

# ASSOCIAZIONE NAZIONALE GIURISTI DEMOCRATICI



## ASSEMBLEA GENERALE

### “Quale progetto per quale giustizia?”

Centro Universitario di Padova  
via degli Zabarella, 82

sabato 26 novembre ore 9.15 - 18.30

Interventi di saluto:

**Flavio Zanonato** – Sindaco di Padova

**Lorenzo Locatelli** – Presidente Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Padova

**Relazione introduttiva:**

**Roberto Lamacchia**

Presidente Nazionale Giuristi Democratici

*Coordina:* **Leonardo Arnau**

Presidente Associazione Giuristi Democratici “G. Ambrosoli” di Padova

*Ne discutono:*

**Giovanni Palombarini**

*già Procuratore Generale aggiunto presso la Corte di Cassazione*

**Gaetano Campo**

*Consigliere Corte d’Appello di Venezia - sezione Lavoro*

**Alberto Lucarelli**

*Ordinario di Diritto Pubblico - Università di Napoli Federico II*

**Lorenzo Miazzi**

*Consigliere Corte d’Appello di Venezia - sezione Penale*

**Marco Mascia**

*Ordinario di Relazioni internazionali - Università di Padova*

*Saranno presenti:* Anna Maria Alborghetti, Andrea Andriotto, Paolo Benvegnù, Rita Bernardini, Don Albino Bizzotto, Andrea Castagna, Ornella Favero, Paolo Giaretta, Gabriele Guarda, Carlo Leoni, Margherita Miotto, Attilio Motta, Alessandro Naccarato, Massimo Pallotta, Daniela Ruffini, Giovanni Russo Spina, Piero Ruzzante, Elias Vacca.

**Domenica 27 novembre ore 10,00 - Assemblea degli iscritti**

individuazione linee programmatiche; elezione dei membri dell’Esecutivo nazionale e del tesoriere; approvazione del bilancio;  
ore 13,30 Chiusura dei lavori

**Padova, 26/11/2011**

**Assemblea Nazionale Giuristi Democratici**

### **DOCUMENTO PROGRAMMATICO**

Da anni la nostra Associazione va evidenziando come il problema della Giustizia in Italia rappresenti un punto di particolare rilievo, perché attraverso un attacco al “sistema giustizia” come lo abbiamo conosciuto, si stava sviluppando una progressiva erosione dello stato di diritto, con grave compromissione della tutela dei diritti dei cittadini; la situazione è andata progressivamente peggiorando attraverso l’abbattimento, tramite le leggi *ad personam*, di baluardi del nostro sistema; attraverso la riduzione degli stanziamenti per la giustizia; attraverso l’esaltazione di un sistema di giustizia privata (arbitrati, carceri gestite da privati).

In un’ottica, dunque, di difesa e di miglioramento di un sistema giustizia che miri all’attuazione concreta del principio costituzionale dell’uguaglianza tra i cittadini e di garanzia e tutela, in particolare di quei cittadini meno abbienti, meno tutelati, abbiamo deciso, in occasione della nostra Assemblea Nazionale, di predisporre, come peraltro avevamo già fatto in occasione di altri momenti assembleari, un documento che servisse da stimolo per una discussione ad ampio raggio sull’intero sistema giustizia, documento che fotografasse l’attuale situazione di sfacelo e, nello stesso tempo, fornisse suggerimenti e proposte che potessero servire alle forze politiche, alle associazioni, alle organizzazioni sindacali, alla società per giungere all’elaborazione di quel progetto complessivo sulla giustizia di cui si avverte la mancanza ormai da anni.

Il documento, scritto a più mani grazie all’opera dei membri del Comitato Esecutivo dei Giuristi Democratici, è stato elaborato, ovviamente, prima della deflagrazione della crisi economica, delle dimissioni del Governo, del maxi emendamento alla legge di stabilità: dunque, per certi aspetti può apparire lontano dai temi che agitano la vita politica in questi giorni; ma ciò non è vero in prospettiva, posto che, comunque, sia qualora un Governo “tecnico” assuma la gestione della situazione, sia che si vada immediatamente a nuove

elezioni, in ogni caso appare indispensabile per la sinistra, nel cui ambito la nostra Associazione è stabilmente radicata, elaborare un progetto da sottoporre all'attenzione dei cittadini per rispondere alla loro domanda di giustizia e per costituire, così, una vera alternativa al Governo dell'erosione dei diritti, rappresentato dal centro-destra.

Abbiamo cercato di esaminare i vari settori della giustizia, ma con particolare attenzione a quelli sui quali la nostra Associazione si è più particolarmente concentrata: il lavoro, il processo penale, il carcere, il diritto di famiglia, le questioni di genere, l'immigrazione, i beni comuni, la riforma professionale ed il ruolo dell'avvocato nella società; per mancanza di tempo, manca, invece, la parte sul diritto e processo civile, temi sui quali ci riserviamo di intervenire in sede assembleare.

Ogni spezzone del documento non vuole certo essere esaustivo degli argomenti da trattare, ma crediamo che attorno ad essi possa nascere un dibattito in sede assembleare a Padova e nelle commissioni di lavoro che ivi si formeranno, che consenta di meglio definire la posizione complessiva dei Giuristi Democratici sui temi trattati, magari consentendo l'elaborazione sintetica di alcune proposte irrinunciabili da porre all'attenzione delle forze politiche.

## **1) IL LAVORO**

Da tempo sottolineiamo che il diritto ed il processo del lavoro stanno vivendo una situazione di grossa crisi, legata all'attacco concentrico che viene portato al sistema dei rapporti di lavoro su cui è fondato il nostro Stato.

La nostra Carta Costituzionale recita, infatti, all'art. 1, che "la Repubblica Italiana è fondata sul lavoro" ponendo, così, quest'ultimo come elemento fondante la nostra Repubblica: non è uno dei diritti sanciti dalla Carta Costituzionale, ma è il diritto su cui tutto il sistema si basa. Il dettato costituzionale ha trovato, poi, attuazione, anche a seguito di una lunga fase di lotte sociali, con le leggi 300/70 e 533/73 che hanno sancito il valore fondante, e prevalente su altri diritti eventualmente contrapposti, del diritto al lavoro.

Naturalmente, questo favore per il diritto dei lavoratori non poteva non incontrare la dura opposizione da parte del padronato e delle forze di centro-destra che, però, hanno faticato,

per anni, ad ottenere risultati grazie alla diffusa adesione, da parte della società civile, a quella gerarchia di valori costituzionalmente prevista. Ma non sono mancati nel corso degli anni pesanti attacchi al sistema giuslavoristico; basta ricordare, in proposito, la dura offensiva portata dal Governo Berlusconi contro le tutele previste, in materia di licenziamenti, dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori e che è stata respinta grazie ad una mobilitazione popolare che ha interessato tutti i settori della società. Ma l'iniziativa datoriale non si è mai arrestata e ha tentato di far passare, soprattutto sotto il profilo culturale, con qualche successo, nel ragionamento comune e nel comune sentire, dei giuristi e della società, idee e concetti che, sotto l'apparente etichetta della modernizzazione e dell'efficienza, finivano per far perdere al diritto e al processo del lavoro quei caratteri di primazia sugli altri diritti. Purtroppo, anche nell'ambito sindacale e della sinistra, si è venuto a insinuare il dubbio che le tutele previste in favore dei lavoratori dovessero necessariamente essere riviste, anche alla luce del fatto che esse finivano con il creare una situazione di disuguaglianza tra lavoratori con contratto di lavoro a tempo indeterminato e lavoratori precari: invece che cercare di portare questi ultimi allo stesso livello di garanzia dei primi, si è finito per accettare il percorso inverso, per cui si considerava legittimo porre in discussione anche le tutele previste per i lavoratori a tempo indeterminato. Con un'abile opera di manipolazione, si è trasformato il concetto di flessibilità, che in sé può contenere anche aspetti favorevoli per il lavoratore, in precarietà, rendendo quest'ultima nuovo ed indefettibile strumento per lo sviluppo della società; il Sindacato, da un lato, non è stato in grado di comprendere quanto stava accadendo e, dall'altro, proseguendo nella difesa dei lavoratori stabili, ha finito per consentire che si acuisse il divario tra lavoratori stabilizzati e precari; così, oggi assistiamo alla penosa situazione del padronato e di Confindustria, che accusano il Sindacato di fomentare la guerra tra giovani generazioni (precari) e anziani (stabilizzati), dimenticando che è stato, invece, l'inserimento nel nostro ordinamento delle figure di lavoro atipico, e soprattutto il loro uso indiscriminato da parte padronale, a creare questa situazione.

E' in questo clima culturale in fase di involuzione che si è inserito pesantemente il governo Berlusconi, nelle sue varie fasi, che non solo ha apportato attacchi al diritto sostanziale, ma

anche a quello processuale, senza che da parte dell'opposizione di centro-sinistra, vi sia stata una rigorosa ed efficace contrapposizione.

Va ricordata, in questo senso, la normativa prevista dalla Legge 30 che ha messo in discussione il principio, per cui la regola, nella costituzione di un rapporto di lavoro, è il rapporto a tempo indeterminato, mentre l'eccezione è il lavoro atipico o precario e che ha creato organismi certificatori sulla natura del rapporto di lavoro.

In questo contesto peggiorativo va, poi, ricordato il recente Collegato Lavoro, con le sue norme miranti a limitare i poteri di intervento del Giudice nelle controversie di lavoro, con l'introduzione di una forma di giustizia privata affidata agli arbitri e con l'introduzione di ulteriori decadenze in materia di impugnazione dei licenziamenti e di disposizioni limitative in materia di contratto di lavoro a tempo determinato.

A ciò si deve aggiungere l'attacco alla gratuità del processo del lavoro, varie volte tentato nel corso degli anni e che ora, invece, ha portato all'introduzione del contributo unificato anche per le cause di lavoro e per quelle previdenziali.

La vivace reazione dell'opinione pubblica e, parzialmente, delle Organizzazioni Sindacali, ha limitato la portata di questa innovazione legislativa, esentando dal pagamento del contributo i lavoratori con reddito imponibile sino a 31.884,00 Euro annui: ma ormai è stato infranto il baluardo della gratuità che resisteva da oltre 50 anni; in un prossimo domani sarà facile, magari richiamandosi alla gravità della crisi economica in essere, abbassare il limite dell'esenzione o cancellarla del tutto.

Dunque, siamo in una situazione in cui il diritto sostanziale è in fase di completa involuzione ed il Giudice si trova, a volte, nell'impossibilità di accertare la vera natura del rapporto di lavoro a causa, da un lato, dell'esistenza di organi certificatori che hanno già messo il timbro sulla natura di quel rapporto, dall'altro, dei limiti al loro intervento introdotti dal Collegato Lavoro.

Da anni si parla di crisi del mercato del lavoro e, conseguentemente, della necessità di riforma del diritto del lavoro, ma non si comprende perché, riducendo le garanzie ed i salari per i lavoratori, si riduca la crisi; anche gli ultimi provvedimenti di blocco di parte delle voci salariali dei lavoratori (poi parzialmente rientrati) non aiuterebbero certamente ad

uscire dalla crisi, ma, casomai, ridurrebbero il potere d'acquisto dei lavoratori, con conseguente contrazione del mercato interno.

La strada per noi più ragionevole per riformare il mercato del lavoro, invece, è quella di estendere garanzie e diritti ai lavoratori precari, disciplinando in maniera rigida i casi di possibile applicazione di rapporti di lavoro atipico e rendendo il ricorso a tale tipo di contratti più oneroso del normale rapporto di lavoro a tempo indeterminato; così facendo, si ridurrebbe drasticamente la distanza tra lavoratori stabilizzati e precari e si favorirebbe certamente una qualche ripresa del mercato.

Insomma, nell'attuale fase vengono messi in discussione, e capovolti, principi che ogni giurista, di qualsiasi formazione, dava per assodati, come la specialità del diritto del lavoro rispetto al diritto civile/commerciale, in ragione della presenza, nel rapporto di lavoro, di un contraente debole, che rende necessaria una particolare tutela dello stesso; oggi, invece, come ha affermato il Relatore della Commissione Lavoro della Camera, Cazzola, il diritto del lavoro viene considerato, né più, né meno, che una branca del diritto commerciale! E questo è il vero problema: si è totalmente persa di vista quella che era la ratio dello Statuto dei Lavoratori e della Legge 533/73 sul processo del lavoro, vale a dire l'esistenza di un complesso di regole particolare, con sue proprie caratteristiche anche sul piano processuale, che interpretava quel valore fondante del lavoro, voluto dai padri costituenti. E bisogna fare attenzione, perché anche dall'Europa arrivano segnali niente affatto incoraggianti in tal senso, se solo si pensa che nella Carta dei Diritti di Nizza il "diritto al lavoro" del cittadino viene mutato in "diritto a lavorare", che ci pare concetto ben diverso.

In definitiva, ciò che deve essere sconfitto è il concetto che il lavoratore sia una merce, da utilizzare quando e se serve, secondo la formula del "just in time" sempre richiamata dal Prof. Gallino nella ricostruzione dell'evoluzione del capitalismo. Dunque, nel mercato del lavoro, il lavoratore diventa una delle merci che l'imprenditore utilizza per realizzare il prodotto; è ovvio che, se passa fino in fondo questa filosofia, il diritto del lavoro sarà morto definitivamente. In questo stesso filone si inserisce l'iniziativa delle forze del centro-destra volta alla modifica dell'art. 41 Cost., in relazione all'iniziativa imprenditoriale privata: la modifica che si richiede è "semplicemente" quella di abrogare la parte della norma che

vuole che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana! Secondo questo progetto di modifica costituzionale, dunque, l'iniziativa privata sarebbe libera da ogni vincolo non espressamente imposto dalla legge. Se a ciò aggiungiamo l'idea del lavoratore inteso come merce, sopra ricordata, è evidente che non avrà più senso parlare di diritti dei lavoratori, i quali saranno sottomessi alla libera iniziativa imprenditoriale, e di diritto del lavoro non si parlerà più.

E tutto ciò, secondo i fautori di questa linea (che è riduttivo definire liberista), sarebbe reso necessario per la presenza di un eccesso di protezione legale dei lavoratori, di pronunce giurisprudenziali troppo legate a concetti ritenuti superati, di un mercato del lavoro troppo rigido, di un sistema contrattuale che non consentirebbe alle imprese di saturare gli impianti, aumentando, così, la produzione.

Il caso FIAT appare emblematico anche (oltre che per la questione della rappresentanza e rappresentatività sindacale in azienda) sotto questo aspetto: in una situazione di crisi di vendite, la società chiede di poter aumentare la produttività, senza minimamente spiegare come potrà, poi, vendere il surplus di produzione; ed in cambio di ciò, sbandiera un aumento dei salari determinato, invece, solo ed esclusivamente, dall'aumento dell'orario e dei ritmi di lavoro.

Crediamo, dunque, che si debba invertire il percorso che si sta delineando, ripartendo da principi non negoziabili, quali la tutela della dignità del lavoro e del lavoratore che dovrà essere messa al centro di ogni decisione ed innovazione; si dovranno incrementare, come detto, le tutele dei lavoratori precari, ribadire il carattere di eccezionalità dei rapporti di lavoro atipici, rendere più oneroso per le aziende il ricorso agli stessi, introdurre modifiche in tema di ammortizzatori sociali e di politica economica (salario minimo garantito; indennità di disoccupazione).

Solo così sarà possibile capovolgere il piano inclinato che sembra portare ineluttabilmente alla cancellazione di ogni diritto in capo ai lavoratori e alla fine del diritto del lavoro come lo conosciamo.

Se questa è la situazione sul piano del diritto sostanziale, ancora più drammatica appare la situazione sul piano processuale.

Il processo del lavoro, così come era stato voluto dal legislatore del 1973 sopravvive a fatica.

La L.533/73 era caratterizzata, infatti, da

- 1) rapidità nello svolgimento del processo;
- 2) concentrazione nell'assunzione della prova e della decisione;
- 3) ricerca della verità sostanziale, con attribuzione al Giudice di poteri istruttori d'ufficio;
- 4) pubblicità del processo, che doveva svolgersi in pubblica udienza, come il processo penale;
- 5) sostanziale "favor laboratoris" nella conduzione e nella conclusione del processo;
- 6) oralità;
- 7) gratuità totale del processo.

Strumento, dunque, agile ed incisivo, che richiedeva entusiasmo ed impegno.

Di tutto ciò resta molto poco e a macchia di leopardo, con alcuni Tribunali nei quali, sia pure con grande fatica ed impegno, si riescono ancora a mantenere quelle caratteristiche ed altri nei quali il processo del lavoro ha perso ogni caratterizzazione ed è ormai accomunabile al processo civile ordinario; e ciò sulla base di un'asserita impossibilità di attuazione di quel processo che, per la sua natura, avrebbe determinato arretrati mostruosi. Ora, se gli arretrati ed i tempi di conclusione dei processi sono francamente inaccettabili in moltissimi Tribunali italiani, la semplice constatazione che, invece, in altri venga mantenuta la durata dei processi in tempi ragionevoli, dimostra che, in sé, il processo del lavoro è perfettamente realizzabile.

Ed allora occorre intervenire solo su quelle zone grigie del processo del lavoro, costituite, da un lato, dall'esistenza di un arretrato ormai ingestibile con sistemi ordinari, con conseguente, necessaria introduzione di Sezioni stralcio; temiamo, infatti, che nella situazione data non esista altro strumento se non quello di azzerare l'arretrato superiore ai 3 anni, istituendo Sezioni stralcio composte, però, stante la delicatezza della materia e la rilevanza costituzionale dei diritti trattati, da persone di esperienza e competenza, come ex

magistrati, ex docenti universitari, avvocati giuslavoristi in pensione, onde consentire ai Magistrati in ruolo, secondo organici da ridefinire in funzione di una più equa redistribuzione dei carichi di lavoro, di eliminare l'arretrato più recente e di procedere alla definizione delle nuove cause in tempi accettabili.

Sotto altro profilo, poi, occorrerà intervenire riducendo quanto più possibile la vera origine del carico di lavoro, rappresentata dalla materia previdenziale: qui sarà indispensabile intervenire direttamente sull'INPS, ma anche sui patronati e sugli avvocati per evitare il proliferare di cause che potrebbero essere risolte molto banalmente o con una preventiva visita medica collegiale o con il riconoscimento diretto della prestazione da parte dell'Istituto nei casi di cause seriali, sulle quali la Magistratura abbia già espresso con chiarezza il suo orientamento.

Si tratterà, poi, di applicare in ogni Ufficio Giudiziario quelle prassi virtuose che hanno consentito ad alcuni Tribunali italiani di mantenere tempi accettabili di risoluzione delle controversie; naturalmente, molto dipenderà, in questo senso, dal comportamento dei Dirigenti delle Sezioni Lavoro, che dovranno controllare che i Giudici seguano scrupolosamente le direttive impartite sulla base di quelle prassi virtuose sopra indicate.

Un altro aspetto pare opportuno trattare: quello degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali.

Qui la questione si sdoppia, perché riguarda sia l'aspetto prettamente lavoristico, nel caso venga prescelta la via civilistica del risarcimento del danno, sia quello penale, se viene prescelta la strada della costituzione di parte civile.

Ora, se nel primo caso la preparazione e la competenza dei magistrati non è, normalmente, in discussione, nel campo penale, invece, la situazione è molto delicata.

In particolare, il problema riguarda le Procure della Repubblica (e le Procure Generali) che non hanno, in linea di massima, Magistrati professionalmente specializzati nella materia degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali e, conseguentemente, vanno a rimorchio della notizia criminis che ricevono, e non sono in grado di esercitare controllo e vigilanza sul fenomeno che consentirebbe di comprenderne meglio l'ampiezza e la gravità;

l'esempio della Procura della Repubblica di Torino è emblematico di un modo di procedere capillare, che ha dato risultati anche in funzione preventiva, oltre che repressiva.

Vi sono, poi, molti casi in cui le Procure, vuoi per mancanza di personale, vuoi per scarsa attenzione al fenomeno, non si sono minimamente attrezzate e gli infortuni vengono seguiti dal Sostituto di turno, magari senza alcuna competenza specifica; vi sono dei casi in cui il Procuratore della Repubblica, addirittura, delega alle ASL il compito di valutare se quel determinato infortunio o malattia professionale presenti aspetti penalmente rilevanti. Affidare l'esercizio dell'azione penale alle ASL pare francamente eccessivo.

Dunque, ogni Procura della Repubblica dovrebbe dotarsi di un pool di magistrati (o, almeno, di un magistrato) formati professionalmente sulla materia; lo stesso discorso vale per le Procure Generali, che dovrebbero svolgere un lavoro di coordinamento sull'attività delle singole Procure territoriali.

Qualche accenno, infine, merita la recente approvazione, nell'ambito della manovra finanziaria, dell'ormai "famigerato" art. 8 L. 148/11 che ha introdotto misure definite "a sostegno della contrattazione collettiva di prossimità".

Ora, a parte l'uso del termine "prossimità", incomprensibile, ma che forse vorrebbe rimandare ad una maggior vicinanza ai problemi dei lavoratori tramite la contrattazione aziendale, ci troviamo a confrontarci con una normativa, sulla quale non è stato possibile all'opposizione nemmeno discutere in Parlamento, essendo stata posta, come è noto, dal Governo la fiducia sull'intera manovra, che stravolge principi fondamentali del diritto del lavoro. E' evidente che il Governo, ed il suo Ministro Sacconi in primis, abbiano utilizzato il pretesto della crisi economica per picconare le tutele del lavoro, finendo così per rendere innocuo l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, per la difesa del quale tanto si era combattuto qualche anno fa. Sono evidenti gli aspetti di incostituzionalità della norma che sono già stati sottolineati da molti costituzionalisti e giuslavoristi e che hanno portato al lancio immediato di un appello da parte di giuristi, sindacalisti e politici per la proposizione di un referendum abrogativo dell'art. 8, non apparendo certo sufficiente l'impegno (significativo, peraltro, della pericolosità della norma) delle Organizzazioni Sindacali, dei lavoratori e datoriali, assunto il 21 settembre 2011, subito dopo l'approvazione della L. 148/11, di

mantenere comunque le materie della contrattazione nei limiti dell'Accordo Interconfederale 28 giugno 2011, riducendo di fatto, così, (ma non annullando) la portata e la gravità della nuova norma.

Occorrerà, dunque, battersi da subito per la cancellazione di questa norma, con tutti gli strumenti a disposizione, a partire dal sollevare questioni di illegittimità costituzionale davanti ai Giudici del lavoro, proseguendo con un'opera di capillare informazione, nelle fabbriche e negli altri luoghi di lavoro, nelle scuole, sulla portata e gravità dell'art. 8, ed aderendo, infine, alla campagna per la raccolta delle firme per l'abrogazione della norma.

