine) e cioè Antonio Rossomando, Guglielmo Preve e Dario Poto ed a Mario Napoli designato dall'Ordine torinese stesso.

Il Consiglio di Amministrazione, così formato, nella prima seduta (del 23 settembre) ha nominato **Presidente della Fondazione** (all'unanimità, con l'astensione del nominato) **l'avv.to Mario Napoli**; e nella riunione del 30 settembre sono state discusse ed approvate le proposte del Presidente relative alle linee-guida dell'attività della Fondazione.

Ci sembra importante richiamare tali indirizzi che sono, peraltro, già stati inviati dalla Fondazione non soltanto ai soci fondatori ma anche a tutti gli iscritti all'Albo attrezzati con e-mail.

1. La Fondazione sarà a disposizione di **tutti gli avvocati torinesi** e non solo dei soci, fondatori o meno. I locali di Palazzo Capris sono stati acquistati e ristrutturati con il denaro dell'Ordine, l'Ordine è e sarà il principale finanziatore della Fondazione, le attività saranno coordinate col Consiglio, più grande è il numero dei possibili fruitori maggiore sarà la possibilità di successo delle iniziative che saranno organizzate.

2. Dovrà essere valorizzato il **prestito d'uso alla Fondazione** per evitare, nel limite del possibile, spese inutili, prevedendo a carico della comodataria Fondazione un obbligo di **custodia e manutenzione** (e, in caso di ecceziona-

le convenienza, anche di **restauro**). Anche in questa sede, facendo seguito a quanto già comunicato nel numero scorso, la Fondazione rinnova un accorato appello ai soci fondatori e a tutti gli avvocati di Torino affinché concedano in comodato **arredi antichi (librerie, poltrone e divani, armadi, tappeti, quadri, lampadari)** che eventualmente non utilizzassero e che potessero essere adeguati alla sede di Via S. Maria: spesso è stato relegato in magazzini quanto si è dovuto sgomberare da immobili o dimore di campagna dismesse, con costi e senza alcuna utilità, mentre tale arredo può essere di ausilio alla Fondazione e quindi a tutti gli avvocati torinesi.

Ha già avuto avvio con successo l'iniziativa per costituire **una biblioteca**: si potrà inserire una **scheda che invita alla lettura**, come un passaparola tra amici, dove si spiegheranno le ragioni della scelta: ma anche soltanto il testo donato sarà significativo. E' sufficiente indicare (all'avv.to Napoli o alla signora Francone) i titoli scelti, rinviando la consegna dei libri alla predisposizione degli scaffali a Palazzo Capris.

3. Il programma di attività dovrà contenere tanto le iniziative a carattere giuridico di aggiornamento professionale quanto quelle di cultura in senso lato: sono necessarie entrambe per affermare un ruolo da protagonista dell'avvocatura nel dibattito culturale della città che si esprime sia facendo ogni sforzo possibile per garantire un livello alto della professione, sia intervenendo nei momenti di discussione e culturali con iniziative proprie.

Ecco alcune idee per un primo **programma** di attività proposte dalla Fondazione:

a) **Iniziative sul ruolo della nostra professione**: considerazioni generali, storia e cultura della professione di

avvocato, rapporti con le altre professioni e con i mezzi di informazione.

b) **Iniziative di aggiornamento professionale e legislativo**: sono in via di organizzazione due simulazioni-dibattito sul **nuovo processo in materia societaria** e **sull'arbitrato rapido** (con la Camera Arbitrale, alla quale l'Ordine aderisce).

Si prevede inoltre una giornata su un tema generale di carattere **penale sostanziale** in grado di coinvolgere altre figure professionali (filosofi, sacerdoti, ecc.) e sono già stati avviati contatti con la SIOI per un convegno in materia di **diritto internazionale pubblico** che dovrebbe essere di grande richiamo sia per il tema sia per i relatori.

a) **Iniziative in campo deontologico**: argomento che non è mai sufficientemente approfondito soprattutto quando si debbano affrontare alcune importanti questioni (il processo e la verità, rapporti con la stampa...).

b) **Eloquenza ed argomentazione giuridica**. Una attenzione particolare sarà dedicata dalla Fondazione ad iniziative in tale ambito, spesso trascurato; si è ipotizzata la istituzione di un piccolo premio annuale per la miglior comparsa difensiva (al giudizio dei magistrati) e per la miglior sentenza (giudicata da una giuria di avvocati).

c) **Iniziative culturali**: la Fondazione sta lavorando ad un calendario di appuntamenti mensili, ma su singoli filoni per non correre il rischio di creare un pot-pourri senza ordine.