Insomma, sul campo del diritto del lavoro si svolgerà, nei prossimi mesi ed anni, una delle battaglie più incidenti per la difesa della nostra democrazia, ma non riusciremo a vincerla, se non saremo in grado di vincere prima la battaglia culturale di rovesciamento dei valori oggi predominanti, rimettendo in primo piano la dignità del lavoro e del lavoratore.

## **2) LA FAMIGLIA: ISTITUZIONE MASSACRATA**

Il movimento delle donne nei suoi primordi considerava la famiglia come istituzione patriarcale, prima artefice della subordinazione attraverso la ruolizzazione dei suoi membri, ed in particolare della donna.

Nel tempo questa critica così radicale si è fortemente attenuata, anche per il fallimento di esperienze alternative, dovuto alla crisi del welfare, e quindi alla carenza di servizi, costringendo a fare i conti con l'unica realtà che, nel bene e nel male, ancora si occupa dell'attività di cure.

Tuttavia ciò non impediva che l'istituzione famiglia si modificasse nel tempo sicché da tempo ormai è possibile parlare non più di "famiglia" ma di "famiglie", che si allargano includendo nuovi soggetti, mentre i ruoli si sovrappongono o si inter-scambiano. Le famiglie diventano nucleari o anche monosesso, le attività di cure che i parenti stretti non riescono o non vogliono più gestire, danno luogo ad altri nuclei familiari, in cui uno dei membri è un anziano/a e l'altro membro gli è legato non solo da rapporti economici; per non parlare della crisi abitativa che da una parte costringe ex coniugi a rimanere nella vecchia casa, senza che questo faccia loro costituire una famiglia, e dall'altra spinge nuclei

familiari “residui” a coabitare per necessità .In alti casi le famiglie diventano puramente affettive, poiché non legate da altri rapporti che non la quotidianità, fondata sugli affetti.

La famiglia quindi, così come era stata concepita nel nostro ordinamento legislativo è oggi solo una delle tante forme, e talora non la preponderante.

Per anni statica, improvvisamente la forma della famiglia così come descritta nella Costituzione Italiana è diventata sorpassata, anzi, la famiglia, che prima appariva come un moloch, un tempio inespugnabile, sempre uguale a se stessa , si è messa in movimento e nel corso della stessa vita di un individuo è possibile che si sperimentino e si vivano diverse tipologie di famiglie, diverse forme di famiglia.

Quale potrebbe essere oggi la definizione più adeguata per queste “nuove famiglie”?

Forse la definizione migliore è quella di “ formazione sociale che si basa sugli affetti”.

Ma se questa definizione può soddisfarci dal punto di vista intellettuale ed ideologico, tuttavia ci si rende conto di come essa non sia codificabile, e quindi si stenta a trovare una collocazione giuridica che sia produttrice e garante di diritti.

Sembra incredibile, ma l'Italia è buon ultima nel legiferare sulla regolamentazione delle coppie di fatto, siano esse etero che omosessuali, o siano esse le nuove formazioni cui ho appena accennato.

Il peso della Chiesa cattolica, nei decenni addietro attraverso i partiti di riferimento ed oggi direttamente, esercita un potentissimo potere regressivo e paralizzante.

In tutto questo possiamo dire che il matrimonio è diventato oggi assolutamente secondario, e perlopiù ci si piega ad esso quasi solo per i vantaggi di tipo economico e burocratico che comporta.

L'evoluzione legislativa comunque non ha seguito gli stessi ritmi, e, se una volta potevamo dire che le leggi erano un passo indietro alla società, oggi possiamo affermare che questa distanza è diventata abissale.

In questo momento al parlamento italiano vi sono proposte di leggi che rispondono alle varie spinte eterogenee con la volontà di riformulare il diritto di famiglia, che ricordiamolo, fu soprattutto il frutto delle lotte delle donne, degli studenti e degli operai

nella seconda metà del secolo scorso e in particolare a partire dagli anni 70 e fino alla prima metà degli anni 80.

Non vogliamo qui ripercorrere la storia delle conquiste legislative e sociali delle donne a partire dal dopoguerra ad oggi. Vale però la pena di osservare che le donne con l'attiva partecipazione alla resistenza e alla lotta partigiana, guadagnarono il diritto al voto, ma non alla parità. La parità in famiglia, almeno formale, fu parzialmente conquistata solo nel 1975 con il nuovo diritto di famiglia. I punti fondamentali di quella riforma furono la proclamazione della uguaglianza nell'ambito del matrimonio, sia nella parte genitoriale che in quella economica, la comunione dei beni che, capovolgendo l'impostazione precedente, conferiva riconoscimento al lavoro casalingo e domestico.

La spinta al rinnovamento, Chiesa cattolica permettendo, continuava fino al 1987, passando per l'approvazione della legge 194 (aborto) e fino alla modifica della legge sul divorzio (74/87), che avvalorava ancora maggiormente il casalingo, riconoscendo all'ex moglie una quota di TFR in ragione degli anni di matrimonio. Molto criticata dalla destra questa norma è risultata poi di difficile applicazione, e pur portando l'autorevole firma di una donna, non si spinge al punto da intaccare i ceti professionali ed imprenditoriali.

Solo di passata vale la pena di ricordare che qualche barlume di leggi a favore delle donne ci viene ancora, dalla legge sulla violenza sessuale nell'anno 1996, a quella sull'allontanamento del familiare violento anno 2001 (anche questa legge porta la firma di una donna).

Viceversa il movimento delle donne subisce una grave ed irreparabile sconfitta con la legge sulla maternità assistita (poi smantellata a colpi di interventi della Corte Costituzionale) ma da quel momento inizia il ciclo in "ribasso" delle conquiste femminili. La legge 54/06 comunemente detta legge sull'affido condiviso ha dimostrato nel tempo di essere sostanzialmente una legge regressiva e penalizzante per le donne. Non è in discussione la bigenitorialità, peraltro già proclamata nella legge del 1975, ribadita nell'87, solennemente dichiarata nel 1991 dalla convenzione di New York sui diritti del fanciullo. La funzione della donna sembra essere ricondotta esclusivamente a quella di contenitore, il maternage sembra limitato al lavoro di cura, che si esaurisce con la maggiore età del minore, perfino

l'assegno di mantenimento post-divorzio è diventato un assegno cd di “solidarietà”. A questo si unisce la maggiore facilità a perdere l'assegnazione della casa, la difficoltà a cambiare città, senza voler parlare della perdita della casa, oltre che dell'assegno in caso di nuova relazione stabile, reintroducendo il concetto di colpa ad “effetto ritardato”. Ciò si congiunge alla situazione lavorativa, che nell'attuale crisi, vede le donne respinte prima degli uomini dal mondo del lavoro.

Dunque il vincolo matrimoniale come lavoro, che produce i suoi effetti con l'età, con la durata del vincolo, con quello che si chiama la partecipazione alla formazione del “risparmio familiare”.

Per le coppie non legate al vincolo matrimoniale, né la dedizione, né l'attività di cure e di sostegno, né la partecipazione alla formazione del “risparmio familiare” verranno prese in considerazione.

E ad ulteriore dimostrazione che non siamo tutti uguali e i figli delle coppie di fatto non sono uguali agli altri, un altro tribunale e un altro giudice si occuperà di loro, un giudice specializzato: il Tribunale per i Minorenni (TdM).

E qui interviene la problematica più interessante: il diritto di famiglia distribuito per almeno tre competenze. Fino a qualche anno fa il TdM portava i segni della sua nascita (in epoca fascista), oggi una nuova generazione di Magistrati ha scelto il Tribunale dei minori portando sicuramente idee innovative e tuttavia non ha potuto modificare il suo difetto di fondo. Il TdM è sostanzialmente una struttura repressiva, di classe, il corrispondente del carcere per la famiglia: una discarica sociale che tratta di materiale umano altamente sensibile. Ragazze madri, migranti, disoccupati avranno sempre sul collo il fiato di un'assistente sociale, i cui giudizi rispecchiano talora più i canoni morali che non i diritti. La giurisprudenza, tentando di colmare i colpevoli vuoti del legislatore, troppo attento agli equilibri politici e a compiacere le gerarchie cattoliche, ha stabilito alcuni diritti scaturenti dal rapporto di fatto, come quello del diritto ad ottenere momentaneamente l'abitazione, ma pur sempre collegato alla maternità.

L'effetto che ne scaturisce è che il maschio ha intensificato il suo rapporto col danaro-potere, con l'idea adolescenziale che tutto si potrà sempre ottenere con l'idea capitalistica

che tutto si può comprare. Questa è l'idea portante di potenti lobby come quella dei cd "padri separati" che non paghi delle vittorie già conseguite, nel vuoto generale, propongono di arrivare all'affido paritetico, già sperimentato in Francia dove sta dando pessimi risultati, creando dei bambini totalmente anaffettivi.

Mentre in Italia si tenta di far legiferare lo stanco governo sulla PAS (sindrome dell'alienazione genitoriale) categoria non scientifica tramontata negli USA non prima di aver mietuto vittime attraverso la teoria "della minaccia dissuasiva" che conduceva addirittura al carcere le cd "madri malevoli".

Quali quindi le proposte di modifica nel diritto di famiglia?

Prima di tutto unificare la materia accorpandola: ridurre le competenze del TdM alle sole adozioni e al diritto penale minorili.

Completa e totale parità tra figli nati nel e fuori dal matrimonio, attraverso l'abolizione della dicitura "figli legittimi e figli naturali", con tutte le conseguenze sia di natura economica che di diritto successorio.

Riconoscimento e disconoscimento di paternità, affidamento sia di figli nati nel, che fuori dal, matrimonio, mantenimento, questioni economiche, di tutela e curatela tutte nel tribunale ordinario, in una sezione specializzata.

Evitare la medicalizzazione del conflitto e ricorrere alla mediazione familiare;

Trattare all'interno della sezione tutte le questioni che riguardano la materia familiare, ivi compresa l'assegnazione della casa familiare, considerando "attenuata" la titolarità della proprietà, che deve essere finalizzata alla crescita e alla cura dei figli, ma deve tener conto anche del lavoro di "cure" attraverso il pieno riconoscimento del lavoro casalingo. La sezione si occuperà anche di diritto comune, ossia della divisione di proprietà immobiliari e questioni ereditarie, tenendo conto del lavoro familiare e di cure.

Il Giudice Unico della famiglia dovrà anche occuparsi del mancato versamento del mantenimento, applicando ove è possibile l'art. 156 c.c. e ricorrendo "*ope legis*" all'art. 148 c.c. , affinché non vi debbano essere ulteriori procedimenti per costringere il debitore al pagamento del mantenimento, e in ogni caso prevedere misure punitive per la mancata

erogazione di esso, eccettuati i casi di impossibilità per sopraggiunto licenziamento o malattia.

Quanto alle misure di allontanamento per il familiare violento, devono prevedersi case di accoglienza temporanea, con progetto di accoglienza e di *follow-up*, e in questo caso il procedimento deve ritenersi realmente urgente.

Prevedere come negli altri stati europei che il divorzio possa essere chiesto dopo un anno dalla separazione, consentire la sentenza parziale tutte le volte che non vi sono implicazioni di figli e di mantenimento. Infine disciplinare l'impresa familiare.

In sostanza, il diritto di famiglia deve essere improntato all'unicità, alla responsabilità e alla solidarietà; solo in tal modo si eviteranno molte delle tragedie attualmente esistenti e che conducono talora fino al femminicidio.

### **3) SULLE QUESTIONI DI GENERE**

E' evidente che, nonostante l'Italia abbia ratificato i principali trattati internazionali in materia di diritti umani, e nonostante ormai la tutela dei diritti fondamentali abbia raggiunto una dimensione "multilivello" (internazionale, comunitaria, nazionale) estremamente capillare, manca ancora una adeguata cultura politica, sociale e giuridica in grado di riconoscere in concreto le violazioni dei diritti umani e combatterle in quanto tali, attraverso la predisposizione di politiche adeguate e attraverso un'utilizzo consapevole degli strumenti di tutela esistenti.

Un esempio concreto di tale vuoto culturale è la mancata istituzione nel nostro Paese di un organismo indipendente di monitoraggio e tutela dei diritti umani. Da decenni infatti l'Italia è inadempiente ai Principi di Parigi, ed alle Raccomandazioni provenienti da ciascuno dei 6 Comitati ONU<sup>1</sup> che sollecitano la creazione di una Commissione nazionale indipendente per la promozione e protezione dei diritti umani.

Nonostante l'Italia abbia annunciato nel corso della Revisione Universale Periodica del 2010 di essersi attivata in tal senso, il disegno di legge approvato il 3 marzo 2011 da parte

---

<sup>1</sup> REC 15/2003 CRC, REC. 14/2004 and 32/2004 CESCR, REC 7/2006 ICCPR, REC. 8/2007 CAT, REC 13/2008 CERD

del Consiglio dei Ministri<sup>2</sup> non può considerarsi un avanzamento sufficiente verso l'effettivo adempimento dell'obbligazione assunta, anche determina un notevole regresso rispetto al precedente disegno di legge n. 1463<sup>3</sup> sul quale in data 01.05.2007 aveva già espresso parere tecnico il Dipartimento Istituzioni Nazionali dell'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per I diritti umani<sup>4</sup>.

Se da un lato il Governo italiano è gravemente inadempiente rispetto alle obbligazioni internazionali assunte, e si rende responsabile di gravissime violazioni dei diritti fondamentali, dall'altro siamo di fronte a un sistema politico e ad una società civile eccessivamente inconsapevoli non solo del contenuto stesso delle obbligazioni dello Stato italiano in materia di diritti fondamentali, ma anche del funzionamento del sistema di monitoraggio dell'adempimento da parte dello Stato italiano delle obbligazioni internazionali e comunitarie assunte per garantire in concreto i diritti fondamentali, attraverso l'implementazione delle Convenzioni ratificate.

Questa ignoranza diffusa è resa possibile anche e soprattutto dal fatto che il Governo neanche si cura di tradurre e diffondere in lingua italiana i testi dei *Treaty bodies*, delle raccomandazioni generali, delle raccomandazioni specifiche rivolte all'Italia, ostacolando in tal modo una conoscenza diffusa dei diritti garantiti da queste Convenzioni e un controllo effettivo da parte della società civile circa l'effettivo adempimento delle raccomandazioni formulate dai vari comitati di controllo delle varie Convenzioni.

Il Parlamento nazionale e quelli regionali spesso ignorano queste disposizioni che invece dovrebbero costituire il faro delle riforme legislative, politiche e delle manovre economiche.

Anche il giurista più sensibile a questi temi, spesso, nella sua attività quotidiana, tende a richiamare nei propri atti in maniera citazionistica i diritti affermati nelle Convenzioni, ma

---

<sup>2</sup> [http://www.governo.it/Governo/Provvedimenti/testo\\_int.asp?d=62616](http://www.governo.it/Governo/Provvedimenti/testo_int.asp?d=62616)

<sup>3</sup> <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00262121.pdf>

<sup>4</sup> Si rimanda alle osservazioni formulate nel 2007 dal Comitato per la promozione e protezione dei diritti umani nel paragrafo 1.3 del Rapporto di monitoraggio del 19.06.2007.

<http://www.befreecooperativa.org/filetestuali/pubblicazioni%20befree/rapporto%20monitoraggio%20final%20editing%2028%2006%2007.pdf>

senza riuscire di fatto ad individuare chiaramente il contenuto di quel diritto ed il perché in concreto esso è stato violato.

A ciò si aggiunga che l'Italia è uno dei pochissimi Paesi europei a non essersi mai avvalso degli strumenti di tutela previsti dal diritto internazionale dei Trattati per le violazioni singole o gravi e sistematiche di diritti fondamentali che avvengono all'interno del Paese.

Al contrario, in special modo a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, appare più che mai necessario che il legale abbia conoscenza adeguata del corpus giuridico dei *Treaty bodies*, e quindi non solo dei principi affermati dalle Convenzioni ONU ma anche e soprattutto della giurisprudenza e delle raccomandazioni prodotte dagli organismi di monitoraggio dell'implementazione di questi trattati. Questo bagaglio infatti è utilissimo all'interprete del diritto nazionale per riempire di significato/articolare i diritti sanciti dalla Costituzione e i principi derivanti dalle fonti dell'unione europea, e per passare dunque al vaglio la legittimità dei singoli provvedimenti e della normativa nazionale (ma anche comunitaria).

L'ignoranza del giurista medio spesso infatti ha costituito il principale ostacolo per un rapido passaggio dal riconoscimento dell'uguaglianza formale a quello dell'uguaglianza sostanziale.

Dunque una alfabetizzazione di base in materia di diritto internazionale umanitario costituisce sicuramente un buon inizio per declinare e far vivere nella nostra dimensione nazionale e locale i diritti fondamentali sanciti a livello internazionale e comunitario.

I diritti infatti vivono là dove vengono riconosciuti e reclamati in quanto tali.

Il mancato riconoscimento di alcune situazioni quali violazioni gravi e sistematiche dei diritti fondamentali di un determinato gruppo o categorie di persone, determina inevitabilmente il declassamento di tali situazioni a problemi di ordine morale, etico, o politico che, in quanto tali, possono essere risolti o non risolti attraverso il ricorso ai peggiori compromessi possibili. Ovvero, a causa di un pregiudizio dovuto all'ignoranza (questa situazione non costituisce una violazione dei diritti fondamentali) automaticamente si perdono di vista i soggetti di diritto, persone i cui diritti sono fondamentali e inalienabili, e la questione diventa una delle tante che deve essere disciplinata come oggetto del diritto

(io politico/legislatore mi sento libero di legiferare sulla base di quella che è l'opinione politica della maggioranza dominante, in quanto trattasi di questione etica/morale e non di questione che attiene i diritti fondamentali).

Questo in Italia avviene in particolar modo quando si tratta di discriminazione di genere e basata sull'orientamento sessuale e quando si tratta di discriminazione razziale.

Un esempio macroscopico è sotto gli occhi di tutti, e riguarda il vergognoso destino parlamentare delle leggi c.d. anti-omofobia. Come tutti ricorderanno, in ragione del crescente numero di aggressioni nei confronti di gay e lesbiche, nel 2009 sono stati presentati in Parlamento due disegni di legge (n. 1658 e n. 1882), per estendere la tutela penale accordata dalla Legge Mancino anche alle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale. Nell'ambito della discussione parlamentare è stata sollevata un questione pregiudiziale di costituzionalità<sup>5</sup> dal gruppo cattolico, approvata con il 54,8% dei voti, che ha determinato la bocciatura del disegno di legge. Ovvero, i membri della Camera, con una maggioranza di soli 63 voti, hanno ritenuto incostituzionale il testo del disegno di legge sostenendo che, in assenza di una definizione giuridica di “orientamento sessuale”, l'omosessualità e il lesbismo fossero paragonabili all'incesto, alla pedofilia e ad altri comportamenti sessuali devianti<sup>6</sup>. Anche a fronte della presentazione del disegno di legge modificato, il voto è stato nuovamente negativo.

Questa catastrofe parlamentare, è stata possibile perché nel corso dell'iter legislativo la materia è stata trattata come la “concessione” di una tutela, come una questione morale, di buon senso (basta leggere i dibattiti parlamentari e i giornali per inorridire davanti al vuoto giuridico che ha caratterizzato il dibattito) e mai come una questione di eliminazione di una disparità di trattamento, di una discriminazione, già esistente. Ed infatti in Italia la discriminazione basata sul genere e sull'orientamento sessuale risulta la sola non tutelata penalmente, dunque le modifiche normative proposte si rendevano indispensabili per

---

<sup>5</sup> Dall'On. Vietti, UDC.

<sup>6</sup> Nella questione pregiudiziale si asserisce che “L'espressione orientamento sessuale) è estremamente generica in quanto può indicare fenomeni specifici come l'omosessualità oppure, più in generale, ogni «tendenza sessuale» comprendendo anche incesto, pedofilia, zoofilia, sadismo, masochismo e qualsiasi altro genere di scelta sessuale, che nulla ha a che vedere con l'omosessualità”. [http://leg16.camera.it/view/doc\\_viewer\\_full?url=http%3A//leg16.camera.it/409%3FidSeduta%3D231%26Resoconto%3Ddallegato\\_a.165800%23que\\_pre&back\\_to=http%3A//leg16.camera.it/412%3FidSeduta%3D0231%26resoconto%3Dstenografico%26indice%3Dcronologico%26tit%3D00080](http://leg16.camera.it/view/doc_viewer_full?url=http%3A//leg16.camera.it/409%3FidSeduta%3D231%26Resoconto%3Ddallegato_a.165800%23que_pre&back_to=http%3A//leg16.camera.it/412%3FidSeduta%3D0231%26resoconto%3Dstenografico%26indice%3Dcronologico%26tit%3D00080)

colmare un vuoto esistente... vuoto però del quale nessuno ha constatato l'esistenza, proprio perché manca la percezione del sessismo e dell'omofobia come forme di discriminazione degne di tutela alla pari delle altre. La l. 205/1993 (c.d. legge Mancino) infatti prevede come reati una serie di condotte commesse per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Gli stessi comportamenti non sono penalmente perseguibili, né tutelati in altro modo, se compiuti per motivi di discriminazione di genere o basata sull'orientamento sessuale, categorie di discriminazione non incluse nella legge Mancino.

Tale vuoto di tutela appare ancora più illogico e ingiusto censurabile se si considera che la legge Mancino richiama esplicitamente la CERD<sup>7</sup>, Convenzione "gemella" della CEDAW<sup>8</sup>, attuandola. Proprio in ragione della medesima tutela riconosciuta dalle due Convenzioni all'art. 2 nei confronti della discriminazione di genere e di quella per motivi razziali, etnici, o nazionali, è auspicabile una equiparazione di protezione anche a livello nazionale. Questo solo ragionamento, da nessuna forza politica espresso in Parlamento né altrove, sarebbe stato di per sé sufficiente ad avvalorare con forza la necessaria modifica della L. Mancino, non solo per motivi di discriminazione sessuale, ma anche di genere. E riconoscere un disvalore penale ai discorsi di odio basati sul genere, oltre che sulla razza, sull'etnia, sulla nazionalità o sulla religione, avrebbe forse reso i nostri politici meno propensi al costante utilizzo di *boutade* sessiste nel discorso politico.

Il nodo centrale infatti, emerso con prepotenza grazie al sessismo spudorato di Berlusconi, è l'assenza in Italia della volontà di affrontare seriamente le questioni di genere in ogni ambito della vita politica e pubblica. Cioè si continua a negare l'esistenza di un rapporto stringente tra l'immaginario collettivo sul ruolo della donna e la disciplina del suo corpo, dei suoi diritti, della sua libertà attraverso il diritto, ma anche la concezione della politica stessa e del ruolo delle donne nella politica.