Ecco, ad esempio, alcune delle iniziative previste:

- **"Il libro del mese"**. Verranno invitati gli autori di libri di fresca stampa a presentare le loro opere;

- **"La Fondazione incontra"**. Imprenditori, scrittori, musicisti, uomini e donne dello spettacolo incontrano gli avvocati torinesi;

• “La città vista da...”. Testimonianze e ricordi di chi è stato accolto da Torino o, formatosi a Torino, l’ha poi dovuta abbandonare o di chi ancora ha la responsabilità di istituzioni pubbliche o amministrative cittadine.

• “Gli spettacoli della Fondazione” e le sue “Mostre”: musica, teatro, danza, pittura in un ambito colloquiale, discreto e garbato. Ma non dozzinale. Le idee, insomma, non mancano ed esse si tradurranno in iniziative non

appena i lavori di Palazzo Capris saranno ultimati. Ma sin d’ora la Fondazione è a disposizione per raccogliere idee, suggerimenti, proposte da parte degli avvocati torinesi. Per diventare la loro casa.

a cura di Mario Napoli

Altri titoli per la Biblioteca della Fondazione

Vittorio Barosio	de Beauvoir Levi Calvino	L’età forte Se questo è un uomo Il cavaliere inesistente
Paola Cuffini	Voltaire Goete Gonc’arov	Il trattato sulla tolleranza Le affinità elettive Oblomof
Maria Elena Crippa	Nievo Woolf Hancock, Pankliurt, Willetts	Le confessioni di un italiano To the lighthouse Under Ethiopian skies
Riccardo Montanaro	Andric Fenoglio Kerouac	Il ponte sulla Drina Il partigiano Johnny I capolavori
Anita De Luca	Tamaro Høeg McGrath	Per voce sola La storia dei sogni danesi Follia
Ennio Lenti	Calvilio Sciascia Musil	Lezioni americane La scomparsa di Majorana L’uomo senza qualità
Michele Ferroglio	Auster Eloy Martinez Schnitzler	Timbuctù Santa Evita Beate e suo figlio
Federica Asinari di Bernezzo	Austen Polo Seneca	Orgoglio e pregiudizio Il Milione Lettere morali a Lucilio
Guido Davico Bonino	Maugeri Ansaldo Hilberg	Le ceneri di Matteotti Il giornalista di Ciano La distruzione degli Ebrei d’Europa
Cristina Grande Stevens	Prampolini Andrea Gandini De Filippo	La storia universale della letteratura La Bibbia Tre commedie
Michele Briamonte	Queneau Richler Conrad	Esercizi di Stile La versione di Barney Racconti di mare e di costa
Pier Luigi Amerio	Tocqueville Einaudi Tornasi di Lampedusa	La democrazia in America Prediche inutili Il Gattopardo

I mobili pervenuti in prestito d’uso alla Fondazione

Un cassettoni intarsiato stile Impero.
Un tavolo da gioco intarsiato rotondo.
Una consolle stile Impero.
Un tappeto disegno persiano.
Due poltroncine in stile barocco.
Una poltroncina impero velluto rosso.

Un divanetto in stile barocco, tre posti, velluto turchese.
Un tavolo lungo stile impero.
Un tavolo basso stile Impero.
Due sedie in stile “medioevo”.
Una specchiera.



Lettera

LETTERA ALLA PAZIENZA

Non abbiamo e non amiamo il “comune orientamento”.

Preferiamo la pluralità delle opinioni, perciò pubblichiamo la lettera del collega Umberto Tonolli.

Caro Presidente, mi permetto di scriverTi agli effetti della “la Paziienza” giugno 2004, in qualità di Direttore responsabile.

Richiedo alla Tua cortesia una interpretazione autentica del “messaggio” del volto di Norberto Bobbio in copertina, perché l’esperienza mi ha insegnato a temere d’istinto “il troppo ovvio”, aparendo il volto di Bobbio, ripreso dal libro “il dubbio e la ragione”.

Ma dato che il “troppo ovvio” ha comunque una almeno parziale ovvietà, rimettendo pure ogni interrogativo ad amici e colleghi, mi permetto di sottolinarTi i seguenti specifici riferimenti.