Finché l'Italia non sarà in grado di affrontare e sciogliere questo nodo, un ritorno ad una democrazia effettiva non sarà possibile, perché non può esserci democrazia là dove le donne non vengono considerate soggetti di diritto.

---

<sup>7</sup> Convenzione ONU per l'eliminazione della discriminazione razziale.

<sup>8</sup> Convenzione ONU per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne.

Questi mesi ci hanno dimostrato con chiarezza quanto gli stereotipi legati al ruolo tradizionale della donna nella società (*Eva*, la tentatrice, - escort o prostituta di strada-, *Maria*, la donna di casa, la madre di famiglia, *Wonderwoman*, la donna che deve curare la casa, figliare, ma anche lavorare alla pari dell'uomo andando in pensione senza differenze di età) influiscano pesantemente non solo sul destino e sui diritti di donne e bambine, ma sulla società tutta.

E' un dato di fatto che il ruolo del movimento femminista è stato indispensabile per l'accesso ai diritti fondamentali da parte delle donne. Eppure, le riforme giuridiche approvate a partire dagli anni Settanta grazie al femminismo, si sono dimostrate insufficienti a garantire in concreto il godimento per le donne del diritto a una vita libera da qualsiasi forma di discriminazione e violenza. Infatti, alle modifiche normative non è seguito un cambio culturale. Gli stereotipi sul ruolo della donna nella società sono ancora profondamente radicati, e riscontrabili in molti dei discorsi politici, dei programmi dei governi, delle proposte di legge, degli arresti giurisprudenziali.

Questi stereotipi “minano alla base la condizione sociale delle donne, e sono all'origine della posizione di svantaggio occupata dalle donne in vari settori, compreso il mercato del lavoro e la vita politica e pubblica” (Osservazione Conclusiva n.15/2005 del Comitato CEDAW all'Italia).

Nonostante ciò ci venga evidenziato dagli organismi internazionali, in Italia ancora manca la capacità di cogliere la specificità della differenza di genere quale derivazione di una disparità di potere secolare tra uomini e donne. Il patriarcato esiste, ma ci si ostina a non riconoscerlo nelle forme in cui si manifesta.

Sulla base di una concezione cattolica e familista fortemente radicata, la differenza di genere viene ricondotta nell'alveo delle discriminazioni di cui sono vittima i “soggetti deboli”, così che le politiche di pari opportunità si risolvono in politiche assistenzialistiche e di tutela, anche mediante il ricorso allo strumento penale.

Dagli anni Settanta del secolo scorso si è determinato un netto spostamento di prospettiva dal c.d. paradigma dell'oppressione al c.d. paradigma della vittimizzazione<sup>9</sup>: mentre la condizione pervasiva dell'oppressione richiede riforme di tipo strutturale, ovvero azioni rivolte a eliminare ostacolo al godimento effettivo dei diritti, come richiesto dalla CEDAW, la condizione soggettiva della vittimizzazione riduce il problema a una debolezza individuale, da tutelare, o a una situazione di rischio individuale, da arginare mediante l'utilizzo dello strumento penale.

L'assenza di un approccio di genere, la prevalenza di un approccio morale, ha determinato una profonda incoerenza tra quella che è la *ratio* posta a fondamento degli interventi politici e normativi in materia di pari opportunità<sup>10</sup> e quello che dovrebbe essere il significato stesso delle pari opportunità, che, in attuazione dell'art. 3 Cost., dovrebbero costituire la “*longa manus*” dello Stato per attuare la CEDAW, le Raccomandazioni provenienti al Comitato CEDAW, e mediante tali azioni, operare al fine di “*eliminare ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza, o come scopo, di compromettere o distruggere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio da parte delle donne, quale che sia il loro stato matrimoniale, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo, su base di parità tra l'uomo e la donna*”(art. 1 CEDAW).

Al contrario, ancora oggi il diritto considera le donne in funzione del ruolo sociale rivestito (moglie, madre, oggetto sessuale), facendole oggetto di disciplina. Alla donna, in ragione della funzione procreatrice -oggetto di tutela-, non è concessa piena sovranità sul proprio corpo<sup>11</sup>. Ciò la rende giuridicamente “individuo dimezzato”<sup>12</sup>, in quanto non si ha il riconoscimento della soggettività piena della donna in quanto tale, ma avviene un declassamento a “non persona”, che rende i suoi diritti fondamentali “disponibili”,

---

<sup>9</sup> Vedi Pitch (1989), Minow (1993), Bodelon (2009).

<sup>10</sup> Il caso più eclatante riguarda la violenza di genere. A fronte di statistiche che evidenziavano impietosamente la tragica realtà della violenza maschile sulle donne come predominante in ambito domestico, e con esiti spesso letali, tanto che la prima causa di uccisione per le donne è risultato proprio il conflitto di genere (c.d. femminicidio), il Governo puntava l'attenzione sulle violenze sessuali commesse da stranieri su strada, e inseriva nel pacchetto sicurezza misure repressive di carattere penale e di controllo del territorio.

<sup>11</sup> Si veda in tal senso Pitch: <http://www.sociologiadip.unimib.it/mastersqs/didal/testitre/tamar.pdf>

<sup>12</sup> Pitch, *Un diritto per due*, p. 206.

“relativi” in ragione del ruolo sociale assunto, e dunque ponderabili con altri beni socialmente rilevanti, quali ad esempio la morale della famiglia.

Il nesso tra legale e sociale è evidente. La relazione è biunivoca: se il diritto italiano è ancora profondamente androcentrico ed impermeabile al concetto di genere, è anche perché la società italiana continua ad essere ancora profondamente patriarcale, e viceversa.

Questo nesso come già evidenziato non investe soltanto la fase poetica del diritto, quella normativa, quanto pure la fase interpretativa, in grado essa stessa di riprodurre mediante il singolo giudizio le dinamiche di oppressione o di liberazione che il giudice, là dove esistono vuoti normativi che lo consentano, può discrezionalmente assumere, facendosi o attore del mutamento sociale o ratificatore del discorso dominante.

Ciò comporta una *deroga* non scritta al carattere fondamentale dei diritti delle donne, il che si traduce in un *vulnus* alla democrazia.

Davanti a un quadro così desolante, che fare? E che cosa è stato fatto dai Giuristi Democratici?

Va osservato che la nostra associazione, in stretta adesione al suo spirito statutario, è stata sempre in prima linea nel proporre una critica serrata al paradigma della vittimizzazione nell'approccio alle politiche di pari opportunità e nel promuovere proposte alternative in grado di concretizzare effettivi avanzamenti nella rimozione degli ostacoli strutturali che impediscono in concreto per le donne l'accesso ad alcuni dei diritti fondamentali, primi tra tutti la salute riproduttiva, il diritto alla genitorialità, e il diritto ad una vita libera dalla violenza.

Già nel 2006 infatti i Giuristi Democratici, in occasione della giornata mondiale contro la violenza sulle donne, lanciarono un appello alle Istituzioni per una donna soggetto di diritti e non oggetto di diritti<sup>13</sup>, nel quale ricordavano che promuovere l'autodeterminazione femminile e garantire una vita libera da ogni forma di discriminazione e violenza basata sul genere e sull'orientamento sessuale è un impegno che riguarda tutta la comunità, ma in primo luogo rappresenta un'obbligazione dello Stato, assunta non solo Costituzionalmente

---

<sup>13</sup> [http://www.giuristidemocratici.it/post/20061122082612/post\\_html](http://www.giuristidemocratici.it/post/20061122082612/post_html)

ex art. 3, ma anche a livello internazionale attraverso il riconoscimento della validità dei vari Trattati, Dichiarazioni e Convenzioni a tutela dei diritti fondamentali della Persona, ed in particolar modo attraverso la ratifica della CEDAW. Con quel appello si sottolineava che nella realizzazione degli interventi legislativi e governativi non si è affatto tenuto conto delle Raccomandazioni provenienti dal Comitato per l'attuazione della CEDAW e, per la prima volta, i Giuristi Democratici traducevano in italiano e diffondevano le Raccomandazioni del 2005<sup>14</sup>. Altresì, nello stesso anno, i Giuristi Democratici, nell'analisi del disegno di legge Bindi-Mastella-Pollastrini, chiamati in audizione in Commissione Giustizia, sottolinearono come il testo normativo nel proprio impianto non soddisfacesse né valorizzasse quanto richiesto a livello europeo ed internazionale per l'avanzamento dei Diritti delle Donne. In particolare, i Giuristi Democratici in quella sede proposero specifici emendamenti<sup>15</sup> che riqualificavano il testo armonizzandolo con le osservazioni contenute nelle Raccomandazioni del Comitato per l'applicazione della CEDAW.

Da allora, in numerose altre occasioni<sup>16</sup> abbiamo espresso la nostra criticità (nei confronti di politiche securitarie e repressive in materia di violenza sessuale, nei confronti di campagne pubblicitarie, ecc.) facendo richiamo ai principi sanciti dalla CEDAW e, in particolare, alle Raccomandazioni rivolte al Governo italiano.

I Giuristi Democratici hanno anche promosso la costituzione di parte civile delle ONG nei processi per femminicidio<sup>17</sup> e per discriminazione di genere sul lavoro<sup>18</sup>, ottenendo importantissimi risultati in termini di sensibilizzazione e di avanzamenti giurisprudenziali.

Nel 2010 i Giuristi Democratici, in collaborazione con D.i.RE, donne in rete contro la violenza (la rete nazionale dei centri antiviolenza), hanno invitato in Italia la Special Rapporteur ONU contro la violenza sulle donne, Rashida Manjoo, che ha presenziato a tre eventi: il 13 gennaio 2010 a Roma, il 14 gennaio a Bologna, il 15 gennaio a Ravenna. Si è trattato di tre incontri pubblici nel corso dei quali la Special Rapporteur ha incontrato le ONG, le associazioni femminili e femministe e la comunità, per riflettere sulla condizione

---

<sup>14</sup> [http://files.giuristidemocratici.it/giuristi/Zfiles/ggdd\\_20061122082612.pdf](http://files.giuristidemocratici.it/giuristi/Zfiles/ggdd_20061122082612.pdf)

<sup>15</sup> <http://files.giuristidemocratici.it/giuristi/Zfiles/20070627101134.pdf>

<sup>16</sup> [http://www.giuristidemocratici.it/Genere-Famiglia/list\\_posts\\_html](http://www.giuristidemocratici.it/Genere-Famiglia/list_posts_html)

<sup>17</sup> [http://www.giuristidemocratici.it/post/20080319194017/post\\_html](http://www.giuristidemocratici.it/post/20080319194017/post_html)

<sup>18</sup> [http://www.giuristidemocratici.it/post/20100531183805/post\\_html](http://www.giuristidemocratici.it/post/20100531183805/post_html)

femminile in Italia a 25 anni dalla ratifica della CEDAW e nell'ambito dei quali sono state delineate linee guida per un approccio basato sui diritti umani nel contrasto alla discriminazione e violenza di genere, anche per quanto riguarda i diritti delle donne migranti e rifugiate. A Bologna i Giuristi Democratici hanno organizzato anche un seminario di formazione forense<sup>19</sup>, qualificato e partecipatissimo, nel corso del quale è stato spiegato il funzionamento degli strumenti internazionali di tutela delle donne vittime di discriminazione e violenza di genere, e le procedure attraverso le quali possono essere attivati.

A seguito di questi incontri, grazie alla documentazione sistematica sul femminicidio in Italia e in Europa, per i Giuristi Democratici sono stata invitata in qualità di esperta all'incontro seminariale (export group meeting) promosso dalla Special Rapporteur ONU contro la violenza sulle donne a New York il 12 ottobre 2011 sugli omicidi di donne per motivi di genere, presentando un paper su "Femicidio e femminicidio in Europa. Gli omicidi di donne quale esito di precedente violenza domestica".

I Giuristi Democratici stanno continuando in maniera sistematica il monitoraggio sui diritti delle donne in Italia: sia avendo partecipato attivamente alla Piattaforma nazionale "30 anni di CEDAW – Lavori in corsa"<sup>20</sup> ed avendo promosso e curato la redazione del Rapporto Ombra sulla attuazione della CEDAW in Italia<sup>21</sup>, presentato a New York nel luglio 2011, sia attraverso l'appoggio alla visita ufficiale della Special Rapporteur contro la violenza sulle donne in Italia, che si terrà nel gennaio 2012, e il lavoro di costante monitoraggio relativo all'attuazione da parte dell'Italia delle nuove raccomandazioni avanzate dal Comitato CEDAW a seguito della presentazione del Rapporto Ombra.

I documenti prodotti e le iniziative in cantiere, gli aggiornamenti in materia e altro materiale informativo sono raccolti sia nella sezione "genere-famiglie" del sito dei Giuristi Democratici<sup>22</sup> sia nel blog "Giuristi democratici per la CEDAW"<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> [http://www.giuristidemocratici.it/post/20091230184933/post\\_html](http://www.giuristidemocratici.it/post/20091230184933/post_html)

<sup>20</sup> <http://lavorincorsa30annicedaw.blogspot.com/> ; <http://www.womenin.net/web/cedaw/>

<sup>21</sup> [http://files.giuristidemocratici.it/giuristi/Zfiles/gdd\\_20110708082248.pdf](http://files.giuristidemocratici.it/giuristi/Zfiles/gdd_20110708082248.pdf)

<sup>22</sup> [http://www.giuristidemocratici.it/Genere-Famiglia/list\\_posts.html](http://www.giuristidemocratici.it/Genere-Famiglia/list_posts.html)

<sup>23</sup> <http://gdcedaw.blogspot.com/>

Il lavoro che ci proponiamo di promuovere per il futuro non rappresenta altro che la continuazione di un percorso già consolidato di azioni di contrasto alla discriminazione e alla violenza di genere, che prevede momenti di sensibilizzazione contro il femminicidio, la formazione degli operatori giuridici sugli strumenti nazionale ed internazionali di contrasto alla discriminazione e violenza di genere, l'analisi delle norme e delle prassi discriminatorie tanto in ambito amministrativo, quanto in ambito giurisdizione e sociale in generale.

Il Rapporto ombra sulla implementazione della CEDAW in Italia rappresenta un vero e proprio libro nero sulle principali violazioni dei diritti delle donne italiane quali garantiti dalla Convenzione.

E' la prima volta, dalla ratifica della Convenzione nel 1985, che un gruppo di donne, io, le altre colleghe di Giuristi Democratici e numerosissime altre donne provenienti da diverse realtà accademiche, associative e sociali del Paese, produce all'ONU un rapporto ombra della società civile, antagonista rispetto al rapporto governativo, che evidenzia le criticità e le mancanze rispetto alla (insufficiente) implementazione della Convenzione in Italia. Per me ha costituito la realizzazione di un sogno promuovere e coordinare questo progetto, e un grande onore, insieme alle altre rappresentanti delle associazioni della Piattaforma "Lavori in corsa-30 anni di CEDAW", poterlo presentare alle Nazioni Unite nel corso della sessione di esame.

Al Rapporto Ombra hanno aderito tutte le principali ONG italiane, ma anche ACLI, collettivi femministi, singole e singoli<sup>24</sup>.

La nostra partecipazione, anche di lobby fisica alle Nazioni Unite, oltre che con un corposo e dettagliato documento, alla procedura di monitoraggio relativa all'implementazione della CEDAW, ha consentito che venissero indirizzate al Governo raccomandazioni estremamente forti e specifiche, relative a questioni ignorate o affrontate in maniera non adeguata sia sul piano politico che normativo dalle Istituzioni, da noi sollevate in quella sede anche attraverso l'esposizione di casi concreti.

---

<sup>24</sup> <http://lavorincorsa30annicedaw.blogspot.com/2011/07/tappa-7-le-adesioni-al-rapporto-ombra.html> ; <http://www.scribd.com/doc/60932993/individuali> ; <http://www.scribd.com/doc/60932992/adesioni-CSOs>

Molte delle raccomandazioni potranno essere utilizzate per promuovere riforme legislative, questioni di costituzionalità e azioni di responsabilità nei confronti dello Stato italiano.

Tra i temi evidenziati dal Comitato CEDAW ricordiamo in questa sede, in quanto trasversali alle attività associative e possibile oggetto di iniziative specifiche di informazione e di azione:

- R. 15/2011: la diffusione della Convenzione<sup>25</sup>. *Il Comitato è preoccupato che le disposizioni contenute nella Convenzione e nel Protocollo Opzionale, così come le raccomandazioni generali del Comitato, non sono state tradotte in italiano e non sono sufficientemente conosciute da tutte le amministrazioni, dalla società civile e tra le donne stesse. Il Comitato è inoltre preoccupato perchè la Convenzione non ha ricevuto lo stesso grado di visibilità e di importanza riservato agli strumenti giuridici regionali, in particolare alle Direttive UE, e pertanto non è regolarmente usata quale riferimento giuridico per le misure, comprese quelle legislative, volte alla eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne e alla promozione dell'uguaglianza di genere nello Stato-membro.*
- R. 22-25/2011: la lotta culturale agli stereotipi sul ruolo tradizionale della donna nella società<sup>26</sup>. *Il Comitato rimane profondamente preoccupato per la rappresentazione*

---

<sup>25</sup> Il Comitato esorta lo Stato-membro a:

(a) prestare maggiore attenzione, nei suoi sforzi per eliminare la discriminazione nei confronti delle donne, alla Convenzione quale strumento giuridico in materia di diritti umani legalmente vincolante e direttamente applicabile;

(b) intensificare i propri sforzi per accrescere la consapevolezza delle donne sui diritti loro riconosciuti dalla Convenzione, nonché sul diritto a proporre comunicazioni individuali e procedure di inchiesta, come previsti dal Protocollo Opzionale;

(c) intraprendere azioni concrete al fine di accrescere la conoscenza della Convenzione e del Protocollo Opzionale a tutti i livelli, nazionale, regionale, provinciale e municipale, ed in particolare tra i magistrati, gli operatori legali, i partiti politici, il Parlamento, i funzionari governativi e l'opinione pubblica, al fine di rafforzare l'uso della Convenzione nello sviluppo e nell'implementazione di tutte le norme, le politiche ed i programmi volti alla realizzazione pratica del principio di uguaglianza tra uomo e donna;

(d) assicurare che la Convenzione ed il Protocollo Opzionale, così come le raccomandazioni generali del Comitato ed i pareri adottati nelle procedure di comunicazione e d'inchiesta divengano parte integrale dei curricula scolastici, compresi quelli del settore legale e di formazione del settore giudiziario, così da costituire solidamente una cultura giuridica della non-discriminazione nei confronti delle donne e per l'uguaglianza di genere.

<sup>26</sup> 23. Il Comitato invita lo Stato-membro a:

(a) mettere in atto una politica completa, di lungo termine e coordinata, rivolta a uomini e donne, bambine e bambini, per superare l'immagine delle donne come oggetto sessuale e gli stereotipi relativi ai loro ruoli nella società e nella famiglia, in linea con l'art.2 (f) della Convenzione. Tale politica dovrebbe: includere delle misure legali, amministrative e di sensibilizzazione; coinvolgere i pubblici funzionari e la società civile; e rivolgersi all'intera popolazione;

(b) rafforzare l'uguaglianza di genere ed eliminare gli stereotipi patriarcali nel sistema scolastico; ed

(c) assicurare che le tematiche attinenti alla parità di genere ed i programmi di formazione e di sensibilizzazione divengano una componente integrale, sostanziale ed obbligatoria della formazione di tutti gli insegnanti a tutti i livelli. 25. Il Comitato raccomanda che lo Stato-membro fornisca informazioni sull'esistenza di stereotipi sessisti nei media e nel settore pubblicitario, sulle misure di auto-regolamentazione, quali codici di condotta e meccanismi stabiliti per monitorare e ricevere reclami relativi a fattori sessisti nei media, e sui risultati ottenuti, nel prossimo Rapporto periodico.

*della donna quale oggetto sessuale e per gli stereotipi circa i ruoli e le responsabilità dell'uomo e della donna nella famiglia e nella società. Tali stereotipi, contenuti anche nelle dichiarazioni pubbliche rese dai politici, minano la condizione sociale della donna, come emerge dalla posizione svantaggiata delle donne in una serie di settori, incluso il mercato del lavoro e l'accesso alla vita politica e alle cariche decisionali, condizionano le scelte delle donne nei loro studi ed in ambito professionale e comportano che le politiche e le strategie adottate generino risultati ed impatti diseguali tra uomini e donne.*

- R. 26-27/2011: la violenza sulle donne<sup>27</sup>. *Il Comitato rimane preoccupato per l'elevata prevalenza della violenza nei confronti di donne e bambine nonché per il persistere di attitudini socio-culturali che condonano la violenza domestica, oltre ad essere preoccupato per la mancanza di dati sulla violenza contro le donne e bambine migranti, Rom e Sinte. Il Comitato è inoltre preoccupato per l'elevato numero di donne uccise dai propri partner o ex-partner (femminicidi), che possono indicare il fallimento delle Autorità dello Stato-membro nel proteggere adeguatamente le donne, vittime dei loro partner o ex-partner.*

---

<sup>27</sup> il Comitato sollecita lo Stato-membro a:

(a) accordare un'attenzione prioritaria all'adozione di misure onnicomprensive per affrontare la violenza nei confronti delle donne in famiglia e nella società, rispondendo anche ai bisogni specifici delle donne rese vulnerabili da particolari circostanze, quali le donne Rom e Sinte, le migranti, le anziane e le donne con disabilità;

(b) assicurare che le donne vittime di violenza abbiano immediata protezione, compreso l'allontanamento dell'aggressore dall'abitazione, la garanzia che possano stare in rifugi sicuri e ben finanziati su tutto il territorio nazionale; che possano avere accesso al gratuito patrocinio, alla assistenza psico-sociale e ad un'adeguata riparazione, incluso il risarcimento;

(c) assicurare che i pubblici ufficiali, specialmente i funzionari delle Forze dell'ordine ed i professionisti del settore giudiziario, medico, sociale e scolastico sistematico ricevano una sensibilizzazione sistematica e completa su tutte le forme di violenza nei confronti delle donne e delle bambine;

(d) migliorare il sistema per un'appropriata raccolta dei dati relativi ad ogni forma di violenza nei confronti delle donne, compresi dati relativi alla violenza domestica, alle misure di protezione, alle azioni penali ed alle sentenze di condanna, e condurre indagini appropriate al fine di valutare la prevalenza della violenza subita dalle donne appartenenti a categorie svantaggiate, quali le donne Rom e Sinte, le migranti, le anziane e le disabili;

(e) predisporre ulteriormente, in collaborazione con un'ampia gamma di attori, comprese le organizzazioni femminili e le altre organizzazioni della società civile, delle campagne di sensibilizzazione attraverso i media e delle campagne di educazione pubblica, affinché la violenza nei confronti delle donne venga considerata socialmente inaccettabile, e divulgare informazioni al pubblico sulle misure esistenti al fine di prevenire gli atti di violenza nei confronti delle donne;

(f) ratificare prontamente la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla Prevenzione e la Lotta alla Violenza nei confronti delle donne e sulla Violenza Domestica.

- R. 28-31 /2011: tratta e sfruttamento della prostituzione<sup>28</sup> *Il Comitato è preoccupato che l'applicazione dell'articolo 18 del Decreto Legislativo n. 286/1998, che prevede un permesso speciale di residenza per le vittime di tratta e sfruttamento, può, se interpretato restrittivamente, privare di adeguata protezione le donne vittime di tratta che sono state trafficate in un altro Paese e successivamente portate in Italia a fini della tratta. Il Comitato è inoltre preoccupato del fatto che il "pacchetto sicurezza" adottato dal Governo nel 2010 ha seriamente impedito un'adeguata identificazione delle vittime potenziali di tratta da parte delle Forze dell'ordine. Il Comitato è preoccupato per il riconoscimento da parte dello Stato-membro che la proposta di criminalizzazione della prostituzione in spazi pubblici "ha una funzione di pubblica sicurezza e di decoro della vita urbana" e che apparentemente i diritti delle donne coinvolte nella prostituzione in strada - la maggior parte delle quali migranti - non sono stati presi in considerazione nella formulazione di tali misure. Il Comitato nota, inoltre, che lo Stato-membro considera la prostituzione come un fenomeno nascosto e sconosciuto che tende ad essere praticato in spazi chiusi. Il Comitato è preoccupato per l'assenza di programmi di assistenza e sostegno alle donne che desiderano lasciare la prostituzione e che non sono state vittime dello sfruttamento.*
- R. 32-33/2011: partecipazione alla vita politica e pubblica<sup>29</sup>. *Il Comitato nota una limitata crescita della rappresentanza delle donne in Senato e alla Camera dei Deputati, ma rimane profondamente preoccupato per il fatto che le donne sono*

<sup>28</sup> 29. Il Comitato invita lo Stato - membro a: ....

(c) assicurare che l'interpretazione dell'articolo 18 del Decreto Legislativo n. 286/1998 non privi le donne trafficate in un altro Paese di protezione adeguata.

31. ....(a) intraprendere un'analisi dell'impatto delle misure proposte per la criminalizzazione della prostituzione in strada, al fine di identificare i potenziali rischi per lo sfruttamento delle donne che possono muoversi dai circuiti di prostituzione all'aperto a luoghi chiusi, dove - come riconosciuto dallo Stato-membro - la prostituzione rimane un fenomeno nascosto e sconosciuto;

(b) continuare a formulare strategie e programmi per prevenire l'avviamento alla prostituzione e stabilire programmi di supporto e riabilitazione per le donne che desiderano lasciare la prostituzione, fornendo anche informazioni e sostegno per forme alternative di sostentamento.

<sup>29</sup> 33. Il Comitato sollecita lo Stato-membro a:

(a) intensificare gli sforzi per rafforzare la rappresentanza femminile nei ruoli di leadership ed nelle posizioni decisionali negli organismi politici, compresi il Parlamento ed i Consigli regionali, la pubblica amministrazione, il servizio diplomatico, e nel settore privato, e a tal fine lo esorta ad adottare adeguate misure speciali temporanee;

(b) adottare ulteriori misure per accelerare il raggiungimento della piena ed eguale partecipazione delle donne nei processi decisionali, a tutti i livelli ed in tutti i settori;

(c) considerare l'adozione di ulteriori misure legislative in applicazione dell'articolo 51 della Costituzione, per accrescere il numero delle donne nelle cariche pubbliche e politiche, anche attraverso l'uso delle quote di genere, e assicurare un'adeguata rappresentanza in tali posizioni per le donne Rom e migranti, nonché per le donne del Sud del Paese.

*ancora sottorappresentate nel Parlamento Nazionale, a livello regionale, nel settore giudiziario, nelle posizioni di vertice della pubblica amministrazione e nella carriera diplomatica, così come in ruoli decisionali del settore privato, limitando così la partecipazione delle donne nei processi decisionali in tutti i settori. Il Comitato, inoltre, esprime preoccupazione per la mancanza di informazioni sulla presenza delle donne migranti nelle posizioni decisionali in un Paese dove i migranti costituiscono un'ampia percentuale della popolazione.*

- R. 36-41/2011: lavoro<sup>30</sup>. *Il Comitato continua ad essere preoccupato per la situazione delle donne nel mercato del lavoro, caratterizzata dalla persistenza di un elevato tasso di disoccupazione femminile, nonostante l'alto livello di istruzione delle donne. Il Comitato intende portare all'attenzione dello Stato-membro la situazione di svantaggio delle donne che interrompono la propria carriera per ragioni familiari e le relative conseguenze sul pensionamento e le pensioni di anzianità, nonché la concentrazione delle donne in aree lavorative poco remunerative, la differenza salariale tra uomo e donna ed il fatto che un numero significativo di donne lascia la forza-lavoro dopo la nascita dei figli e che solo il 10% dei congedi parentali viene richiesto dai padri. Il Comitato nota l'intenzione dello Stato-membro di adottare un piano nazionale di riforma che preveda, entro il 2020, un aumento del 12%*

---

<sup>30</sup> 37. Il Comitato esorta lo Stato-membro a:

(a) continuare ad adottare misure concrete per assicurare de facto uguali opportunità a uomini e donne nel mercato del lavoro, adottando, tra le altre, anche misure speciali temporanee in linea con l'articolo 4, paragrafo 1, della Convenzione e con la raccomandazione generale del Comitato n.25;

(b) adottare misure concrete ed operative per eliminare la segregazione lavorativa, sia orizzontale che verticale, anche attraverso l'istruzione, la formazione, gli aggiornamenti e la garanzia di un effettivo funzionamento dei sistemi di tutela previsti dalla legge;

(c) sviluppare ed applicare sistemi di valutazione del lavoro, basati su criteri di genere, oltre a raccogliere dati disaggregati per genere relativi al tipo e all'estensione dei differenziali salariali per eliminare la prassi per cui le donne ricevono una retribuzione diseguale a parità di lavoro;

(d) monitorare l'impatto dell'uso dei contratti a tempo determinato e delle altre forme contrattuali flessibili oltre ad accrescere gli incentivi per i datori di lavoro, quando appropriato, per contrastare le possibili conseguenze sfavorevoli per le donne di tali contratti, specialmente con riguardo alla sicurezza del lavoro, ai livelli salariali, alla pensione ed ai benefici pensionistici;

(e) accrescere gli sforzi per assicurare la conciliazione vita-lavoro e promuovere l'equa condivisione degli impegni domestici e familiari tra uomo e donna, anche attraverso l'innalzamento degli incentivi per gli uomini per l'esercizio del diritto ai congedi parentali, e azioni concertate per fornire ulteriori servizi all'infanzia per le diverse fasce di età, in particolare in quelle Regioni in cui tali strutture scarseggiano.

39. Il Comitato esorta lo Stato-membro ad adottare tutte le misure appropriate per abolire la pratica delle c.d. "dimissioni in bianco".

41. Il Comitato invita lo Stato-membro a focalizzarsi sulle questioni delle donne migranti e delle donne con disabilità, che possono soffrire di forme multiple di discriminazione, nell'ambito delle politiche e dei programmi relativi al lavoro, al fine di intensificare gli sforzi, anche attraverso l'adozione di misure speciali temporanee, in linea con l'art. 4, paragrafo 1, della Convenzione e la raccomandazione generale del Comitato n.25, volti al raggiungimento in concreto di pari opportunità nel mercato del lavoro (uguaglianza sostanziale) per le donne migranti e le donne disabili.

*dell'occupazione femminile, oltre l'introduzione di incentivi per un lavoro stabile. A tal proposito, il Comitato sottopone all'attenzione dello Stato-membro l'obbligo di assicurare l'uniformità di risultati di una tale riforma su tutto il territorio nazionale.(...) Il Comitato è, inoltre, preoccupato per le difficoltà incontrate dalle donne immigrate e dalle donne con disabilità relativamente alla loro integrazione e partecipazione nel mercato del lavoro.*

- R. 42-45/2011: salute<sup>31</sup>. *Il Comitato nota con preoccupazione che tale tipo di cancro –mammario- è il più comune oltre che causa di mortalità per le donne in Italia. Anche se il Comitato riconosce i risultati raggiunti su tutto il territorio nazionale, il Comitato rimane preoccupato che oltre il 60% delle donne nel Sud del Paese non hanno accesso alla mammografia perfino nella cornice dei programmi organizzati (...)il Comitato è preoccupato del fatto che non è disponibile alcun dato sistematico e comparabile sull'incidenza dell'HIV tra le donne tossicodipendenti in carcere. Inoltre il Comitato è preoccupato del fatto che le donne immigrate vengano infettate dall'HIV/AIDS in maniera esponenziale.*
- R. 48-51/2011: relazioni familiari e conseguenze economiche del divorzio<sup>32</sup>. *Il Comitato nota che la mediazione obbligatoria nell'ambito dei procedimenti di divorzio non si applica nei casi di violenza intra-familiare, ma rimane comunque preoccupato per la durata delle procedure di divorzio, che può accrescere il rischio di violenza nei confronti delle donne...50. Il Comitato ha notato che la Legge n.54/2006 ha introdotto l'affido condiviso (fisico) come via preferita in caso di separazione o divorzio. Tuttavia il Comitato è preoccupato per la mancanza di studi sugli effetti di questo cambiamento legale, in particolare alla luce di ricerche*

---

<sup>31</sup> 43. Il Comitato esorta lo Stato-membro ad adottare misure per assicurare pari accesso e disponibilità di mammografie e servizi di screening per le donne su tutto il territorio, incluse le regioni del sud.

45. Il Comitato raccomanda che lo Stato-membro:

(a) includa nel prossimo Rapporto periodico delle informazioni sulle misure intraprese per assicurare una sensibilizzazione con approccio di genere dei servizi di cura e prevenzione per le donne detenute affette da HIV/Aids;

(b) adotti delle misure di prevenzione e fornisca servizi e trattamenti medici specializzati per le donne immigrate affette da HIV/Aids.

<sup>32</sup> 49. Il Comitato raccomanda allo Stato-membro di:

(a) ridurre la durata del procedimento di divorzio ad un anno, secondo il progetto attualmente in discussione in Parlamento;

(b) continuare a proteggere e rafforzare i diritti, in particolare quelli economici, delle donne conviventi.

51. Il Comitato chiede allo Stato-membro di valutare le modifiche normative in materia di affido condiviso dei minori, attraverso studi scientifici, al fine di valutare gli effetti di lungo termine sulle donne e sui minori, tenendo in considerazione l'esperienza registrata negli altri Paesi su queste problematiche.

*comparative che indichino gli effetti negativi sui minori, specialmente sui bambini più piccoli, in caso di imposizione dell'affido condiviso. Il Comitato è, inoltre, preoccupato per il fatto che, nell'ambito dei procedimenti relativi all'affido condiviso, in caso di presunti episodi di abuso sui minori, possano essere prodotte consulenze basate sulla dubbia teoria della Sindrome da Alienazione Parentale.*

- *R. 52-53/2011:gruppi di donne svantaggiate<sup>33</sup>. Il Comitato è profondamente preoccupato che esse sono soggette a forme di discriminazione multipla relativamente all'accesso all'istruzione, alla salute ed al lavoro. Il Comitato rimane, inoltre, preoccupato per la violenza e la discriminazione di genere che tali donne subiscono nelle rispettive comunità, quali il matrimonio precoce. Il Comitato, inoltre, nota la prevalenza delle mutilazioni genitali femminili tra le donne migranti. Il Comitato è, infine, preoccupato dal fatto che il Rapporto dello Stato-membro contiene insufficienti informazioni circa le misure prese per migliorare la situazione delle donne anziane e per il fatto che le donne anziane possano essere marginalizzate, in particolare quelle migranti.*

L'importanza del Rapporto Ombra è enorme anche sul piano simbolico.

Abbiamo visto come i diritti fondamentali delle donne, pur essendo riconosciuti a livello costituzionale e di legislazione di attuazione di norme costituzionali, spesso in concreto non trovano protezione adeguata per il solo fatto che non vengono accettati dal sistema culturale egemonico, quello patriarcale, come norme fondamentali dell'ordinamento<sup>58</sup>, ma vengono

---

<sup>33</sup> 53. Il Comitato esorta lo Stato-membro a:

(a) intensificare i propri sforzi per eliminare la discriminazione nei confronti delle donne Rom, Sinte, migranti, rifugiate, richiedenti-asilo ed anziane relativamente all'accesso all'istruzione, alla salute ed al lavoro;

(b) raccogliere dati sui matrimoni precoci tra le giovani Rom e Sinte;

(c) adottare misure volte a prevenire la discriminazione nei confronti delle donne appartenenti a gruppi svantaggiati, in seno alle rispettive comunità nonché nella società nel suo insieme, a combattere la violenza nei loro confronti e ad accrescere la loro consapevolezza circa la disponibilità di servizi sociali e di strumenti giuridici così come a renderle più informate riguardo il loro diritto all'uguaglianza di genere e alla non discriminazione;

(d) elaborare programmi di formazione e sensibilizzazione che coinvolgano le professioni mediche, le comunità, le organizzazioni femminili ed i leader religiosi, così come lanciare specifiche campagne di informazione culturalmente sensibili per prevenire la discriminazione contro le donne Rom, Sinte e migranti;

(e) assicurare la piena attuazione della legislazione che proibisce le mutilazioni genitali femminili, incluso l'esercizio dell'azione penale nei confronti degli autori di tali reati, al fine di eliminare tale pratica lesiva dei diritti delle donne; e

(f) condurre ricerche complete e sistematiche sulla discriminazione nei confronti delle donne migranti, rifugiate, asilanti ed anziane, per raccogliere dati sulla loro situazione lavorativa, educativa e sanitaria e su tutte le forme di violenza di cui possono essere vittime, riportando tali informazioni nel prossimo Rapporto periodico.

piuttosto considerate alla stregua di principi programmatici, dunque derogabili. E che sull'etica dei diritti, quindi, prevale l'etica dei valori.

La potenza simbolica del Rapporto Ombra sta nell'aver declinato le istanze femministe, la critica di genere al diritto ed alla politica, in termini di violazione dei diritti umani: facendo prevalere nella rivendicazione, quindi, l'etica dei diritti su quella dei valori.

Declinare le istanze del femminismo in termini di diritti fondamentali, consente di richiamare lo Stato alle proprie responsabilità, e la condanna da parte degli organi internazionali nei suoi confronti costituisce una cerimonia di degradazione per le Istituzioni coinvolte, che favorisce una discussione pubblica sui valori sociali, sui confini simbolici della società.

Lo spostamento delle rivendicazioni femministe su un piano "glocale" costituisce un efficace meccanismo politico di giustiziabilità dei diritti fondamentali basati sul genere, che connette la lotta delle donne italiane a quella delle donne di altri continenti: pensiamo ad esempio alla Raccomandazione all'Italia sul femminicidio ed alla condanna dello Stato messicano davanti alla Corte interamericana dei diritti umani per i femminicidi avvenuti nello Stato di Chihuahua, resa possibile grazie alla mobilitazione dei gruppi femministi messicani che hanno reclamato le gravi negligenze del Governo messicano nel prevenire indagare e reprimere tali crimini come una violazione sistematica dei diritti delle donne. E pensiamo agli effetti della sentenza "Campo Algodonero" della Corte interamericana dei diritti umani sulla sentenza Opuz c. Turchia della Corte Europea per i diritti umani....

L'alleanza creata dall'attivismo femminista con gli organismi regionali e internazionali a tutela dei diritti umani, dimostra che le donne possono essere esse stesse artefici del cambiamento, soggetti politici in grado di trasformare il punto di vista valido e consolidato sul precedente autoritativo<sup>34</sup>.

Se vogliamo, parafrasando Deleuze, la rivendicazione femminista agita sul piano internazionale, costituisce nella società (patriarcale) del controllo globale, una delle più

---

<sup>34</sup> Benhabib S., *I diritti degli altri*, Raffaello Cortina editore, 2004, p. 144.

radicali forme di resistenza capaci di “ridare una chance a un comunismo inteso come “organizzazione trasversale di individui liberi””<sup>35</sup>.

Per questo, continueremo a promuovere come Giuristi Democratici la più ampia conoscenza e partecipazione possibile a questo tipo di processi, sia attraverso iniziative di sensibilizzazione che iniziative di formazione, al fine di accelerare il processo verso una democrazia di genere, inclusiva di tutte le differenze: l'unica democrazia possibile.

#### **4) BENI COMUNI**

L'Associazione Giuristi Democratici ha sempre promosso un concreto impegno dei giuristi per la difesa ed attuazione dei principi democratici e di uguaglianza della Costituzione della Repubblica, per la applicazione delle Convenzioni dei Diritti dell'Uomo, per la realizzazione di una Costituzione Europea autenticamente democratica, con particolare riguardo ai diritti fondamentali dell'uomo e della donna, dei lavoratori, dei meno abbienti e degli emarginati ed ai diritti di associazione, libertà di circolazione, riunione e manifestazione del pensiero (art. 5 dello Statuto).

Le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, e lo statuto giuridico dei beni comuni, incidono profondamente sui diritti fondamentali dell'uomo.

Un'analisi delle proposte in tema di beni comuni deve partire dal lavoro della Commissione ministeriale presieduta da Stefano Rodotà, composta da giuristi ed economisti, che ha lavorato nella legislatura 2006- 2008, sulla riforma del Capo II, Titolo I del Libro III del Codice Civile.

Il dato di partenza era che lo statuto dei beni pubblici è «*disperso in mille rivoli, in classificazioni formalistiche del Codice Civile, nonché in una miriade di leggi e leggi speciali*».

Quella Commissione provò a metter ordine, usando come guida i valori della Costituzione, poiché «*il regime giuridico dei beni pubblici costituisce il fondamento economico e*

---

<sup>35</sup> Deleuze G., *Pourparler*, ed. Quodlibet, 2000, p. 231

*culturale più importante per la realizzazione del disegno di società contenuto nella Costituzione stessa» (U. Mattei).*

Il punto di partenza della commissione (relazione di accompagnamento al Progetto di Legge Delega) è molto interessante: *“la riforma si propone di operare un’inversione concettuale rispetto alle tradizioni giuridiche del passato. Invece del percorso classico che va ‘dai regimi ai beni’, l’indirizzo della Commissione procede all’inverso ‘dai beni ai regimi’.”*

I lavori si sono conclusi con la presentazione di un Disegno di Legge Delega che supera la tassonomia del codice civile, abbandonando la categoria del demanio e quella del patrimonio, per introdurre una prospettiva funzionale alle utilità che i beni sono in grado di produrre.

In particolare, i beni vengono suddivisi in tre categorie<sup>36</sup>:

- beni comuni : *«che si sottraggono alla logica proprietaria tanto pubblica quanto privata, per mettere al centro una dimensione collettiva di fruizione diretta di lungo periodo»* essi esprimono *“utilità funzionali all’esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona”* e possono appartenere a persone pubbliche o private;

La disciplina prevista dalla Commissione tiene conto delle generazioni future e della necessità di garantire, indipendentemente dalla titolarità, una fruizione collettiva dei beni comuni *“nei limiti e secondo le modalità fissate dalla legge”*.

Quando la proprietà dei beni è pubblica, essi sono posti *extra commercium* e possono formare oggetto di concessione solo nei casi previsti dalla legge e comunque per una durata limitata e improrogabile. Alla pubblica amministrazione è riconosciuta la tutela risarcitoria, mentre ciascun individuo ha accesso a quella inibitoria, in nome del diritto alla salvaguardia e fruizione di questi beni. Sono beni comuni, tra gli altri: i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l’aria; le foreste, i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva

---

<sup>36</sup> L’ Accademia dei Lincei ha pubblicato il volume (a cura di Ugo Mattei, Edoardo Reviglio e Stefano Rodotà) sui Beni pubblici dal governo democratico dell’ economia alla riforma del Codice Civile. Riporta gli atti di un convegno (aprile 2008) sui lavori della Commissione Rodotà ed i lavori stessi.

ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate;

- beni pubblici: questa categoria va a sostituire quella della demanialità e della patrimonialità; essa ricomprende al proprio interno due articolazioni che sono i beni ad appartenenza pubblica necessaria «che appartengono alla stessa essenza di uno Stato sovrano» (tra questi le strade e gli acquedotti; essi soddisfano interessi generali fondamentali, la loro cura spetta allo Stato e agli enti pubblici territoriali; non sono alienabili né usucapibili) e i beni pubblici sociali «fortemente finalizzati, attraverso un vincolo di scopo, agli aspetti misti e sociali del nostro disegno costituzionale» (tra questi: gli edifici pubblici adibiti a ospedali, istituti di istruzione e asili; essi soddisfano bisogni corrispondenti ai diritti civili e sociali della persona, e la loro circolazione è ammessa a patto che venga conservato il vincolo di destinazione, il quale può venire meno solo se viene garantito il mantenimento o il miglioramento della qualità dei servizi sociali erogati);
- beni privati ad appartenenza pubblica (anche definiti beni pubblici fruttiferi): sono gestiti da persone pubbliche con strumenti di diritto privato, ma possono essere alienati qualora venga meno la necessità dell'utilizzo pubblico e si verifichi l'impossibilità di continuare il godimento in proprietà con criteri economici. I beni pubblici fruttiferi, sono sostanzialmente disponibili, ma con «un *caveat* generale, molto importante»: questi beni «fanno pur sempre parte del patrimonio per così dire "liquido" di tutti noi». Tutti i cittadini italiani «sono titolari pro quota di beni pubblici», onde eventuali alienazioni comportano garanzie e compensazioni per tutti i titolari di tale portafoglio collettivo di proprietà<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Scrive in proposito Salvatore Settis (La Costituzione e i beni pubblici): «*si è avviato un processo .... che sotto l'etichetta di "federalismo demaniale" borseggia il portafoglio proprietario della cittadinanza (e di ciascuno di noi), e lo ridistribuisce a Regioni ed enti locali, utilizzandolo come una sorta di salvadanaio di terracotta, da fare a pezzi per prelevarne ogni spicciolo e gettarlo al vento. In base alla legge Calderoli, lo Stato cede 19.005 unità del proprio demanio, per un valore nominale di oltre tre miliardi. Passano a Comuni, Province e Regioni beni del demanio idrico e marittimo, caserme e aeroporti, catene montuose, e così via. Il trasferimento comporta che una parte di questi beni diventerà immediatamente disponibile alla vendita. Un'altra porzione passerà invece al demanio degli enti locali e delle Regioni, cioè resterà inalienabile sulla carta: ma la stessa legge prevede una forma strisciante di privatizzazione, e cioè il versamento gratuito di beni pubblici (anche demaniali) in fondi immobiliari di proprietà privata (purché i privati versino nello stesso fondo beni di proprietà equivalente). Si capisce così come mai il monte Cristallo sia stato valutato 259.459 euro, e le intere Dolomiti 866.294 euro*

#### 4.1) FORME DI GESTIONE

Per quanto riguarda le forme di gestione i concetti più avanzati sono stati elaborati nel quadro dei movimenti referendari e popolari di ri-pubblicizzazione dell'acqua. Movimenti di cui i Giuristi Democratici sono stati attivi e partecipi aderenti.