Mi pare che “la Paziienza”, essendo rassegna dell’Ordine degli Avvocati di Torino, debba rappresentare un comune orientamento degli avvocati stessi, ma nello specifico caso, anche in considerazione di controversie sulla vita e l’opera di Bobbio, ritengo che questo comune orientamento, assolutamente non sussista.

Partendo da queste premesse, e vorrei sbagliarmi, sussisterebbe una impostazione ideologica di parte, pure confermata dal testo per me apologetico “il dubbio e la ragione”, mancando un benché minimo contrappeso critico, mancando ogni concezione dissenziente.

Che cosa c’entra Norberto Bobbio con la conflittualità della professione forense?

Mi potresti rispondere: la ricerca della razionalità della Giustizia.

Ma Bobbio è immerso nel dubbio, e non solo in esso, perché nel testo “il dubbio e la ragione”, Bobbio si dichiara pure immerso nel “mistero”.

Ma l’avvocato deve difendere il cliente e non può rimanere immerso nei dubbi, il giudice deve emanare la sentenza e non può rimanere immerso nei dubbi.

Il dubbio deve essere solo la premessa della scelta.

Non è rilevante l’antitesi dubbio-certezza, come affermato da Bobbio, è rilevante l’antitesi dubbio-scelta-azione.

Il diritto rappresenta un codice di vita e di coraggio davanti alle paure del dubbio.

Non si tratta di definire delle certezze, si tratta di definire delle soluzioni.

“La Paziienza” riporta l’articolo di Zagrebelsky: “Norberto Bobbio, il positivista inquieto”.

Affermare l’esistenza di un positivista inquieto, come si definiva Bobbio, a mio modesto avviso, è come affermare l’esistenza di un ferro di legno.

Il Positivismo ha avuto il dogma dell’incrollabile fiducia nel Progresso, non è ammessa la critica illuministica, non è ammessa alcuna inquietudine, che è già di per sé una critica soggettiva. Bobbio, come positivista inquieto, è nei confronti del Positivismo, un pericoloso peccatore.

Seguendo l’articolo di Zagrebelsky, non comprendo cosa ci sia di nuovo sotto il sole, non comprendo come il positivismo, meglio, il neopositivismo, anche se nella luce Keynesiana, abbia al momento attuale, la possibilità di una incisività storica.

Un notevole contributo al chiarimento del Positivismo, l’ha offerto Nicola Abbagnano, affermando che Positivismo e Romanticismo, hanno la stessa forma mentis; con l’infinitizzazione del sapere scientifico, il Positivismo è il romanticismo della scienza.

L’egheliiano svolgimento **necessario** dello Spirito, si traduce in Comte nel **necessario** sviluppo progressivo dell’Umanità nelle sue varie epoche.

Ma è la stessa Scienza, che ha fatto fallire il Positivismo, ridando voce alla Filosofia, che per i positivisti consisteva solamente nel coordinare i risultati delle singole scienze e pure definitivamente minando l’incrollabile fiducia positivista nelle forze dell’uomo.

Il Positivismo si incentra nella con-

cezione meccanica del mondo, ma questa concezione crolla quando la matematica e la fisica iniziano le loro considerazioni critiche sui metodi di analisi, che danno luogo a metodi nuovi, eliminando ogni certezza positivista.

Una retta su una sfera, è finita e chiusa, è un cerchio massimo della sfera, e non è più necessariamente vero che una retta in quanto tale, possa essere prolungata indefinitamente.

Einstein afferma che la luce si propaga secondo una linea curva in quanto lo spazio è curvo e afferma che il “tempo” non è assoluto, perché scorre diversamente secondo i vari osservatori.

Secondo Heisenberg, la misura della posizione di un elettrone influisce in maniera imprevedibile sulla velocità dell’elettrone stesso e rende quest’ultima indeterminabile e la misura della velocità rende indeterminata la posizione della particella.

Cade il principio di causalità, cade la necessità con la quale l’effetto segue la causa, sussiste solo probabilità tra causa ed effetto.

Caduto il positivismo, a mio modesto avviso, cade la credibilità di Kelsen e Bobbio.

Hayek riparte dalla posizione di Socrate, il quale sapeva di non sapere, partendo dal presupposto che tutti noi esseri umani siamo fallibili, poiché le nostre conoscenze sono sempre parziali e provvisorie, e attacca Kelsen a tutto campo, quel Kelsen che aveva cercato pure di sostenere la compatibilità di pianificazione socialista e sistema-mercato.