L'analisi dei movimenti prende le mosse dalla difficoltà di accesso ai beni e ai diritti fondamentali da parte di una larga parte della popolazione mondiale, anche a causa di modi di produzione parassitari e distruttivi.

Le istituzioni economiche, finanziarie e politiche che per decenni hanno contribuito al degrado delle risorse naturali ed all'impoverimento di migliaia di comunità umane, asseriscono ancora che solo il valore economico può regolare la distribuzione dei beni. In presenza di una travolgente crisi finanziaria ed economica mondiale come quella che conosciamo, esse raddoppiano perciò le pressioni ai diversi livelli (internazionale, nazionale e locale), finalizzate ad affermare la privatizzazione e l'affidamento al cosiddetto libero mercato della gestione delle risorse.

Inoltre, le nuove, sempre più gravi emergenze hanno posto in luce come i paesi più 'socialisti', resistano meglio alle folate speculative. Viceversa il liberismo più spinto, accoppiato alla globalizzazione e frenetica circolazione dei capitali, così come genera enormi guadagni in poco tempo, così risponde più elasticamente alle grandi crisi. Entrambi i tipi di risposta propongono tuttavia dei modelli che fanno leva sulla gestione più dissennata delle risorse naturali e sulla violazione generalizzata dei diritti fondamentali. Si è aperta così una nuova fase di riflessione sul governo globale dell'economia e delle risorse.

Le lotte per il riconoscimento e la difesa in primo luogo dell'acqua come bene comune hanno acquisito in questi anni una rilevanza e una diffusione senza precedenti, assumendo anche nuovi significati ed approfondimenti. E' ormai largamente diffusa la consapevolezza delle popolazioni riguardo alla necessità di non mercificare i beni comuni fondamentali. Ad

---

avviso dell'ampio movimento mondiale in corso, solo una proprietà pubblica e un governo pubblico e partecipato dalle comunità locali possano garantire la tutela delle risorse, in particolare il diritto e l'accesso all'acqua per tutti e la sua conservazione per le generazioni future.

Da una parte, le lotte contro la privatizzazione e per il diritto d'accesso all'acqua e alle risorse naturali sono state il motore di cambiamenti sociali e politici epocali in un continente come l'America Latina (basti pensare alla Bolivia che oggi, primo paese al mondo, ha un Ministro per l'Acqua o all'Uruguay che ha deciso, attraverso referendum, di inserire l'acqua come diritto umano e bene comune nella Costituzione) e in diverse aree geografiche planetarie (prima fra tutte, la lotta delle donne e dei contadini indiani contro le dighe del Narmada); dall'altra, le lotte per l'acqua tendono sempre più a divenire strumento di costruzione di pace contro la guerra globale, oggi sempre più determinata dalla competizione per il controllo delle risorse naturali strategiche, di cui l'acqua è la più importante.

E' un percorso che parte da lontano. Nel 2003, dichiarato dall'ONU Anno mondiale dell'acqua, a Firenze si svolse il Forum Mondiale Alternativo dell'Acqua che, ispirandosi al concetto di acqua come bene comune necessario alla vita, bocciò le politiche fondate sulla trasformazione dell'acqua in merce, anche mediante l'introduzione del cosiddetto "partenariato pubblico-privato", chiedendo la proprietà e la gestione pubblica come garanzia di libero accesso per tutti.

Nel marzo 2006 si è tenuto a Roma il primo Forum Italiano dei Movimenti per l'Acqua, cui hanno partecipato centinaia di realtà territoriali e decine di reti nazionali, associative, sindacali e politiche con un' importante conclusione condivisa: la necessità di un cambiamento normativo nazionale, che segnasse una svolta radicale rispetto alle politiche, trasversalmente condivise negli ultimi vent'anni, che hanno fatto dell'acqua una merce e del mercato il punto di riferimento per la sua gestione. Provocando dappertutto: degrado e spreco della risorsa, precarizzazione del lavoro, espropriazione dei saperi collettivi, mancanza di trasparenza e di democrazia, e quindi un peggioramento della qualità del

servizio, aumento delle tariffe, riduzione dei finanziamenti per gli investimenti, una generale antieconomicità della gestione.

Il Forum Italiano dei Movimenti per l'Acqua ha poi deciso di formulare una proposta di legge d'iniziativa popolare con gli obiettivi di tutela della risorsa e della sua qualità, di ripubblicizzazione del servizio idrico integrato, di gestione dello stesso attraverso strumenti di democrazia partecipativa.

Il 12 e 13 giugno 2011 si è tenuto un referendum di grandissima importanza, su due quesiti referendari in materia di gestione delle risorse idriche presentati dai comitati di cui sopra. Si tratta dei referendum che hanno assunto la denominazione di referendum 'per l'acqua pubblica'.

Il quesito più rilevante atteneva all'art. 23 bis del d.l. 25.6.2008, n. 112, norma che ha per oggetto i modelli di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, tra cui in primo luogo la distribuzione dell'acqua.

L'art. 23 bis, sottoposto a referendum, optava per la 'ordinarietà' dell'affidamento all'esterno (comma 2.2. "*Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria... a favore di imprenditori o di società*").

In base a tale norma, dunque, la "regola" consisteva nell'affidamento del servizio pubblico ad un soggetto privato (scelto con gara), l'"eccezione", invece, consisteva nella gestione "diretta" del servizio per mezzo della società in house (che è qualificabile come *longa manus* dell'amministrazione). La norma del 23 bis precisava inoltre che, anche nei casi di gestione in house, la società dovrà prevedere una partecipazione al capitale dei privati non inferiore al 40%.

L'art. 23 bis era una norma di privatizzazione forzata, "mascherata" da norma sulla concorrenza. Infatti, l'art. 23 bis imponeva, di fatto, la privatizzazione dei servizi pubblici.

A differenza di ciò che si è sostenuto nel dibattito referendario il legislatore comunitario è del tutto indifferente a che tutti i servizi vadano sul mercato (si v., ad es. il Reg. CE n. 1370/2007, art. 5, par. 2: «a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale [...] hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico»). All'Unione Europea non interessa se gli Enti mantengono in mano

pubblica taluni servizi (es. asili nido). Ciò che importa all'UE è che, se si decide di affidarli all'esterno, questo avvenga con gara pubblica comunitaria (ed è una comprensibile e giusta richiesta).

E' dunque legittimo (ma anche politicamente importante) affermare che l'Unione europea non ha scelto un modello privilegiato. Non ritiene e non impone, mai, in nessun caso, l'affidamento all'esterno quando "l'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti" (Corte di Giustizia UE 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle).

L'effetto del referendum, come ha chiarito la Corte Costituzionale (in aderenza a quanto sostenuto dai promotori e dai G.D. nel giudizio) una volta rimosso l'art. 23 bis è l'applicazione diretta della normativa europea, direttamente applicabile, e pienamente idonea a regolare il settore, e ciò non solo in piena ottemperanza agli obblighi comunitari, ma, ovviamente, in maggiore aderenza agli obblighi stessi "Nel caso in esame, all'abrogazione dell'art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte – sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997 – sia da quella della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato); dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica. Ne deriva l'ammissibilità del quesito per l'insussistenza di impedimenti di natura comunitaria." (Corte Cost. 24/2011)

Il modello gestionale dei servizi pubblici, che risulta dal referendum è dunque quello comunitario, che emerge (sia pure in estrema sintesi) dai precetti sopra riportati. Vale dire, non vi è obbligo per la PA di esternalizzare, ma neanche preclusione. Si potrà scegliere, come avvenuto fino a pochi anni fa, tra gestioni interamente pubbliche, private o modelli misti.

Va anche ricordata la recente esperienza del Comune di Napoli , che con delibera del 18 giugno 2011 ha deliberato "di fare propri e approvare i seguenti principi:

- l'acqua è un bene comune, un diritto umano universale non assoggettabile a meccanismi di mercato;

- la proprietà e la gestione del servizio idrico devono essere pubbliche e improntate a criteri di equità, solidarietà (anche in rapporto alle generazioni future) e rispetto degli equilibri ecologici;

2) di procedere, di concerto con il Forum dei movimenti per l'acqua, alla consultazione delle organizzazioni della “cittadinanza attiva”, al fine di realizzare il necessario processo partecipativo;

3) di procedere all'audizione di esperti nei settori giuridico, economico, aziendale, al fine di acquisire ulteriori conoscenze per l'elaborazione di un modello di gestione coerente con i principi richiamati;

4) di garantire l'attività di consultazione e di condivisione in condizioni di massima trasparenza e partecipazione, anche mediante l'utilizzo del web;

5) di dare mandato agli Uffici competenti di predisporre le necessarie modifiche statutarie da proporre al Consiglio comunale per la trasformazione dell'ARIN S.p.a. in soggetto giuridico di diritto pubblico, con le caratteristiche di azienda improntata a criteri di economicità, efficienza, trasparenza e partecipazione.”

Si tratta di un'esperienza interessante, da seguire e sostenere, verificandone i risultati, anche in termini di costi ed efficienza.

#### 4.2) PARTECIPAZIONE DEI CITTADINI NELLA GESTIONE DEI BENI COMUNI

Le vicende degli ultimi anni, contrassegnate dalle lotte territoriali condotte dai diversi comitati spontanei sorti in molte regioni d'Italia per la tutela dei beni comuni – lotte rese ancor più visibili grazie ai referendum della scorsa primavera – contengono in sé il messaggio inequivocabile che nessuna gestione dei beni comuni potrà d'ora in poi continuare ad essere svolta senza la partecipazione diretta dei cittadini.

Nelle massicce mobilitazioni di questi anni non si può non cogliere, infatti, una esplicita domanda di partecipazione da parte degli stessi cittadini, non più disposti a delegare ad altri la gestione di beni collettivi primari come l'aria, l'acqua e l'ambiente in generale, a loro

volta indispensabili per la tutela del bene fondamentale della salute. Questo, secondo l'esatta definizione dell'art. 32 della Costituzione, è allo stesso tempo "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività". E se "la Repubblica tutela la salute", ciò può avvenire in via preventiva soprattutto perché essa – secondo l'art. 9 - "tutela il paesaggio", espressione in cui la Corte costituzionale ha riconosciuto da tempo la tutela del bene ambiente.

La Costituzione italiana così ha contribuito a imporre a livello internazionale una nuova nozione di paesaggio che è alla base di un atto fondamentale come la Convenzione europea sul paesaggio, firmata a Firenze nell'ottobre 2000 da molti paesi membri del Consiglio d'Europa tra cui l'Italia, che l'ha ratificata nel 2006 e ha infine emanato i decreti attuativi con cui è stata recepita a tutti gli effetti nel nostro ordinamento. Qui i due elementi chiave della nuova nozione di paesaggio – l'aspetto dinamico e il suo essere parte dell'identità comune di ciascuno – impongono esplicitamente il coinvolgimento del pubblico in tutte le fasi in cui si articola la tutela, e gli attribuiscono precisi diritti. Si tratta, in particolare, del diritto di ognuno di partecipare all'identificazione dei paesaggi e dei beni ambientali, che è quello più importante; del diritto alla loro qualificazione e valutazione (articolo 6.C); e infine del diritto di essere consultati nella definizione degli obiettivi di qualità paesaggistica e ambientale (articolo 6.D). Sono diritti di autodeterminazione, in quanto mettono in correlazione identità personale e identità collettiva.

Nasce da qui, pertanto, l'esigenza di ampliare il ventaglio dei mezzi di partecipazione sociale nella gestione dei beni comuni che porti alla creazione di nuove forme di democrazia diretta, apparendo il solo strumento del referendum abrogativo previsto dall'art. 75 della Costituzione del tutto inadeguato a soddisfare tutte le richieste di protagonismo attivo provenienti dal basso.

Una nuova legislazione organica in materia, che imponga il ricorso alla consultazione delle comunità locali e che soprattutto attribuisca loro poteri decisionali in merito all'adozione dei vari strumenti di pianificazione territoriale e alla realizzazione di opere di rilevante impatto ambientale e paesistico oltreché in tema di utilizzo e gestione delle risorse naturali, appare come il primo passo necessario verso la concreta realizzazione di una partecipazione

consapevole dei cittadini alle scelte che riguardano il loro territorio oltretutto l'utilizzo e la gestione delle relative risorse energetiche e naturali.

Sotto altro profilo è auspicabile che la suddetta partecipazione si estenda anche alla fase legata alla gestione dei beni comuni al fine di dare effettiva attuazione alla volontà già espressa dai cittadini in sede di consultazione.

Questo obiettivo lo si potrebbe realizzare prevedendo, tra l'altro, l'ingresso dei rappresentanti dei comitati locali maggiormente radicati sul territorio nei consigli di amministrazione e comunque negli organi direttivi degli enti chiamati a gestire i suddetti beni comuni. Si tratta di attuare perciò una profonda riforma di tali organi che li apra al più ampio controllo da parte dei cittadini e metta questi al centro di quella "dimensione collettiva di fruizione diretta di lungo periodo" di cui parlava il disegno di legge delega delineato dalla Commissione Rodotà.

## **5) UN SISTEMA PENALE ALLA RICERCA DELL'UGUAGLIANZA**

In questi anni si è consolidata la diffusa e profonda consapevolezza di attraversare una prolungata stagione di crisi della legalità costituzionale e, di fatto, dell'intero sistema democratico, alimentata dalla inusitata commistione tra potere economico, potere politico e potere mediatico.

L'emergenza democratica che stiamo vivendo si era già manifestata fin dai primi esordi dell'attuale compagine governativa, ovvero dal 1994. D'altronde, a ben guardare il centrodestra governa ormai l'Italia da 17 anni, mentre l'affermazione elettorale del centrosinistra ha rappresentato una parentesi sul piano politico e sociale quasi insignificante, tanto da poter essere definita una boccata di ossigeno, avvelenata dalla rissosità dei partiti. Tale valutazione discende dalle contorsioni cui abbiamo assistito e dalla sostanziale l'incapacità di abolire le leggi-*monstre*, di modo che è stato rimesso alla magistratura ed alla Corte costituzionale l'arduo compito di evidenziare e tentare di contenere le alterazioni più gravi all'ordinamento costituzionale ed alla civiltà democratica.

Il punto di massima crisi dell'attuale situazione è rappresentato dalla *crisi della legge* che ha cambiato i propri connotati classici, attraverso un percorso che, mediante le c.d. leggi *ad personam*, è pervenuto alla corruzione della stessa funzione della legge. La legge, come strumento di regolazione degli interessi per perseguire il bene pubblico (secondo la vecchia idea giacobina della volontà generale), è stata rinnegata da una politica che trasforma in legge gli interessi privati di una singola persona o di un ristrettissimo ceto di privilegiati, fino al punto da cancellare l'idea stessa che i pubblici poteri traggano la loro ragione di essere in funzione del bene pubblico, come efficacemente evidenziato da Domenico Gallo.

D'altro canto, la crisi della legge si manifesta quale effetto della lesione del principio di uguaglianza. Sotto questo profilo, appare indispensabile rammentare le lucide ed attuali osservazioni di Gustavo Zagrebelsky (*La Repubblica*, 26.11.2008), secondo il quale «*ciò che davvero qualifica e distingue i regimi politici nella loro natura più profonda e che segna il passaggio dall'uno all'altro, è l'atteggiamento di fronte all'uguaglianza, il valore politico, tra tutti, il più importante e, tra tutti però, oggi il più negletto...senza uguaglianza, la libertà vale come garanzia di prepotenza dei forti, cioè come oppressione dei deboli. Senza uguaglianza, la società, dividendosi in strati, diventa gerarchia. Senza uguaglianza, i diritti cambiano natura: per coloro che stanno in alto, diventano privilegi e, per quelli che stanno in basso, concessioni o carità. Senza uguaglianza, ciò che è giustizia per i primi è ingiustizia per i secondi.(...). Senza uguaglianza, le istituzioni, da luoghi di protezione e integrazione, diventano strumenti di oppressione e divisione (...) Nell'essenziale: senza uguaglianza, la democrazia è oligarchia, un regime castale. (...) La costituzione - questa costituzione che assume l'uguaglianza come suo principio essenziale - è in bilico proprio su questo punto. Noi non possiamo non vedere che la società è ormai divisa in strati e che questi strati non sono comunicanti. Più in basso di tutti stanno gli invisibili, i senza diritti che noi, con la nostra legge, definiamo "clandestini", quelli per i quali, obbligati a tutto subire, non c'è legge; al vertice, i privilegiati, uniti in famiglie di sangue e d'interesse, per i quali, anche, non c'è legge, ma nel senso opposto, perché è tutto permesso e, se la legge è d'ostacolo, la si cambia, la si piega o non la si applica affatto.(...) Se si accetta tutto ciò, il resto viene per conseguenza. Viene per conseguenza che la coercizione dello Stato sia*

*inequalmente distribuita: maggiore quanto più si scende nella scala sociale, minore quanto più si sale; che il diritto penale, di fatto, sia un diritto classista e che, per i potenti, il processo penale non esista più».*

A ben vedere, l'esclusione e la differenziazione sono diventate il tratto distintivo di questa fase, e non solo da quell'11 settembre 2001 che, nell'immaginario collettivo, ne costituisce l'avvio. I veicoli della esclusione sono molteplici, a cominciare da quello – principale – della struttura sociale, ma passano anche attraverso il diritto penale e il carcere. Utilizzando le osservazioni di Massimo Pavarini, le cause vanno ricercate nell'«afferinarsi a livello planetario di una nuova filosofia morale, di un determinato “punto di vista” sul bene e sul male, sul lecito e sull'illecito, sul meritevole di inclusione o di esclusione». La novità più dirompente degli ultimi anni è, infatti, il diffondersi di un pensiero unico che ha ridisegnato – ovunque – i sistemi istituzionali, i rapporti sociali, il concetto stesso di cittadinanza e di democrazia. Il suo postulato è che la garanzia dei diritti e della sicurezza degli *inclusi* passi necessariamente attraverso l'espulsione da quei diritti degli *esclusi*, cioè dei *non meritevoli*, dei marginali, dei migranti (Livio Pepino). Ma il terreno fertile di questa trasformazione attuale sta anche nella crisi degli organismi umanitari, di legalità internazionale e di garanzia dei diritti umani, come le Nazioni Unite. Appare abbastanza scontato che questa crisi complessiva della democrazia e delle istituzioni poste a difesa e controllo della legalità e dei diritti, porti ad un assottigliamento dei diritti sociali, generi povertà e, per l'accentuazione dell'economia liberista e la precarietà in agguato, produca altra miseria, che produce bisogni, che a loro volta possono produrre o lotte o annientamento dei propri diritti. In Italia, in questo momento, nella crisi generale di rappresentanza (perdita di credibilità dei sindacati, dei partiti, delle associazioni di tutela), si vive una inconsueta insicurezza della esistenza che genera paura e voglia di trincerarsi all'interno di gabbie sempre più strette ed escludenti: alle case vogliamo i cancelli; nelle strade desideriamo le telecamere e le forze dell'ordine. All'interno di questo contesto, solo gli stati di diritto e le Costituzioni rappresentano un baluardo contro le politiche di esclusione imposte dalle maggioranze conservatrici. Non possiamo stupirci che, in questo terreno di coltura, si origini e si affermi un diritto penale del nemico, in contrapposizione al diritto penale del

cittadino, basato sulla dignità della persona, sull'intangibilità dei diritti umani, tra i quali il diritto alla vita e all' *habeas corpus*.

L'estremizzazione di tali posizioni porta inevitabilmente ad un conflitto permanente nel quale si crea un circolo vizioso: più ci sentiamo insicuri, più cerchiamo protezione e tutela contro ipotetici nemici, più sospendiamo le garanzie, più i nostri nemici diventano non-persone (Giuseppe Mosconi). Creata la normativa d'eccezione, tramite decreti- legge o pacchetti sicurezza, frutto di emotività e per desiderio di populismo, si trasforma l'emergenza in normalità, riducendo le garanzie costituzionali a vantaggio dell'esecutivo. In altri termini, l'espressione politica di queste tendenze è il governo *esclusivo* della società (e, quindi, della penalità) della *parte soddisfatta* del mondo. In questa visione, la sicurezza e la prosperità si identificano con un ordine prestabilito e imm modificabile, a cui corrisponde la necessità «di respingere al di fuori, in qualche “esterno”, il disordine» (Marco Revelli). Nascono da qui le moderne politiche securitarie, l'opzione della «tolleranza zero», la costruzione delle città e degli stati come «fortezze assediate» che stanno alla radice del riproporsi della segregazione e della contenzione.

Il fenomeno più evidente che ha caratterizzato negli ultimi anni il nostro sistema penale è, dunque, l'affievolirsi, anche sotto il profilo formale, dell'uguaglianza, con conseguente progressiva sostituzione «al diritto *uguale* di una sorta di diritto *differenziato*» (Livio Pepino).

Questa tracotanza e queste debolezze, nella tendenza di tutti i poteri a farsi assoluti e globalizzanti, hanno dato luogo ad un profondo mutamento del sistema punitivo in Italia, mediante l'introduzione di disposizioni che tendono a sgretolare la legalità e creare sacche di privilegio ed impunità. Tutto ciò delinea un **sistema penale a ferro di cavallo** (Domenico Gallo) i cui due estremi sono un **diritto penale (e processuale) del nemico** ed un **diritto penale (e processuale) dell'amico**.

Il diritto penale del nemico esprime la tendenza a colpire le fasce sociali più deboli, immigrati, tossicodipendenti, rom, senza casa e da ultimo i manifestanti, indicati come “nemici pubblici” ai quali riservare un trattamento penale differenziato e di particolare disfavore, che si spinge fino al punto di creare un vero e proprio diritto penale per tipo

d'autore. Il diritto penale del nemico, lasciando da parte le osservazioni operabili sul carattere di urgenza, si perfeziona allorché presi di mira non sono più i singoli individui, ma gruppi identitari. Luigi Ferrajoli dice che non si inventa niente di nuovo: in passato, erano i nemici del popolo di staliniana memoria, o i destinatari delle leggi razziali. Insomma, si potrebbe dire che vi è una tendenza a punire l'essere, anziché il commettere.

Sull'altro versante del ferro di cavallo si colloca una disciplina di favore per i privilegiati che, avviata in sordina, si sta spingendo verso obiettivi di impunità che, qualche anno fa, non avremmo neppure potuto immaginare, in quanto si tratta di fenomeni che non si sono mai verificati negli ordinamenti di democrazia avanzata.

Governare il conflitto sociale con mezzi repressivi è un'antica illusione della politica penale che, in Italia, era stata sensibilmente ridimensionata e contenuta attraverso alcuni interventi legislativi degli anni Settanta: su tutti, il decreto legge 11 aprile 1974, n. 99, fonte di un generalizzato abbassamento delle pene (realizzato attraverso l'estensione della possibilità di bilanciamento tra circostanza attenuanti e aggravanti, l'elevazione da uno a due anni del *quantum* di pena compatibile con la sospensione condizionale della pena, la modifica della disciplina della continuazione), e la riforma penitenziaria introdotta con legge 26 luglio 1975, veicolo di una inedita flessibilità della pena (realizzata mediante la possibilità di sua modificazione e riduzione nella fase esecutiva).

In vero, il percorso volto all'estensione dei diritti e delle garanzie nel sistema penale si è interrotto negli ultimi due decenni del secolo scorso, ma è nella legislatura conclusa ed in quella in corso che è intervenuto un vero e proprio ribaltamento di prospettiva il cui epilogo sta nella riforma novellistica del codice penale del dicembre 2005 (legge n. 251/2005 nota come ex Cirielli) e nelle modifiche della disciplina dell'immigrazione (legge 30 luglio 2002, n. 189 e legge n. 94 del 2009) e degli stupefacenti (legge 21 febbraio 2006, n. 49). I passaggi della svolta sono numerosi e talora deflagranti: aggravamento generalizzato (e spesso abnorme) delle pene, soprattutto per i recidivi; dilatazione dei termini per la prescrizione in caso di reiterazione nel reato; restringimento, sempre per i recidivi, dell'ambito di applicabilità delle misure alternative al carcere; ampliamento, in particolare nei settori dell'immigrazione e degli stupefacenti, delle fattispecie prive di offensività

diretta a terzi. L'area della penalità è aumentata non solo sotto il profilo *quantitativo* ma anche sotto quello *qualitativo*. In particolare sono cresciute in modo significativo – nei settori più *sensibili* – le fattispecie senza offesa *diretta* nei confronti di terzi e quelle "a tipicità ridotta". Costituita da fattispecie prive di immediata offensività è quasi l'intera disciplina degli stupefacenti e dell'immigrazione: e non è cosa da poco, trattandosi in grande misura del "diritto penale del carcere". In un crescendo parossistico di ideologia repressiva si è giunti finanche a codificare, a fianco delle fattispecie anzidette, una sorta di inedito "diritto penale dell'apparenza" (Livio Pepino).

Uno degli esempi più chiari di questo sistema penale duale è rappresentato dalla riforma della prescrizione introdotta con la legge ex Cirielli (L. 5/12/2005 n. 251). All'epoca taluni protestarono, indicandola come l'ennesima legge *ad personam* per favorire i soliti noti. Indubbiamente tali critiche coglievano una parte della verità e l'esito del processo Mills e di centinaia di altri processi per corruzione, concussione e reati dei colletti bianchi dimostra che la riduzione dei termini di prescrizione ha compresso l'area della punibilità, rendendo più facile per i ceti privilegiati sfuggire alla repressione penale.

L'altro risvolto di tale disciplina, rimasto poco analizzato, è l'ampliamento dell'area della punibilità per quelle forme di criminalità che sono direttamente collegate a situazioni di emarginazione o di degrado sociale. Un pubblico ufficiale condannato per concussione, difficilmente può trovarsi nella condizione di recidiva specifica reiterata infraquinquennale. Tale condizione, invece, non è spesso tratto comune per quelle fasce di popolazione nelle quali la devianza criminale è collegata ad una particolare condizione di vita, come per esempio la tossicodipendenza. Quindi uno stesso fatto può rimanere punibile per un periodo di tempo molto più lungo, a seconda del tipo di autore. La legge ex-Cirielli ha introdotto una disciplina in cui i limiti temporali per la punibilità non sono dipendenti dalla obiettiva gravità del reato, ma sono costruiti sul tipo di autore. Un fatto commesso da una persona "perbene" è meno grave (e meno punibile) dello stesso fatto commesso da una persona "per male" che, nella generalità dei casi è un emarginato. E' appena il caso di precisare che nel codice Rocco, cioè nel codice penale del fascismo, la teoria del diritto penale per tipo di autore non aveva trovato cittadinanza. E adesso con l'emendamento Paniz alla legge sul c.d.

processo breve, questa tendenza è stata rafforzata, è stata ulteriormente diminuita l'interruzione della prescrizione per i soggetti incensurati, allargando ulteriormente la forbice della disuguaglianza del trattamento penale.

Così, il contrasto alla devianza criminale, che costituisce l'oggetto del diritto penale, è stato costruito come contrasto all'emarginazione sociale, cioè come criminalizzazione dell'emarginazione sia attraverso un'ipertrofia della sanzione penale, sia attraverso sanzioni modellate sul tipo di autore (Domenico Gallo).

La popolazione degli immigrati rappresenta il bersaglio principale (ma non l'unico) nei confronti del quale si sperimentano le forme più gravi e discriminatorie di questa politica del diritto penale del nemico. Una delle disposizioni più fortemente criminogene è quella che colpisce lo straniero che trasgredisca l'ordine di espulsione. Questo reato è nato nel 1998 come contravvenzione, punita con la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno ed è diventato delitto nel 2004 (D.L. 14 settembre 2004 n. 241, convertito con modificazioni nella L. 12/11/2004 n. 271), punito con la reclusione da 1 a 4 anni, che diventano 5 per chi abbia fatto reingresso dopo l'espulsione. In questo modo è stato inventato un reato artificiale, che può essere commesso soltanto da un determinato tipo d'autore, che viene punito, e per giunta con una pena molto più grave di quella prevista per il falso in bilancio o le false comunicazioni sociali (art. 2621 e 2622 c.c. come sostituiti dalla L. 28/12/2005 n. 262), sebbene questi reati tipici dei colletti bianchi possano causare danni patrimoniali enormi ai risparmiatori, come ben sanno tutti quelli che hanno comprato le azioni Parmalat. Per far le dovute proporzioni, basti considerare che il fascismo, con le leggi razziali, aveva inventato un reato analogo, previsto dal Regio Decreto legge n. 1381 del 7 settembre 1938, che puniva l'ebreo straniero inottemperante all'obbligo di lasciare il territorio italiano (mediante richiamo all'art. 150 del TULPS) con l'arresto da tre a sei mesi. Il 28 aprile la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha bocciato questo famigerato reato, stabilendo che i giudici italiani devono disapplicare questa norma perché in contrasto con la Direttiva rimpatri, una Direttiva che, a suo tempo, fu fortemente contestata e definita "Direttiva della vergogna". Ciononostante la legge italiana deve essere disapplicata perché fa vergogna alla direttiva della vergogna.

Al fondo di questo pensiero unico – è bene averlo presente – si affaccia, neppure troppo mascherato, il sogno del nuovo corso della criminologia americana, di individuare preventivamente le “categorie a rischio”, per isolarle e rinchiuderle in quanto tali (per quel che sono e per quel che appaiono) indipendentemente dalla commissione di reati. In questo senso, appaiono preoccupanti le anticipazioni di stampa su quanto il Ministro dell’interno Maroni avrebbe in animo di proporre: una legge Reale *bis*, contenente il fermo preventivo di polizia, l’arresto con flagranza differita, l’arresto di chi trovato in possesso di un kit (?) ritenuto pericoloso, l’introduzione di un nuovo reato di associazione per commettere violenze ed infine la richiesta di garanzie patrimoniali agli organizzatori delle manifestazioni. Sperando che si tratti solo di ipotesi di lavoro che non verranno, poi, presentate, non si può non rilevare come si tratterebbe di misure che ci farebbero ritornare all’epoca fascista (fermo preventivo di polizia) e che appaiono in palese contrasto con i principi costituzionali, in particolare la richiesta di garanzie patrimoniali impedirebbe a studenti, disoccupati, extracomunitari e non abbienti di manifestare liberamente. Infine, la Legge Reale del 1975 ci ha dimostrato l’inefficacia di tali misure, inutilmente repressive, per evitare la violenza nei cortei; esistono già norme sufficienti a tutelare l’ordine pubblico, senza che vi sia la necessità di legiferare sotto la spinta dell’emozione: compromettere i diritti dei cittadini sull’onda di un’emozione non è mai stato un atteggiamento positivo.

#### 5.1) “RIFORMA EPOCALE”, PRESCRIZIONE BREVE E PROCESSO LUNGO: UN’ALTRA GIUSTIZIA È POSSIBILE.

E’ questo, in definitiva, il contesto nel quale si sta sviluppando l’attacco finale all’indipendenza della giurisdizione, promosso mediante la cosiddetta “Riforma epocale” della giustizia, approvata, con ddl costituzionale, il dieci marzo dal Consiglio dei Ministri, che contiene elementi istituzionali che possono essere legittimamente definiti di *decostituzionalizzazione*.

La **riforma della giustizia**, nota Stefano Rodotà, vuole in primo luogo “rendere disponibile per i voleri della maggioranza l’intero sistema giudiziario. Questo non avviene soltanto attraverso una crescita complessiva del peso della politica in snodi fondamentali. Il punto

chiave della riforma è rappresentato dal fatto che materie oggi affidate ad una diretta garanzia costituzionale vengono trasferite alla legislazione ordinaria. Due esempi. Nell'attuale articolo 112 della Costituzione si stabilisce che: «Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale». La riforma proposta dal governo aggiunge le parole «secondo i criteri stabiliti dalla legge»: sarà dunque la maggioranza del momento a stabilire in quali casi il pubblico ministero può indagare. Nell'attuale articolo 109 si stabilisce che «l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria». La riforma proposta dal Governo prevede che «il giudice e il pubblico ministero dispongono della polizia giudiziaria secondo le modalità stabilite dalla legge»: sarà dunque la maggioranza del momento a determinare le informazioni di cui i magistrati potranno disporre. Il mutamento è radicale, la decostituzionalizzazione è compiuta. Ciò che la Costituzione aveva voluto sottrarre alla possibile prepotenza delle maggioranze, per garantire l'autonomia della magistratura, dovrebbe essere assoggettato proprio a questa ipotesi». Questo processo di scardinamento dell'indipendenza della funzione giudiziaria prefigurato nella riforma costituzionale viene anticipato attraverso norme di legge inserite disorganicamente. Una delle più insidiose è costituita dall'emendamento Pini alla legge comunitaria, il cui scopo è quello di aggredire l'indipendenza del giudiziario, attraverso l'introduzione di una forma di responsabilità civile che interferisce nella libertà di decisione del giudice, condizionandola pesantemente. Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, organo che deve vigilare sull'attuazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, fra i quali rientra il giusto processo, ha proprio recentemente (il 17 novembre 2010) varato una raccomandazione agli Stati membri in cui prevede che: «L'interpretazione della legge, l'apprezzamento dei fatti o la valutazione delle prove effettuate dai giudici per deliberare su affari giudiziari non deve fondare responsabilità disciplinare o civile, tranne che nei casi di dolo e colpa grave». L'emendamento Pini provvede a dare attuazione a questo principio rovesciandolo nel suo contrario. Infatti prevede di sopprimere una norma della legge sulla responsabilità civile dei giudici (L. 13/4/1988 n. 317) che garantisce la libertà del procedimento di interpretazione delle leggi, statuendo che: «nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del

fatto e delle prove”. L’emendamento Pini penetra nei meccanismi interiori più delicati dell’attività giurisdizionale ed interferisce con la libertà della formazione del giudizio, vale a dire con la libertà di coscienza del magistrato e quindi incide pesantemente sull’imparzialità. L’imparzialità del giudice postula come suo corollario essenziale l’indifferenza al risultato dell’attività giurisdizionale, nel senso che la decisione deve essere assunta *sine spe ac metu*. Nel momento in cui il giudice può essere aggredito dalla parte più forte o più prepotente, sui risultati dell’interpretazione del diritto o della valutazione delle prove, si crea un meccanismo di condizionamento che incide sull’imparzialità. Del resto, non stupisce che l’imparzialità dell’esercizio dell’attività giurisdizionale rappresenti una delle ossessioni che maggiormente agitano il Presidente del Consiglio.

Di segno egualmente dannoso per il nostro sistema penale è la paventata approvazione definitiva del ddl in materia di c.d. **prescrizione breve**. Il tredici aprile di quest’anno, la Camera dei deputati ha approvato il disegno di legge intitolato “*Disposizioni in materia di spese di giustizia, danno erariale, prescrizione e durata del processo*” (Atto Camera n. 3137–A, trasmesso al Senato ai fini dell’approvazione definitiva). In realtà, il testo approvato non contiene alcuna disposizione significativa volta ad incidere sull’effettiva durata del processo penale, mentre l’unica disciplina, dirompente sul sistema giustizia italiano, è prevista in materia di prescrizione del reato. Il testo propone infatti di abbassare da un quarto a un sesto l’aumento massimo della prescrizione dovuto agli atti interruttivi a beneficio dei soggetti mai condannati, modificando l’art. 161 del codice di procedura penale. Il meccanismo sopra descritto incide sul testo introdotto dalla legge c.d. ex Cirielli (L. n. 251/2005, un prodotto normativo talmente scadente da essere rinnegato anche dal suo stesso primo proponente) che distingue i casi dei non condannati, dei recidivi aggravati e reiterati, e dei delinquenti abituali e professionali, stabilendo *un aumento del tempo necessario a prescrivere* diversamente modulato fra quelle categorie.

Il disegno di legge sulla c.d. prescrizione breve ha l’obiettivo, neppure celato, di evitare anche la pronuncia di una sentenza di condanna in primo grado per gli “incensurati”, impedendo così – *ad personam* – il marchio di una condanna, pur non definitiva, che suonerebbe però conferma, ancorché provvisoria, di un’accusa sgradevole. Va, tuttavia,

segnalato che l'ancoraggio della prescrizione "*alla qualità personale dell'imputato e non più all'oggettività del reato*" è stata fortemente criticata dagli studiosi di diritto penale, che hanno denunciato l'illegittimità costituzionale di una disciplina che mescola irrazionalmente gli atti interruttivi della prescrizione, espressione del persistente interesse punitivo dello Stato, con la qualità personale dell'agente, incensurato o recidivo. Difatti, far dipendere i differenti termini massimi di prescrizione non dalla gravità oggettiva del fatto, bensì dallo *status* soggettivo dell'imputato, determina, nei fatti, un odioso ritorno al "diritto penale d'autore". L'eventuale approvazione di quest'ennesima legge *ad personam* sarebbe perciò un ulteriore sfregio ai principi di ragionevolezza e di uguaglianza di fronte alla legge, che, come in passato, oltre settanta docenti di diritto penale, senza distinzioni politiche, hanno di recente denunciato con forza. D'altronde, tutti sanno che la prescrizione abbreviata risponde all'interesse precipuo del premier nel processo Mills. Si può dire, anzi, che i suoi dettagli sono stati studiati per favorire il Presidente: l'abbreviazione vale per gli incensurati, e Berlusconi è incensurato, l'accorciamento non è elevato, ma quanto basta per evitargli una condanna, le nuove regole si applicano quando non è stata pronunciata sentenza di primo grado. E in nessuno dei suoi processi tale sentenza è stata, appunto, pronunciata. Ma ciò che maggiormente preoccupa relativamente alla effettiva tutela dei diritti dei cittadini, a partire dalle persone offese dal reato, è l'effetto dannoso d'estinguere un numero elevato di reati. La prescrizione, come già detto, era già stata accorciata nel 2005, senza che fossero state, già allora, previste le riforme indispensabili per consentire un'accelerazione dei processi. Ciò ha causato una situazione pesante, con oltre 150 mila reati estinti all'anno. Se si tiene conto della durata media di un processo di merito, si può ragionevolmente concludere che quasi tutti i processi per reati puniti con la pena della reclusione compresa nel massimo tra i cinque e i sei anni e la grande maggioranza di quelli per reati puniti con la pena della reclusione massima di otto anni sono destinati a sicura prescrizione. Non solo, ma una ricognizione effettuata recentemente dalla Corte di Cassazione ha permesso di accertare che si situa attorno ai nove anni il tempo medio di durata dei processi per reati puniti con pena compresa fra cinque e otto anni che giungono al vaglio della stessa Corte: per la massima parte dei processi, dunque, il termine

prescrizionale maturerebbe prima della sentenza definitiva, ma dopo la decisione di appello, e cioè in un contesto che comporta per il sistema giustizia il massimo spreco di energie. E' evidente, dunque, che l'applicazione del nuovo regime ai processi in corso comporterà la vanificazione di gran parte del lavoro svolto dall'intero sistema giudiziario nel corso di alcuni anni. E' dunque agevole pronosticare che l'impatto della modifica normativa da ultimo proposta sui processi in corso sarà rilevante, atteggiandosi quale una sostanziale amnistia, come di recente affermato in un parere reso dal Csm. Infatti, se si considera che la maggior parte dei processi che si concludono con una decisione di merito riesce, già oggi, ad evitare per un soffio la mannaia, è facile immaginare che la nuova legge determinerà, in ogni caso, un ulteriore, doloroso e non certo auspicabile, incremento del fenomeno. Le conseguenze appaiono d'altronde ancora più gravi, se si considerano i reati che saranno i più toccati, perché commessi da incensurati: un incremento rilevante di reati prescritti si verificherà fra i reati dei colletti bianchi. Si pensi ai processi per truffa, per aggio, per bancarotta, per incidenti sul lavoro, molti dei quali già oggi riescono a sfuggire per poco, quando vi riescono, all'estinzione. Ma vi è di più. In taluni casi la normativa contraddice linee di politica criminale assolutamente prioritarie. Si consideri la corruzione. Le statistiche parlano di un suo incremento del 30%. Giuristi ed economisti chiedono, da anni, un'apposita legge anticorruzione (fra l'altro imposta dalla normativa europea). Ebbene, poiché i pubblici ufficiali corrotti sono, di regola, incensurati, con la nuova legge l'Italia, incrementando i reati prescritti, favorirà, anziché contrastare, la corruzione. Una vergogna, tanto più che il Parlamento, nel frattempo, si guarda bene dall'approvare il disegno di legge anticorruzione. L'ex Ministro Alfano ha sostenuto che l'aumento delle prescrizioni sarà minimo (0,2%). Il dato è contestabile (il Csm ha parlato del 10% in più); ma anche se fosse corretto, dato l'alto numero di prescrizioni già presenti, sarebbe comunque un male. L'ex ministro si è, d'altronde, ben guardato dallo spiegare «quali» saranno i reati più colpiti. Se lo avesse fatto, la gente avrebbe tanto più motivo d'indignarsi.

Il 29 luglio il Senato ha, invece, approvato il ddl n. 2567/S, sul c.d. **processo lungo**, trasmesso alla Camera il 1° agosto 2011, ove ha assunto il n. AC 668/B.

Inizialmente, il ddl aveva come unico obiettivo l'attuazione di un maggior rigore punitivo nei processi per reati puniti con l'ergastolo, escludendo che per tali casi fossero applicabili i benefici previsti per il rito abbreviato. Su tale iniziale finalità legislativa, si é innestata una sostanziale riscrittura del regime processuale sulla prova che nulla ha in comune con l'originario intento e si caratterizza per l'evidente capacità di rallentare a dismisura la durata di tutti processi penali attualmente in corso, fatta eccezione solo per quelli per i quali sia stato già chiuso il dibattimento di primo grado. La parte di maggior interesse dell'intervento attualmente proposto attiene alla modifica degli articoli 190, 495 e 238 *bis* del codice di procedura penale, tutti inerenti l'esercizio del diritto alla prova nell'ambito del processo e l'acquisizione probatoria. Si tratta, dunque, di un intervento con dirette ricadute sul cuore dell'attività giudiziaria, come notato dal Csm nel parere reso lo scorso 7 settembre. Il testo proposto prevede, tra l'altro, che le prove siano ammesse a richiesta di parte; che l'imputato, a mezzo del difensore, abbia la facoltà davanti al giudice di interrogare o fare interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico; di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a sua favore. Le altre parti hanno le medesime facoltà in quanto applicabili. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza. A pena di nullità ammette le prove ad *eccezione* di quelle vietate dalla legge e di quelle *manifestamente non pertinenti*. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse d'ufficio. Il cambiamento rispetto all'attuale normativa é profondo. In particolare, si vorrebbe introdurre una sorta di diritto potestativo insindacabile alla prova, escludendo ogni possibilità da parte del giudice di valutare la natura manifestamente superflua o irrilevante delle prove richieste imponendo una ammissione di qualsiasi prova che non risulti manifestamente non pertinente. Secondo il Csm "il senso dell'intervento è sostanzialmente quello di affidare alle parti la dinamica processuale, privando il giudice della possibilità di gestire l'andamento del processo in funzione di un accertamento processuale che si svolga secondo i canoni costituzionali della ragionevole durata".

Generalmente in qualunque Paese di democrazia avanzata, i governi si sforzano di rendere più efficiente l'operato delle amministrazioni pubbliche ed i servizi che il settore pubblico

deve garantire ai cittadini. Tuttavia, quando è in gioco il diritto alla libertà dei cittadini, allora l'esigenza di efficienza dell'azione repressiva della polizia e della magistratura si scontra con l'esigenza di tutelare i diritti inviolabili del cittadino che ha il diritto di preservare la sua libertà ed i suoi beni, anche a fronte dell'interesse punitivo dello Stato. Il punto di equilibrio fra il doveroso intervento dello Stato per reprimere i comportamenti antisociali ed i diritti del cittadino coinvolto in fatti di rilievo penale è rappresentato dal giusto processo. Nessuno può essere punito (e quindi subire delle limitazioni alle sua libertà) se la sua responsabilità non viene accertata, nel rispetto di procedure rigorose, da un giudice imparziale ed indipendente da ogni altro potere. La questione che la legge sul processo lungo pone, come tutte le altre norme *ad personam* approvate od in gestazione in Parlamento, attiene proprio al funzionamento delle procedure. Vale a dire se la macchina giudiziaria che produce il processo penale debba funzionare per pervenire al suo sbocco naturale (l'accertamento della verità di un fatto reato e l'eventuale irrogazione delle pene di giustizia ai responsabili), ovvero se debba essere intralciata nel suo funzionamento, in modo da rendere vana l'azione dei pubblici poteri che mira a contrastare la criminalità. Quella approvata dal Senato con il voto di fiducia non è una disciplina che mira a rendere più "giusto" il processo, né mira a rafforzare le garanzie dell'imputato. E' una normativa che non ha altro significato e scopo se non quello di ingolfare il funzionamento della macchina del processo penale per impedire che il processo arrivi al suo sbocco naturale: la decisione giurisdizionale. Ciò vale soprattutto per i reati dei colletti bianchi (che dopo mafia e terrorismo sono quelli più dannosi per la società) che usufruiscono di ridotti termini di prescrizione. Cancellando il potere del giudice di escludere le prove che sono manifestamente superflue o irrilevanti, il dibattimento penale diventerà un inutile spreco di tempo e di denaro e potrà essere allungato all'infinito, fin quando la prescrizione porrà fine al simulacro di processo. Inoltre, se alla fine, dopo un travagliato percorso giudiziario dei fatti di rilevanza penale saranno accertati con sentenza passata in giudicato, la sentenza non potrà essere utilizzata da altri giudici per accertare i medesimi fatti con riferimento ad altro imputato e bisognerà ricominciare tutto da capo. Come evidenziato da Domenico Gallo, "il processo penale è una risorsa delicata e costosa, ma nello Stato di diritto non c'è un altro

sistema per il contrasto alla criminalità, funzione essenziale per garantire la convivenza pacifica fra tutti i consociati”.