Nell’articolo di Zagrebelsky si afferma che il giusnaturalismo confonde il diritto con la morale mentre invece solo distinguendo, è possibile tenere il diritto sotto tensione di un’istanza morale; distinguere non è separare.

È facile osservare che in tale maniera, essendo il diritto forza e assoluto comando, la riflessione morale è solo sul piano storico un’istanza di clemenza, e per il potere normativo è solo una fastidiosa pronuncia facilmente eliminabile, ridicolizzabile, i cui soggetti sono facilmente coartabili, quindi con

impedimento di ogni sequela; si sa che prima o poi molto pochi sono quelli che non si arrendono alla forza.

Altra cosa invece è affermare, come afferma il Giusnaturalismo, che il diritto è morale, o non è diritto.

È stato scritto che dal Sein (essere), non si può dedurre alcun Sollen (dover essere), come da un fatto non si può dedurre una norma.

Il Giusnaturalismo invece, afferma la giuridicità come dimensione inerente alla stessa realtà dell'uomo e delle sue relazioni.

Ma come afferma Kelsen nella sua opera postuma "Teoria generale delle norme", le norme, come atti di volontà, non rispondono alla logica della ragione, ma a quella della forza.

Non è che Kelsen non consideri il tema dei valori nel diritto, quello che fa, è considerare le stesse norme positive, come fondamento dei giudizi di valore.

Ma Carlos Errazuriz afferma che tra il monismo Gius naturalista e il monismo Gius positivista, esiste un tertium quid; esiste un solo diritto, un unico ordine giuridico, composto da elementi o aspetti naturali ed elementi o aspetti positivi, indubbiamente compenetrati.

Il positivismo formalista comporta la proclamazione di una assoluta autosufficienza della scienza giuridica con una perdita di orizzonti che sbuca in un descrittivismo privo di senso critico.

Ma l'interpretazione giuridica, può essere forte con il diritto naturale e mi pare chiaro che il diritto naturale presuppone necessariamente l'esistenza di Dio, mentre il positivismo non lo presuppone necessariamente.

Seguendo il pensiero di Sergio Cotta, deduco l'eterno ritorno del diritto naturale e soprattutto oggi, nel nostro contesto di crisi profonda dell'umanità, conseguenza di totalitarismi, di rivoluzioni violente, di razzismi.

L'agnosticismo etico del diritto positivo può trasformare questo, da strumento di protezione, in strumento di oppressione, e solo il diritto naturale può costituire allarme e difesa.

La formula positivista "ius quia iussum" non è accettabile perché il diritto non è riducibile alla volontà del legislatore.

Si dice che il Giuspositivismo esprime la fallacia naturalistica che nega la distinzione tra l'essere e il dover essere.

Ma Rosmini afferma l'identità tra diritto e persona, perché in essa è il fondamento del diritto, quando utilizzando Husserl possiamo ben dire che è la coscienza il luogo di costituzione di senso del diritto materialmente presente.

Tutto ciò ha come conseguenza il fatto che Zagrebelsky è costretto a riconoscere che principi morali sono divenuti parte costitutiva del sistema delle norme positive e allora non mi spiego il dualismo antitetico Sein-Sollen.

Ritengo il diritto, nella sua profonda essenzialità, diritto naturale, con la funzione di correggere i vari contingenti diritti positivi; entrambi remano nella stessa barca, se sono antitetici, la barca non procede.

Nell'attuale bicentenario del codice Napoleone, mi pare opportuno ricordare che già Portalis, il giurista che presentò al Primo Console Napoleone, il progetto del codice civile elaborato dalla commissione cui parteciparono pure i giuristi Tronchet, Bigot-Preameneu e Maleville, aveva dovuto affrontare il problema del diritto naturale e del diritto positivo.

Secondo Portalis la Rivoluzione francese era stata una conquista, ma la sua natura guerriera, le impediva emanare leggi giuste, in quanto la sua missione era di abolire, non di costruire, pur essendo necessaria una legislazione di transizione.

La più funesta delle innovazioni sarebbe stata quella di non innovare, ma innovare non voleva dire capovolgere.

Portalis auspica un diritto attento all'evoluzione del costume, ma che eviti sia l'ideologia, sia il culto del precedente.

Portalis *ricerca il fondamento della legge nel diritto naturale e nell'esperienza*, non dimenticando che occorre riflettere sulla laicità del diritto.

Il dovere del legislatore era quello di non tener conto dei canoni religiosi, e ciò a favore di una Ragione, che conosceva i grandi teologi del Medioevo.