All’evidenza, la materia della giustizia è oggi ostaggio di questo momento politico e dell’attacco quotidiano del premier ai magistrati, definiti – a più riprese – eversivi. Lo stillicidio quasi quotidiano di contumelie contro la magistratura appare non più tollerabile. Minare l’autorevolezza e lo stesso principio di autonomia del potere giudiziario, la terza gamba indispensabile per reggere un tavolo che su due soltanto, governo e parlamento, non si reggerebbe, significa danneggiare tutti, anche se in un caso particolare potrebbe salvare qualcuno. L’Associazione Giuristi democratici è convinta, per dirla con Nicola Gratteri, che ha così intitolato un recente volume, che la giustizia sia una cosa seria.

In questo quadro disastroso, appare imprescindibile occuparsi della **funzionalità del sistema giustizia nella prospettiva della tutela dei diritti dei cittadini** e non già procedere, da un lato, ad una irragionevole – e non avvertita come necessaria – riduzione dei termini di prescrizione dei reati e, dall’altro, ad allungare discrezionalmente i processi dei potenti. Per questo i Giuristi Democratici lanciano un appello per l’apertura di un dialogo, peraltro già presente in molti Distretti italiani, tra Magistrati, Avvocati e personale dei Palazzi di Giustizia per trovare insieme soluzioni che consentano di porre un argine alla apparentemente inarrestabile crisi del sistema. Ridurre la lunghezza dei processi (ma non farli morire irrazionalmente), attuare il giusto processo, stabilire che, in caso di imputato irreperibile, il processo sia sospeso, aumentare il numero dei reati perseguibili a querela, introdurre, in attesa di un *nuovo codice penale*, istituti quali la non punibilità per irrilevanza del fatto e la messa alla prova per imputati adulti, sanare le carenze di organico nei tribunali e nelle procure, rivedere le circoscrizioni giudiziarie, ridurre il numero dei tribunali, utilizzare la posta elettronica per effettuare le notifiche, depenalizzare i reati minori, affrontare l’emergenza carceri sarebbero questioni che meriterebbero l’attenzione e la concreta discussione in sede parlamentare. Un’altra Giustizia è possibile.

## 5.2) LA QUESTIONE CARCERARIA OGGI: VERSO L'AMNISTIA PER LA REPUBBLICA?

L'analisi delle condizioni di vita nelle carceri italiane e del rapporto intercorrente tra custodia cautelare e pena rappresenta la cartina di tornasole di un sistema penale sempre più inosservante il principio di uguaglianza e quello della funzione rieducativa della pena, che appare, negli ultimi anni, sempre più connotarsi per essere inutilmente afflittiva. È ormai noto che l'attuale condizione degli istituti di pena nazionali contraddice radicalmente l'intento delineato dalla Costituzione. Si è, infatti, in presenza di un sistema che ha decisamente spostato l'asse dalla prevenzione alla penalizzazione, tanto è che, da più parti, si parla di funzione *pancarceraria* della pena.

Tale fenomeno, comunemente definito passaggio dallo Stato sociale allo Stato penale, ha comportato una modifica profonda della Costituzione materiale, aprendo così la strada ad uno stravolgimento in senso autoritario ed essenzialmente repressivo dell'intero quadro giuridico nazionale. Il carcere si configura sempre di più come contenitore del conflitto, come discarica sociale e strumento atto a confinare donne e uomini delle classi sociali meno abbienti, in quanto tali, ritenute pericolose. Circa l'80 per cento della popolazione carceraria è, infatti, costituita dalla cosiddetta detenzione sociale, ovvero da persone che vivono uno stato di svantaggio, disagio o marginalità (immigrati, tossicodipendenti, emarginati) per le quali, più che una risposta penale o carceraria, sarebbero necessarie politiche di prevenzione e sociali appropriate.

Le strutture penitenziarie del nostro Paese raccolgono oggi una popolazione di quasi 68.000 detenuti, a fronte di una capienza regolamentare di circa 45.000 posti. L'Italia si colloca, così, al secondo posto in Europa per un tasso di sovraffollamento (152%) che non conosce precedenti nella storia della Repubblica. In alcune regioni il numero delle persone reclusi è addirittura il doppio di quello consentito: in Emilia Romagna il tasso di affollamento è del 193 per cento, mentre in Lombardia, Sicilia, Veneto e Friuli si attesta intorno al 170 per cento. Con un ritmo di crescita di quasi 1.000 ingressi al mese (per l'esattezza gli ingressi mensili si attestano mediamente in circa 800), la situazione delle nostre prigioni peggiora di giorno in giorno. Si tratta di una cifra record che non è stata mai registrata dai tempi

dell'amnistia di Togliatti del 1946. Soltanto 25 tra case di reclusione, case circondariali e istituti per le misure di sicurezza ospitano un numero di detenuti pari o inferiore alla capienza regolamentare. La situazione è palesemente drammatica, tanto che l'Italia è stata recentemente condannata – per assoggettamento di un detenuto a trattamenti inumani e degradanti – con la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 16 luglio 2009 (ricorso n. 22635/03, Sulejmanovic c. Italia). Sono bastati quattro anni dall'ultimo provvedimento di indulto per riportare gli istituti carcerari a vivere gli stessi problemi di allora. Di più, dai 31.000 detenuti del 1991, si è passati ai 53.000 detenuti del 2000, presto innalzatisi a 61.000 detenuti al momento dell'indulto del 2006. Dopo tale provvedimento, i detenuti presenti nelle carceri erano 39.000: in poco meno di quattro anni la cifra di detenuti presenti è quasi raddoppiata.

Le cause principali di tale situazione discendono, in sintesi, da due fattori che si snodano lungo due differenti direttrici. Il primo è quello normativo, laddove alcune novelle legislative adottate in ambito penale hanno cominciato a dare frutti a pieno regime, in particolare, la c.d. Bossi-Fini, in materia di immigrazione (particolarmente dopo le modifiche introdotte dalla L. n. 94/2009), la Fini-Giovanardi (L. n. 49/2006) in materia di contrasto al traffico di stupefacenti e la c.d. ex Cirielli (L. n. 251/2005) che inasprisce sensibilmente le sanzioni penali e rende più difficile l'accesso ai benefici penitenziari per i recidivi, che costituiscono la grande maggioranza dei detenuti nelle carceri, detenzioni, queste ultime, molto spesso legate alla piccola e piccolissima criminalità, di cui la recidiva è fattore caratterizzante. Il secondo fattore è quello culturale, che vede competere alcune forze politiche nel chi grida più forte alla sicurezza pubblica ed alla tolleranza zero. Si è, in definitiva, smarrito il senso del risolvere i problemi dei cittadini con strumenti diversi da quello carcerario. Se questo è il messaggio che viene dalla politica è evidente la ricaduta che ciò può avere sull'operato delle forze di polizia e della magistratura. Con ciò si spiega anche il dato relativo al numero di soggetti sottoposti alla misura cautelare massima. D'altronde è evidente che il tema della sicurezza rappresenta un *leit motive* utilizzato da una parte della politica nazionale e locale quotidianamente ed ossessivamente, attraverso la costruzione dell'ideologia della paura dell'altro e del diverso, che si traduce in scelte

politiche che, ispirate da pure ragioni demagogiche e di consenso, prendono a pretesto un supposto bisogno di sicurezza dei cittadini, artificialmente creato ed amplificato dagli organi di stampa, per introdurre nel nostro ordinamento norme palesemente antidemocratiche – così determinandone un arretramento intollerabile del livello di civiltà – rivelatrici di un atteggiamento discriminatorio, selettivamente orientato a colpire soprattutto i migranti e le persone che versano in situazioni sociali ed economiche disagiate. Da molti anni, negli Usa e in Europa (da ultimo in Italia), per sicurezza si intende solo la diminuzione del rischio, per i cittadini, derivante dalla diffusione della microcriminalità. Ma questo non è l'unico modo di declinare la sicurezza, che un tempo non lontano significava piuttosto messa al riparo dai rischi della vita. La sicurezza viene fatta coincidere, nel dibattito italiano attuale, con legalità. E' vero, c'è un diffuso senso di insicurezza. Indipendente, però (dicono le ricerche), dall'aumentare o diminuire dei tassi di microcriminalità. Sensibile, invece, alle campagne di legge e ordine: le quali spostano semplicemente questo senso di insicurezza su un bersaglio visibile e (apparentemente) aggredibile, laddove sarebbe molto più difficile fare i conti, e seriamente, con la crisi economica, la precarietà del lavoro, la flessibilità, il declino delle protezioni collettive, l'incertezza del futuro, i problemi ambientali, per non parlare degli infortuni sul lavoro. In questo contesto, si segnala negativamente l'abbandono definitivo dei principali progetti di riforma del codice penale (progetto Commissione Pagliaro; progetto Commissione Grosso; progetto Commissione Nordio e, in ultimo, il progetto della Commissione Pisapia), che ha condotto ad inseguire rimaneggiamenti legislativi settoriali tutti orientati all'inasprimento delle pene ed alla creazione di nuove fattispecie di reato, così mandando in soffitta ogni tendenza, da un trentennio, in più occasioni, caldeggiata da magistratura ed avvocatura, volta alla creazione di un diritto penale «minimo», volto ad individuare proposte tese alla decarcerizzazione, alla introduzione di sanzioni sostitutive, alla elaborazione di progetti di mediazione penale, alla instaurazione di prassi avanzate all'interno delle carceri. Gli istituti di pena nazionali sono così pervenuti ad una situazione non più sostenibile. Tale condizione rappresenta il frutto di un ventennio di politiche settoriali di sicurezza, accomunate dal tratto comune costituito dalla introduzione di nuove

fattispecie di reato, finalizzate ad assecondare supposte emergenze, dall'immissione nel sistema di ipotesi di custodia cautelare obbligatoria, dall'innalzamento delle pene per reati anche di non particolare allarme sociale o, peggio, legati ad una mera condizione di irregolarità sul territorio nazionale (quanto ai migranti) operata all'esclusivo e non celato intento di consentire l'applicazione della custodia cautelare in carcere. Ciò è il portato, i definitiva, dell'irrazionale inasprimento del sistema penitenziario scelto dal legislatore per l'esecuzione delle pene nei confronti degli stranieri condannati (poi dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con sentenza n. 249/2010) e per l'esecuzione penale nei confronti dei recidivi. Si tratta del fallimentare risultato di politiche legislative che sottolineano ed esasperano diseguaglianze, delineando quello che i Giuristi democratici definiscono il "diritto penale dell'amico e del nemico".

La popolazione carceraria è - in larghissima misura - costituita da persone in condizioni sociali disagiate: stranieri (la maggior parte dei quali in custodia cautelare), tossicodipendenti, alcol-dipendenti, persone con ridotto grado di scolarità, disoccupati. Molti dei ristretti - non solo negli Ospedali Psichiatrici Giudiziari - hanno problematiche di natura psichiatrica che richiederebbero assistenza. Questo è il frutto di scelte amministrative che - da anni - riducono gli organici del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, mentre progetti di reinserimento sociale vengono sviluppati per lo più grazie a volontari o dall'associazionismo penitenziario. Queste scelte legislative finiscono per pervenire all'accettazione esplicita e programmata della prospettiva di un numero indeterminato e progressivamente crescente di detenuti. Quasi a voler significare che per ogni tipo di devianza e marginalità, comunque determinata, la risposta è una sola: il carcere e l'esclusione. Si tratta di politiche indifferenti alle ragioni del disagio sociale e alle cause dei fenomeni collettivi complessi, quali ad esempio l'immigrazione e le tossicodipendenze, che hanno operato una scelta: quella dell'emarginazione forzata dei soggetti che ne sono il prodotto (Giovanni Palombarini).

L'Associazione Nazionale Giuristi Democratici, consapevole della necessità di costruire un ampio consenso su una piattaforma di soluzioni concrete largamente condivise, da adottare con urgenza al fine di porre argine alla sostanziale illegalità costituzionale nella quale

versano le carceri italiane, ha promosso, unitamente ad altre realtà associative e sindacali (Acli, Antigone, Beati i Costruttori di pace, CGIL F.P., Conferenza Nazionale Volontariato e Giustizia, Magistratura Democratica, Ristretti Orizzonti, Unione Camere Penali Italiane e con l'adesione di A buon diritto, ARCI e Forum droghe) il documento “*Sovraffollamento: che fare?*”, presentato ufficialmente a Roma lo scorso 13 luglio e i cui contenuti devono essere integralmente ribaditi.

Infatti, a fronte dell'attuale sovraffollamento carcerario e dell'evidente inefficacia delle misure introdotte con il Piano carceri, intendiamo opporci con forza all'idea che la costruzione di nuove prigioni sia la soluzione più idonea e auspicabile a tutti i problemi. L'ampliamento dell'edilizia carceraria (a condizione che si reperiscano fondi sufficienti per realizzarla) si configura, in verità, come un fallimento annunciato, sulla base dell'esperienza dell'incarcerazione di massa negli Stati Uniti. Le carceri non sono mai abbastanza: più prigioni si costruiscono, più se ne riempiono. Del pari, è risultata fallimentare l'esperienza applicativa della L. n. 199 del 2010 (c.d. svuota carceri) che ha condotto alla concessione della detenzione domiciliare ad un numero di poco superiore ai tremila detenuti (a fronte della platea dei 9000 inizialmente ipotizzata dall'ex Ministro Alfano). E' indispensabile rilanciare, invece, l'orizzonte di una riforma sostanziale del Codice penale, che promuova **una drastica riduzione delle fattispecie di reato e delle pene e il ricorso al carcere come *extrema ratio***. La previsione di pene alternative e misure extrapenali e la riduzione dei minimi e dei massimi edittali, a partire dall'abolizione dell'ergastolo, possono rappresentare soluzioni ben migliori se affiancate alla disponibilità a rivedere normative altamente criminogene, quali quelle che penalizzano i recidivi nell'accesso ai benefici penitenziari, quelle che prevedono il carcere per i tossicodipendenti e quelle che criminalizzano l'immigrazione clandestina. Nello specifico proponiamo:

### 5.3) LIMITI ALL'UTILIZZO DELLA CUSTODIA CAUTELARE IN CARCERE:

L'applicazione della misura cautelare carceraria deve essere utilizzata solo e soltanto in casi eccezionali, quando ogni altra misura risulti assolutamente inadeguata. Ciò attraverso la

modifica della normativa di settore che riporti l'art. 275 c.p.p. nell'alveo dello spirito del legislatore del 1988, con un più significativo utilizzo della misura degli arresti domiciliari.

#### 5.4) ABROGAZIONE DELLA LEGGE COSIDDETTA EX-CIRIELLI:

La Legge ex-Cirielli, diventata famosa come “legge salva-Previti”, non ha soltanto ridotto i termini di prescrizione dei reati, ma ha dato nuova forma e contenuto alla figura del “recidivo” e inventato la disciplina del “recidivo reiterato”, che in realtà penalizza la stragrande maggioranza dei detenuti, che sono condannati per reati di microcriminalità, spesso dovuti alla loro condizione, di tossicodipendenti o di immigrati irregolari. Per loro sono stati introdotti inasprimenti di pena, divieto in molti casi di applicazione di circostanze attenuanti, aumento dei termini per la richiesta di permessi premio, irrigidimento per la concessione delle misure alternative, divieto di sospensione pena.

Si chiede in particolare l'abrogazione di tutte le misure che comportano un aggravio di pena e/o la restrizione delle condizioni per accedere ai benefici.

#### 5.5) MODIFICA DELLA LEGGE FINI-GIOVANARDI IN MATERIA DI SOSTANZE STUPEFACENTI:

Superamento del carcere per i tossicodipendenti attraverso la ridefinizione delle tabelle ministeriali relative ai quantitativi riferibili all'uso personale; la depenalizzazione totale dell'uso personale includente la coltivazione; la drastica riduzione delle pene per lo spaccio di droghe leggere, la rimozione del limite a due concessioni dell'affidamento terapeutico; l'abrogazione dell'obbligo per gli operatori del SerT di denunciare ogni singola violazione del programma terapeutico. Tutto ciò in vista dell'estensione di percorsi riabilitativi alternativi al carcere, per i quali è necessario un forte impegno degli Enti locali.

#### 5.6) DISPOSIZIONI RELATIVE AGLI IMMIGRATI CONDANNATI:

Previsione del rientro nel Paese di origine come “misura alternativa” solo su richiesta dell'interessato e in caso di residuo pena di 3 anni, senza esclusioni pregiudiziali per tipo di

reato; predisposizione di condizioni e risorse idonee a garantire la piena applicazione delle misure alternative agli immigrati condannati.

#### 5.7) MAGGIORE E PIÙ RAPIDA APPLICAZIONE DELLE MISURE ALTERNATIVE AL CARCERE:

L'applicazione delle misure alternative al carcere è l'unico strumento idoneo a garantire il recupero del detenuto e ad evitare il rischio di recidiva. Se si considera che circa il 60% dei detenuti definitivi ha una pena o un residuo pena inferiore a tre anni, l'utilizzo razionale delle misure alternative alla detenzione consentirebbe di evitare il carcere e di liberare diverse migliaia di soggetti. Per una maggior applicazione delle misure alternative, sono necessari:

- una accelerazione dei tempi di accesso, ottenibile con provvedimenti quali: velocizzazione dei tempi di esecuzione delle sentenze definitive per le persone già in custodia cautelare;
- potenziamento del Gruppo di osservazione e trattamento con la collaborazione degli Enti locali, al fine di una attivazione di effettive opportunità a sostegno dei programmi di reinserimento;
- un aumento delle risorse per programmi di reinserimento di determinate tipologie di soggetti (tossicodipendenti, concreta applicazione della legge a favore delle detenute madri con prole fino ai 10 anni), da applicare senza alcun limite per i recidivi;
- vanno anche sostenute proposte che prevedano una sistematica concessione delle misure alternative per un tempo significativo nell'ultimo periodo di detenzione, senza limiti oggettivi e soggettivi, per favorire un rientro "accompagnato" nella società delle persone a fine pena e garantire così una maggior sicurezza sociale.

#### 5.8) INTRODUZIONE DELLA MESSA ALLA PROVA ANCHE PER GLI ADULTI:

Estendere l'istituto della sospensione del procedimento con la messa alla prova dell'imputato che, per la sua positiva sperimentazione nel settore minorile, può risultare

efficace nel contrasto di fenomeni di microcriminalità, prevenendone l'evoluzione verso manifestazioni criminali più pericolose.

#### 5.9) INTRODUZIONE DI ENTRATE SCAGLIONATE IN RELAZIONE ALLA CAPIENZA:

Ai fini deflattivi rispetto ai numeri che caratterizzano l'attuale popolazione detenuta, proponiamo che, raggiunto il limite della capienza regolamentare, si proceda all'attivazione di entrate scaglionate in relazione alla capienza per potenziali detenuti eccedenti, con previsione di decorso immediato della pena in detenzione domiciliare. Il Ministero della Giustizia determinerà l'ordine di ingresso per i condannati in via definitiva seguendo un ordine cronologico. Nel caso di alcuni reati particolarmente gravi, non verrà rispettato l'ordine cronologico e si potrà procedere direttamente alla esecuzione del provvedimento di condanna. Durante la sospensione del provvedimento di carcerazione la pena scorre regolarmente come se fosse espiata. Il detenuto che non rispetta le prescrizioni relative all'obbligo di domicilio vedrà invece interrompere lo scorrimento della pena.

#### 5.10) CHIUSURA DEGLI OSPEDALI PSICHIATRICI GIUDIZIARI:

Provvedere alla chiusura degli Opg (Ospedali Psichiatrici Giudiziari) ed eliminare le misure di internamento psichiatrico per attuare quanto previsto dalla legge Basaglia e dal decreto 229 del '99. Andare verso il superamento delle altre misure di sicurezza divenute pressoché indistinguibili dalle pene detentive.

#### 5.11) TUTELA DEI DIRITTI E ISTITUZIONE DEL GARANTE:

Sosteniamo inoltre la necessità di garantire la tutela dei diritti fondamentali delle persone detenute, in particolar modo per quanto riguarda la promozione di opportunità di formazione e reinserimento sociale e l'effettiva tutela giurisdizionale dei loro diritti, anche attraverso il ripristino di risorse consistenti per la gestione degli istituti di pena e per le attività promosse da associazioni e cooperative all'interno delle carceri e l'istituzione della figura del Garante dei diritti delle persone private della libertà personale. Considerato che a

causa del sovraffollamento non è possibile garantire una detenzione rispettosa della dignità delle persone, è auspicabile che, nell'attesa che siano messe a punto soluzioni di più ampio respiro, siano subito attuate misure per rendere almeno più decenti le condizioni di vita nelle carceri, intervenendo per rendere più umani i rapporti con le famiglie e garantendo una effettiva tutela della salute.

Questi obiettivi normativi sono stati fedelmente trasfusi in un ddl (AS 2915), redatto dall'Associazione Antigone e dall'Unione Camere Penali, sottoscritto e promosso anche dall'Associazione Nazionale Giuristi Democratici, in occasione del dibattito straordinario sull'emergenza carceraria tenutosi al Senato lo scorso settembre e depositato formalmente in sede parlamentare dal Senatore Marcenaro. Tale discussione parlamentare, generata dalla forte presa di posizione del Presidente della Repubblica Napolitano sull'emergenza carceri, definita "realtà disumana che ci umilia in Europa" non ha prodotto effetti pratici. Il documento da noi proposto è stato quasi totalmente recepito nella risoluzione che ha, quale prima firmataria, la senatrice Anna Finocchiaro. La risoluzione è stata però quasi del tutto respinta.