Alla religione spettava il compito di tracciare per l'uomo il cammino della perfezione.

La politica invece deve competere con le debolezze umane e deve sforzarsi di evitare i disordini.

Portalis effettua un elogio vibrante dell'indissolubilità del matrimonio, perché fondato sul sentimento e sulla ragione, comprensiva del diritto naturale: il matrimonio è un contratto perpetuo per destinazione.

In sostanza, per me, Portalis accetta il diritto naturale e quindi implicitamente il pensiero della Chiesa e questo torna maggiormente a suo onore, apparendomi che egli non sia cattolico.

Quando Zagrebelsky afferma che distinguere non è separare, io soffro di un impedimento mentale: quando le acque degli affluenti finiscono nel fiume, come è possibile distinguere

senza separare, ammesso che ciò sia possibile?

A mio modesto avviso, che piaccia o non piaccia, la civiltà giuridica impone di evitare radicalismi laici o religiosi.

In tutte le forme dell'umano esistere esiste la litigiosità tra diritto naturale e diritto positivo.

Mi piacerebbe che si tentasse di scrivere i principi giuridici che reggevano le Olimpiadi della classicità greca e quelli che regolano gli attuali giochi di Atene.

È certo che l'Areté greca si concentrava nell'uomo in guerra, non mi risulta che egiziani o persiani partecipassero alle Olimpiadi, periodo di pace, quando la vita era considerata guerra.

Oggi si applaude allo sport, ma non si vive lo sport.

Per me è evidente che diritto naturale e diritto positivo si incontrano e si scontrano nella grande umanità delle Olimpiadi.

Caro Presidente, attendo la cortesia della risposta a un semplice avvocato del Foro di Torino, cui non pare di appartenere alla "società civile", ma che ha la speranza di appartenere alla "civiltà del sottosuolo", dove si beve la vita e la morte in nome di Dio.

Con rispetto.

Umberto Tonoli





Viaggi

AVVOCATI PEREGRINANTES

Una mattina di giugno del 1995 al bar chiacchierando con dei colleghi sulle destinazioni delle prossime vacanze; mi venne da dire che avrei voluto andare a piedi a Santiago de Compostela, di cui avevo sentito parlare. Subito Maria trovò che l'idea era interessante e mi chiese di informarmi sul viaggio.

Cercammo di saperne di più e approfondendo sommariamente lo studio sui pellegrinaggi medioevali, Gerusalemme, Roma e Santiago, scoprimmo che durante il X e l'XI secolo la diffusione dell'attesa escatologica e la parallela concezione millenaristica vide la nascita di un nuovo spirito religioso che la Chiesa, soprattutto attraverso il monastero di Cluny, indirizza su due strade: la costruzione di nuove chiese e il pellegrinaggio.

L'uomo, abituato a vivere entro un raggio di pochi chilometri all'ombra del campanile e della torre del Castello, allarga il suo orizzonte verso uno spazio ideale, quello delle sante e miracolose reliquie, spinto anche da necessità materiali come la ricerca di nuove terre da dissodare, di nuovi mercati per il commercio.

Il pellegrinaggio verso i luoghi di culto diventa non più appannaggio dei signori, ma percorso popolare. Il pellegrino, che può essere un penitente, un chierico, un commerciante o un contadino in cerca di nuova vita, è protetto da uno status speciale, riceve ospitalità e nel contempo vive la sua esperienza come l'ideale perfetto della vita cristiana.

La tomba di San Giacomo a Compostela era stata scoperta nel 813 e per tutto il X, XI e il XII secolo e successivi diventa una delle mete più frequentate della *peregrinatio penitentialis*. Con la crisi del sec. XIV e l'affacciarsi dell'età moderna la sua celebrità viene meno.

Solo nel 1936 un'allieva dell'Ecole de Chartres, Jeanne Viellard pubblica il

libro del *Codex Calistinus*, conosciuto anche come *Liber Sancti Jacobi* del secolo XII, con il titolo di *Guide du Pèlerin de Saint-Jacques de Compostelle*. Solo nel 1949 un gruppo

di giovani intellettuali intraprese il lungo cammino dalla Francia a Santiago di Compostela di cui diede notizie nel resoconto collettivo "Pèlerins comme nos pères".





Molto più difficile fu reperire informazioni pratiche sul percorso del Cammino. Trovammo qualche notizia sulla rivista Missioni Consolata e sul Bollettino Salesiano; in quest'ultimo era pubblicato un resoconto di un giovane che aveva percorso il "Camino" da Leon a Santiago. Comunque alla fine di luglio partimmo per la nostra avventura.

Giunti a Leon mentre passeggiavamo per la città eravamo un po' preoccupati all'idea di dover percorrere a piedi 300 km, con le scarse informazioni disponibili; davanti alla cattedrale illuminata vedemmo le cicogne posate sulle guglie gotiche quasi ne facessero parte; lo spettacolo ci diede serenità e lo considerammo un augurio di "buen camino".

Il giorno seguente, iniziammo a camminare col buio, tutto ci incuriosiva, la scritta "Camino de Santiago" la freccia gialla, o la conchiglia, simbolo stesso di Santiago che i pellegrini portavano sulle vesti, che indica la strada verso Santiago.

Ricordo la nostra gioia, quasi fanciullesca, nello scoprire le frecce gialle e nel trovarle prima del compagno. Poi gli incontri con altri pellegrini Antonio, Lola, i tre pensionati di Burgos che camminavano rapidamente con la canottiera legata allo zaino perché asciugasse.

Presto avvertimmo la stanchezza nelle gambe ed imparammo subito a

conoscere "los peligros del camino: las ampollas, los perros y", qualcuno aggiunge, "los curas".

Un'altra cosa che ci ha incuriosito è stata la raccolta dei sellos (timbri) sulla credential per attestare di aver percorso a piedi le varie tappe. Ricordiamo in particolare il passaggio vicino alla "cruz de hierro", ai piedi della quale i pellegrini depositavano la pietra che portavano dal loro luogo di partenza, a simbolo dei loro peccati, l'albergue del Manjarin dove l'hospitalero suona una campana per richiamare i pellegrini: si tratta di un hospitalero particolare, Tomàs il templario, che da anni si dedica ai pellegrini facendo suo il detto evangelico "qui vos recipit, me recipit".

A poco a poco, camminando lentamente sui sentieri assolati della meseta o in mezzo ai boschi di eucaliptus, la magia del "camino" è penetrata in noi sino a diventare una seconda pelle.

Nelle lunghe giornate di cammino abbiamo riscoperto la bellezza dell'andare a piedi, passo dopo passo, imparando a misurare ad occhio le distanze, ammirando la sera lo splendore della via lattea o come la definisce Dante "quello bianco cerchio che lo vulgo chiama la via di sa Jacopo".

Ripercorrere oggi il "camino di Santiago" strada che milioni di pellegrini dall'anno 813 hanno percorso, spinti dalla devozione, da un voto fatto, da una penitenza da eseguire, o solamente da spirito di avventura, significa

ritrovare il fascino di un percorso ricco non solo di fede, ma di arte e di storia.

Nell'andar peregrinando, con uno zaino di 9 chili, abbiamo imparato che l'importante non è dato dalle cose che portiamo con noi, ma piuttosto dalle cose che apprendiamo sulla via, dalla capacità di ascoltare, di condividere con gli altri esperienze diverse e dalla solidarietà fraterna che si instaura fra i pellegrini.

Le motivazioni dei pellegrini oggi-giorno sono le più varie e spaziano dal semplice esercizio fisico, dal desiderio di riscoprire il nostro passato, le nostre radici, alla ricerca di una consapevolezza interiore, di una percezione della propria religiosità, di un contatto quotidiano con il mistero e la presenza di Dio.

Giunti a Santiago dopo l'abbraccio alla statua di San Giacomo assistiamo alla messa del pellegrino a mezzogiorno dove il Botafumeiro l'immenso incensiere vola in alto tra le navate della cattedrale spinto da sedici braccia,

Siamo sicuri che a tutti, con qualsiasi motivazione si sia percorso il Camino, il Santo abbia parlato e che tutti, dopo essere giunti sulla Plaza de Obradoiro, ci sentiamo un po' migliori.

Poi il ritorno portando dentro di noi una grande gioia interiore e la consapevolezza che l'amico Santiago ci aspetta il prossimo anno per riempirci di nuovi doni.

**Maria Elena Crippa
e Paolo Clerici**



Recensioni

VITA DI UN AVVOCATO DI FRANZO GRANDE STEVENS

L' autobiografia di un avvocato non può essere il dipanarsi via via aggiornato dei casi e delle persone che hanno popolato la sua vita professionale perché l'avvocato non può raccontare i ricordi e deve avvolgere la memoria nei panni clementi del segreto.

Può invece ripercorrere i valori ai quali si è ispirato, le battaglie per le quali si è impegnato a ricordare i colleghi con i quali ha condiviso i primi e le seconde.

Lo ha fatto il collega Franzo Grande Stevens che, riproponendo una seconda aggiornata edizione della "Vita d'un avvocato", (Cedam 2004), ritorna su quei profili sociologici e deontologici della professione che gli sono da sempre così cari.

La rilettura delle sue relazioni ai congressi giuridici forensi e dei saggi pubblicati svela il tema prediletto: il richiamo ai doveri di correttezza nei confronti di tutti gli operatori e nei confronti della committenza. Non solo i doveri che nascono dai progetti morali

e comportamentali propri della tradizione del gruppo, ma anche il dovere del continuo perfezionamento della propria professionalità, il necessario adeguamento delle competenze al mutare delle norme e più ancora al mutare della società; e ciò per evitare che la nostra professione, se non sorretta da senso del dovere, dal rispetto delle regole e dall'aggiornamento continuo, rischi di trasformarsi in esercizio "socialmente pericoloso" per la collettività.

I lavori raccolti, dagli anni ottanta ad oggi, non parlano soltanto del cambiamento del ruolo dell'avvocato privatista o dell'irruzione della cultura giuridica extranazionale sulle consolidate metodiche, ma portano anche a constatare le speranze deluse per le mancate riforme, i progetti svaniti, la battaglia persa contro la moltiplicazione dei tempi nel servizio giustizia.

Non poteva mancare, a congedo, una galleria di ritratti di padri della professione che indicano i debiti intellettuali,

i legami di stima e di amicizia che hanno legato Franzo Grande Stevens ai colleghi ricordati.

Non poteva mancare l'omaggio alla tradizione forense partenopea di Francesco Barra Caracciolo, il commosso ricordo del caro Fulvio Croce, l'ammirazione per il rigore e la raffinatezza di pensiero di Piero Calamandrei.

Ed ancora Paolo Greco, ricco di talento e di coraggio, Carlo Majno per la sua dedizione, Manlio Brosio per la sua composta fermezza, Mario Bellini per il suo spirito di sacrificio, Angiola Sbaitz, Angiolo Falzea.

Infine gli intransigenti, coloro che hanno fatto della tensione morale e del senso di giustizia la ragione di vita. Quelli che – direbbe Calamandrei – sta a noi far vivere o morire per sempre. Ed allora si parla di Dante Livio Bianco, di Faustino Dalmazzo e di Alessandro Galante Garrone.

**Fulvio Gianaria
Alberto Mittone**



Recensioni

“PENDOLO”

Umanità. Un forte senso di attenzione e di condivisione dei piccoli/grandi drammi quotidiani.

Questo è il sentimento più forte che emerge dall'ultima fatica letteraria di Massimo Ottolenghi.

Partendo da suggestioni autobiografiche, l'Autore ritorna, con la memoria, al suo primo incarico di Magistrato in una cittadina piemontese nel 1948.

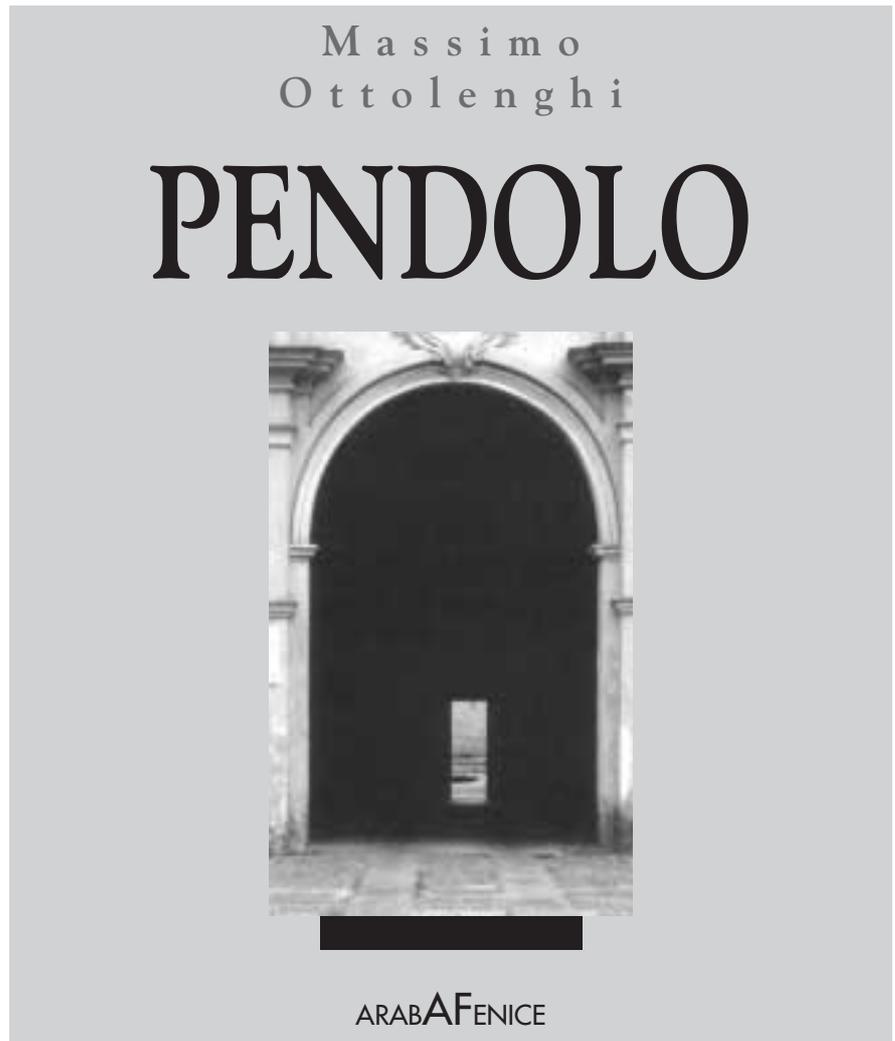
E la descrizione delle figure principali che agiscono nella vicenda vale, già da sola, la lettura del libro: dal Maresciallo dei Carabinieri, ormai prossimo alla pensione, al Cancelliere, al Vice Pretore, all'emigrato dal Sud che vende i suoi poveri prodotti proprio davanti alla Pretura, alla titolare della locanda che darà ospitalità al Magistrato, all'Ufficiale Giudiziario ed alla sua conturbante e fascinosa moglie, sino a “Pendolo”, il silenzioso ed inquietante personaggio che, con la sua caratteristica e goffa camminata, dà titolo al volume.

La “storia” quotidiana di queste persone semplici (seppur delineate con tratti precisi e netti), si interseca abilmente con la “Storia” che tutta l'Italia vive in quell'anno: la vittoria della Democrazia Cristiana, la fine delle illusioni derivanti dalla Resistenza, l'attentato a Togliatti e gli scioperi ed i disordini che ne seguirono, la vittoria di Bartali al Giro di Francia, ecc...

Il racconto, con i ritmi di un vero e proprio giallo o di un “legal thriller”, si dipana attraverso episodi strani ed inquietanti, che fungono da segnali premonitori di un omicidio di una vecchia che viveva da sola in un alto ed inaccessibile torrione.

L'indagine condotta dal Pretore e dal Maresciallo dei Carabinieri, nonostante gli evidenti tentativi di depistaggio, compiuti anche in “alto loco”, porta a sospettare di tutti, in un intrico avvincente di false accuse, di silenzi ed allusioni.

Più sullo sfondo rimangono i “potenti”, i veri registi della vicenda: il



Senatore, il Barone e, soprattutto, il Monsignore che, in un colloquio privato con il giovane Magistrato confessa di non riuscire più a comprendere un mondo così cambiato:

“Anche in questa nostra «Provincia Granda» ormai tutto è sradicato, gli uomini dalla terra in officina e in città, gli operai contro i contadini, braccianti e giornalieri contro mezzadri e fittavoli, e questi, contro i padroni. I signori a Roma o a Torino, con la crisi delle fittanze... L'arrivo delle società anonime, dei padroni senza volto, né anima. Troppi guasti. Tutto disumanizzato e

insidiato dalla politica, dai sindacati, dai partiti... Troppa confusione. Troppo complicato e difficile da sbrogliare...”.

Sembra di risentire le parole del Principe in “Il Gattopardo” di Tomasi di Lampedusa quando afferma, in epoca immediatamente successiva al 1861, di non sentirsi più nel suo ruolo, inadatto sia per il “vecchio regime”, sia per il nuovo Regno d'Italia.

Insomma, una lettura piena di freschezza e di “suspence”, che tiene il lettore incollato alle pagine sino al finale, tutto a sorpresa!

Alessandro Re