Una politica criminale lungimirante dovrebbe guardare alle cause del sovraffollamento ed intervenire sulle disposizioni che creano un incremento dei detenuti, senza, peraltro, far accrescere la sicurezza pubblica. La  *riforma del codice penale*  rappresenta, in questo quadro, la strada maestra per eliminare la centralità della pena detentiva, per introdurre pene alternative e sostitutive alla detenzione e valorizzare l'utilizzo delle misure alternative, argine efficace al ritorno in carcere. E', in definitiva, indispensabile cambiare approccio, abrogare le leggi che hanno, di fatto, creato criminalizzazione e carcerazione crescenti, per delineare la necessità di una importante depenalizzazione dei reati e, al contempo, il ritorno ad una nuova stagione del «diritto penale minimo», capace di comprendere e incidere sulle effettive ragioni sociali della devianza e del crimine.

Dinanzi all'inerzia assordante del Governo e della maggioranza parlamentare rispetto all'emergenza carceri, diviene ancora più attuale l'opzione politica sollecitata da Marco Pannella (al quale abbiamo espresso la nostra solidarietà per il prolungato sciopero della fame e della sete intrapreso per porre al centro del dibattito tale questione di civiltà) e dai

Radicali italiani di una *amnistia per la Repubblica*. Posizione sulla quale siamo tutti chiamati seriamente ad interrogarci ed esprimerci.

## **6) RIFORMA DELLA PROFESSIONE FORENSE**

Scrivere della riforma della professione nel momento in cui giungono indicazioni massimamente contrastanti tra loro sul futuro prossimo dell'attuale maggioranza governativa, e più in generale delle priorità che si assumerà chi dovrà gestire il delicatissimo momento del Paese, significa scrivere di qualcosa che è sì in cantiere (in Senato è già stato approvato il testo di riforma A.C. 3900, ora all'esame della Camera) ma che molto difficilmente riuscirà a vedere la luce in tempi brevi.

L'irruzione, nel frangente, del decreto legge c.d. "anticrisi", della famigerata lettera della Bce e la successiva bozza del "decreto sviluppo" hanno creato ulteriore incertezza, spingendo a rivedere punti che parevano finalmente acquisiti (es. divieto dell'introduzione del socio di capitali nelle società professionali).

Cionondimeno, è comunque necessario fare il punto sulla situazione ed esprimere un parere di massima su quanto è sin qui emerso e indicare eventuali rimedi da apportare, per un'associazione come la nostra, tenuta a coniugare le esigenze del cittadino-utente —specie quello meno attrezzato, economicamente e/o culturalmente ad affrontare l'iter di una causa— con le giuste aspirazioni degli avvocati a esercitare la propria professione come arte liberale costituzionalmente riconosciuta, fuori da indebite pressioni.

Va preliminarmente segnalato che ampie disamine sul testo di riforma sono già state egregiamente svolte poco più di un anno fa da Ennio Lenti, così come da Pietro Adami. Esse costituiscono parte del patrimonio dell'associazione e ci consentono di non soffermarci su ogni singolo punto, ma di affrontare più in dettaglio, all'interno dei singoli aspetti trattati dal progetto di legge di riforma (con esclusione del procedimento disciplinare, sul quale non si sono registrati particolari punti di dissenso) solo gli aspetti maggiormente critici e le novità successivamente intervenute, nonché di indicare i possibili indirizzi da perseguire, rinviando per approfondimenti alla lettura dei due documenti anzidetti (presenti nel sito web) per un esame completo.

## 6.1) DISCIPLINA DELLA PROFESSIONE FORENSE

È individuata dall'art. 2 che indica, fra l'altro, le attività, sia giudiziali che stragiudiziali, di esclusiva competenza degli iscritti all'albo. Particolare importanza rivestono i commi 5 e 6 che riservano all'**attività esclusiva "dell'avvocato, fatti salvi i casi espressamente previsti dalla legge, l'assistenza, la rappresentanza e la difesa nei giudizi avanti a tutti gli organi giurisdizionali e nelle procedure arbitrali rituali"**, nonché "*l'attività professionale di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale*".

Questo punto costituisce sicuramente un passo in avanti nella direzione di garantire una migliore qualità del servizio, in un settore nel quale oggi operano anche soggetti iscritti nei più svariati albi, spesso non dotati della necessaria e specifica competenza.

L'art. 4 prevede che la professione forense possa essere esercitata, oltre che individualmente, anche in forma associativa o **societaria** multidisciplinare. In proposito, il comma 7 dispone che "*La costituzione di società di capitali che indicano l'esercizio di attività proprie della professione forense fra quelle previste dal proprio oggetto sociale, oltre che in qualsiasi comunicazione a terzi, è vietata.*"

Come però già accennato in premessa, il testo della bozza del c.d. "decreto sviluppo" (in ossequio alla lettera-diktat della Bce) apparso sulla stampa negli ultimi giorni precedenti la nostra assemblea, prevede "l'ammissione [...] di soci non professionisti [...] per finalità di investimento". Occorre allora ribadire, sul punto, che la partecipazione di soci non professionisti è in contrasto con il principio della personalità professionale —più volte ribadito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato— e con la dignità del professionista. A questi, di "libero" resterebbe ben poco, potendo consentirsi la creazione di realtà nelle quali soci di capitale sfruttano le competenze dei professionisti, asserviti a una condizione di sostanziale dipendenza, in danno dei principi di autonomia e indipendenza dell'avvocato. L'introduzione del socio di capitali, anche se minoritario, costituirebbe un mutamento epocale; peraltro, nulla impedisce che cliente e socio di capitale possano essere lo stesso soggetto. La conseguenza sarebbe evidente. L'afflusso di capitali condurrebbe lo studio professionale artigianale verso un modello professionale differente, quello dello studio

industriale, tipicamente americano. La portata della previsione appare tanto più considerevole, se osservata in combinazione con l'introduzione della pubblicità, già prevista dal successivo art. 9 e poi ampliata nelle modalità dall'art. 3, lett. g) del D.L. 138/11, c.d. decreto legge "anticrisi", conv. con mod. da L. 148/11 (sulla quale si tornerà *infra*). Il capitale potrebbe così giocare un ruolo rilevante che, fino a oggi, gli era giustamente precluso, con il pericolo concreto di innescare una serie di problemi, da molteplici conflitti d'interessi a eventuali infiltrazioni "sgradevoli", la cui gravità appare indiscutibile.

Come noto, l'art. 8 prevede la possibilità di "*ottenere e indicare il titolo di specialista secondo modalità che sono stabilite con regolamento adottato dal Ministro della giustizia previo parere del CNF*". L'innovazione, pur di per sé non disprezzabile, attesa anche l'assenza di "riserva di attività" (per cui ogni avvocato, specialista o meno, potrà continuare a esercitare liberamente), comporta comunque oneri non indifferenti a carico dell'avvocato, che sarebbe tenuto a seguire "*percorsi formativi e professionali, di durata **almeno biennale per un totale di almeno centocinquanta ore complessive***" con conseguente "*esame di specializzazione presso il CNF, il cui esito positivo è condizione necessaria per l'acquisizione del titolo*", con esonero dalla frequenza dei corsi —ma non dall'esame— per gli iscritti all'albo da almeno dieci anni.

Peraltro, va evidenziato che il Tar Lazio ha già, nel mese di giugno scorso, bocciato il primo regolamento, non immune da iniquità e contraddizioni, emanato dal Cnf il 24.9.'10.

Con riferimento alla **pubblicità**, disciplinata dall'art. 9 del testo di riforma ma anche dall'art. 3, lett. g) del D.L. 138/11, conv. con mod. dalla L. 148/11, tema già accennato in precedenza, vale la pena di ribadire la netta contrarietà alla sua introduzione, per una serie di motivi. In primo luogo perché essa, a differenza dell'**informazione**, non consente al cittadino una scelta più consapevole tra più offerte, basandosi su un linguaggio suggestivo tendente proprio a introdurre elementi distorsivi dell'informazione.

Se, infatti, l'informazione è una delle condizioni della concorrenza perfetta, la pubblicità trasforma il mercato di concorrenza perfetta in mercato di concorrenza imperfetta (tra i tanti: Di Nardi, Economia della produzione, pag. 182). Consentire la pubblicità premia quindi solo quegli studi che hanno maggiori capitali da investire, attribuendo loro un

vantaggio competitivo indebito. Inoltre, i costi pubblicitari non possono non gravare sul cliente finale.

L'informazione è il contrario. Per garantire una maggiore trasparenza, di cui beneficerebbe l'intera categoria, è necessario che il cittadino possa attingere a informazioni chiare, verificate, non suggestive. Tali assunti non sono frutto di principi antimodernisti: viceversa, il mondo dell'impresa si è da tempo posto il problema di trasmettere informazioni, riservate agli addetti ai lavori, con modalità trasparenti (es. le certificazioni di qualità, le attestazioni SOA, il bilancio etico, ambientale etc.).

In termini concreti, si ritiene che un eventuale Governo di diverso segno politico si debba adoperare per cancellare questa previsione, consentendo esclusivamente la creazione di una pagina web dedicata dai consigli dell'ordine a ciascuno degli iscritti, con possibilità di collegamento all'eventuale sito web del professionista. Con una netta contrarietà ad una forma di concorrenza basata sulla pubblicizzazione di prezzi bassi, e *a fortiori* di patti di quota-lite.

L'art. 10 conferma l'obbligo per ogni avvocato di curare il continuo e costante aggiornamento della propria competenza professionale, in conformità ad un regolamento approvato dal Cnf (**crediti formativi**), con l'esonero dalla frequenza —non condivisibile— per *"gli avvocati iscritti nell'albo speciale per il patrocinio dinanzi alle giurisdizioni superiori"*.

L'art. 11 prevede —finalmente— l'obbligo per ogni avvocato di stipulare una polizza assicurativa per **responsabilità civile** derivante dall'esercizio della professione.

L'art. 12, in materia di **tariffe professionali** prevede l'inderogabilità dei minimi tariffari e il divieto del patto di quota-lite. Inoltre, la redazione per iscritto, a pena di nullità di *"ogni accordo: a) quando l'ammontare del compenso è predeterminato tra le parti; b) che preveda un premio in caso di esito positivo della controversia o in caso di conciliazione della lite"*. Indubbiamente la reintroduzione dell'inderogabilità dei minimi tariffari è da salutare con favore, e per molti motivi. Tra i tanti, ci piace proprio ricordare quelli già adottati da Ennio Lenti: *«il servizio prestato dall'avvocato non è equiparabile a una merce e deve rispondere a notevoli requisiti di qualità, andando a incidere su diritti e interessi*

*fondamentali del cittadino. Per garantire la qualità del servizio sono indispensabili strutture di studio, tempo da dedicare alla pratica, esperienza professionale, aggiornamento, abbonamenti a pubblicazioni, disponibilità dei più avanzati sistemi di ricerca informatica e tutto ciò comporta un evidente costo, che a sua volta giustifica l'introduzione di minimi tariffari, al di sotto dei quali non è ragionevole ritenere che possa essere fornita una prestazione adeguata».*

A ciò, si può soltanto aggiungere che i minimi inderogabili svolgono oggi diverse funzioni, non sempre immediatamente percepibili, e che devono in ogni caso essere salvaguardate. Essi costituiscono una sorta di salario minimo, impediscono che gli avvocati siano trasformati in lavoratori dipendenti di grandi soggetti economici, oltre a svolgere una funzione nel quadro della liquidazione giudiziale degli onorari a carico del soccombente e nel patrocinio a spese dello Stato. La loro vigenza può scongiurare l'avvio di un processo di trasformazione degli avvocati in lavoratori dipendenti di grandi imprese. Allo stato attuale, l'impresa che intende "assumere" un avvocato rischia sempre di dovere poi pagare la parcella intera.

Non si tratta cioè di salvaguardare i consistenti onorari attualmente percepiti dagli avvocati che hanno rapporti con i "macroclienti", ma soprattutto di evitare una trasformazione radicale, con conseguente involuzione, della nostra professione. L'avvocato non è il procuratore di un'impresa, né un produttore seriale di modelli prestampati, e deve essere in grado di difendere qualsiasi cliente in qualsiasi causa.

Semmai, risulterebbe opportuno operare un ridimensionamento degli scaglioni tariffari, la cui non sempre corretta operatività ha dato talvolta luogo a fondate rimostranze degli utenti. Anche su questa materia, si rincorrono però voci di modificazioni (in senso smaccatamente paleoliberista) in vista dell'adozione di ulteriori misure per lo "sviluppo", che vorrebbero introdurre l'obbligatorietà di una sorta di "preventivo" vincolante —ed in grado di derogare ai minimi tariffari— per l'avvocato, sulla scorta di quanto già statuito dall'art. 3, co. 5, lett. a) del D.L. 138. Non è arduo comprendere che, in assenza di tariffe di riferimento (come auspicato, tra gli altri, da Confindustria), l'accordo tra professionista e cliente sul compenso —sempre esistito— consente al contraente forte/fortissimo (es. banche, compagnie

assicurative, aziende grandi e medie) di porre in condizione di sfruttamento il professionista, in specie quello più giovane. Come già da altri sottolineato, l'avvocato, a differenza di altri artigiani non può sapere prima, alla perfezione, quanto costerà un lavoro; il costo dipende da molteplici fattori (numero delle udienze, esami testimoniali numero delle memorie depositate etc.).

## 6.2) ALBI, ELENCHI E REGISTRI

Gli artt. 14-19 disciplinano in maniera condivisibile l'accesso ad albi, elenchi e registri.

Un profilo insidioso invece assume l'art. 20, il quale, oltre a prevedere che la permanenza dell'iscrizione all'albo sia "*subordinata all'esercizio della professione in modo effettivo, continuativo, abituale e prevalente*", stabilisce che le modalità di accertamento vengano rimesse a un successivo regolamento emanato dal Ministro della giustizia, su proposta del CNF. A tale proposito, sulla scorta di quanto già previsto dal ddl Calvi nel 2006, si sente con insistenza parlare della possibilità del ricorso a criteri (in grado di verificare l'esercizio continuativo) legati al reddito. Deve allora ribadirsi la nostra netta contrarietà ad una misura dal chiaro tenore classista, che metterebbe ulteriormente in difficoltà una parte non piccola della classe forense, costretta anche a fare i conti con l'innalzamento vertiginoso dei contributi previdenziali (+50% solo nell'ultimo biennio!) e che romperebbe con una tradizione —forse più declamata che praticata, ma comunque presente— di spirito di corpo che portava a solidarizzare con i colleghi più giovani e meno abbienti.

Profili critici in parte analoghi presenta l'art. 21, che riforma l'**albo dei patrocinanti in Cassazione**. Si potrà essere iscritti dopo il superamento di un esame che si potrà sostenere dopo cinque anni, oppure "*L'iscrizione può essere altresì richiesta anche da chi, avendo maturato una anzianità di iscrizione all'albo di anni otto, successivamente abbia lodevolmente e proficuamente frequentato la **Scuola superiore dell'avvocatura**, istituita e disciplinata con regolamento del CNF. Il regolamento può prevedere specifici criteri e **modalità di selezione per l'accesso e per la verifica finale di idoneità**. La verifica finale di idoneità sarà eseguita da una commissione d'esame designata dal CNF e composta da suoi*

*membri, avvocati, professori universitari e magistrati addetti alla Corte di cassazione, con un esame incentrato prevalentemente sui settori professionali esercitati dal candidato."*

Coloro che alla data di entrata in vigore del provvedimento in esame sono iscritti nell'albo dei patrocinanti dinanzi alle giurisdizioni superiori conservano l'iscrizione. Allo stesso modo possono chiedere l'iscrizione coloro che alla data di entrata in vigore del provvedimento in esame abbiano maturato i requisiti per detta iscrizione secondo la normativa attualmente vigente.

Il mezzo ordinario di iscrizione sarà dunque la scuola: ma se vi è chiaramente un vantaggio nel potersi iscrivere prima di dodici anni, è altrettanto chiaro che queste scuole diverranno un ulteriore, assai oneroso filtro (doppio peraltro, essendo prevista una "*selezione per l'accesso*"). Non vi è poi la garanzia che esse siano gratuite.

### 6.3) ORGANI FORENSI

Il titolo III disciplina gli organi forensi e le loro funzioni. In particolare, gli ordini territoriali sono disciplinati dal capo I (artt. 23-31), mentre i capi II e III (artt. 32-37) disciplinano il Cnf ed il congresso nazionale forense.

Le sostanziali novità riguardano il numero di consiglieri degli ordini territoriali (da un numero di cinque membri, qualora l'ordine conti fino a cento iscritti, gradualmente fino a un massimo di venticinque membri, qualora l'ordine superi i cinquemila iscritti); la durata in carica del consiglio (un quadriennio); e l'impossibilità per i consiglieri di essere eletti consecutivamente per più di **tre volte** (lasso di tempo che appare irragionevolmente ampio, trattandosi pur sempre di 12 anni).

Una novità di rilievo è contenuta nell'art. 27, co. 3, per l'**elezione dei consigli dell'ordine**: "*Ciascun elettore può esprimere un numero di voti non superiore ai due terzi dei consiglieri da eleggere, arrotondati per difetto.*" In tal modo, da un lato si fissa il sistema attuale di elezione; dall'altro, si fa un passo verso il "voto di lista".

Gli articoli da 32 a 36 recano la disciplina relativa al Cnf. Viene fissata in quattro anni la durata in carica, con un limite di due elezioni consecutive. Sono state previste significative

modifiche alla composizione, volte ad assicurare una maggiore rappresentatività degli ordini più piccoli.

In merito al congresso nazionale forense, di cui all'art. 37, si riporta ancora un commento di Ennio Lenti: *«si prevede che "Il CNF convoca il congresso nazionale forense almeno ogni tre anni [...] ed elegge l'organismo chiamato a dare attuazione ai suoi deliberati" e pare una norma espressamente confezionata per attribuire all'Oua riconoscimento giuridico ed espressi poteri. Non risulta (quanto meno dal testo ricavato dal sito informatico del Senato) che i senatori dell'opposizione abbiano proposto emendamenti a questa disposizione ed occorrerebbe appurare se ciò sia accaduto per una sottovalutazione del problema o essendo essi d'accordo con quanto proposto».*

#### 6.4) ACCESSO ALLA PROFESSIONE

Gli articoli 39 e seguenti disciplinano lo svolgimento del tirocinio professionale. La durata biennale è invariata. Viene introdotta la pratica presso gli uffici giudiziari.

La prima norma di rilievo è quella che prevede che **"ai fini dell'iscrizione nel registro dei praticanti è necessario il superamento di una prova di ingresso, da svolgere con modalità informatiche presso ciascun consiglio dell'ordine"**.

Il praticante abilitato potrà esercitare attività professionale **soltanto in sostituzione dell'avvocato** presso cui svolge la pratica e per i procedimenti civili e penali di minore entità. L'articolo 41 impone poi ai praticanti l'obbligo di frequentare, in contemporanea con il tirocinio, dei corsi di formazione. E proprio in questa disposizione risiede il nodo più critico: *"1. Il tirocinio, oltre che nella pratica svolta presso uno studio professionale, consiste altresì nella frequenza obbligatoria e con profitto, per un periodo non inferiore a ventiquattro mesi, di corsi di formazione di indirizzo professionale tenuti da ordini e associazioni forensi, nonché dagli altri soggetti previsti dalla legge.*

*2. Il CNF disciplina con regolamento ai sensi dell'articolo 28, comma 1, lettera c):*

*a) le modalità e le condizioni per l'istituzione dei corsi di formazione di cui al comma 1 da parte degli ordini e delle associazioni forensi giudicate idonee, in maniera da*

*garantire la libertà ed il pluralismo dell'offerta formativa e della relativa scelta individuale;*

*b) i contenuti formativi dei corsi di formazione in modo da ricomprendersi, in quanto essenziali, l'insegnamento del linguaggio giuridico, la redazione degli atti giudiziari, la tecnica impugnatoria dei provvedimenti giurisdizionali e degli atti amministrativi, la tecnica di redazione del parere stragiudiziale e la tecnica di ricerca;*

*c) la durata minima dei corsi di formazione, prevedendo un **carico didattico non inferiore a centosessanta ore per l'intero biennio**;*

*d) le modalità e le condizioni per la frequenza dei corsi di formazione da parte del praticante avvocato nonché quelle per le **verifiche intermedie e finale del profitto**, che sono affidate ad una **commissione composta** da avvocati, magistrati e docenti universitari, in modo da garantire omogeneità di giudizio su tutto il territorio nazionale".*

Dagli articoli da 44 a 48 vengono introdotte modifiche alla disciplina dell'esame di Stato. L'art. 45, co. 7 prevede un modello di esame, le cui prove scritte si svolgano con il solo ausilio dei testi di legge "**senza commenti e citazioni giurisprudenziali**", così sancendo una netta inversione di rotta rispetto alla situazione attuale.

La prova orale è su diritto civile, diritto penale, diritto processuale civile, diritto processuale penale, oltre a due materie a scelta e la classica deontologia.

Gli articoli 47 e 48 recano disposizioni transitorie assai discutibili: "**Fino al quinto anno successivo** alla data di entrata in vigore della presente legge, l'accesso all'esame di abilitazione all'esercizio della professione di avvocato è condizionato allo svolgimento di un periodo di tirocinio pratico di due anni, condotto secondo le modalità indicate nel capo I, senza avere frequentato i corsi di formazione di cui all'articolo 41". "**Per i primi due anni** dalla data di entrata in vigore della presente legge l'esame di abilitazione all'esercizio della professione di avvocato si effettua, sia per quanto riguarda le prove scritte sia per quanto riguarda le prove orali, secondo le norme previgenti".

Sul punto, è utile riportare i commenti di Mattia Stella ed Ennio Lenti:

(Mattia Stella) «L'esigenza di rivedere le regole che consentono di accedere alle professioni legali è oggettiva.

*L'eccessivo numero di avvocati presenti sul territorio nazionale necessita di una risposta organica che coinvolga in primo luogo le modalità di ingresso alla professione.*

*Il progetto di legge interviene in maniera radicale su questo capitolo, in sostanza adottando una strategia miope e priva di una reale analisi del contesto universitario e post-universitario. In sintesi, lo schema di riforma dell'accesso alla professione prevede l'innalzamento di una serie di "ostacoli" tali da disincentivare coloro che volessero intraprendere la professione.*

*Vengono introdotti test selettivi privi di una reale utilità formativa (come quello previsto al termine della pratica), si rende obbligatoria la scuola forense per la durata di un biennio a cui affiancare contestualmente la pratica forense. Al praticante avvocato viene negato ogni diritto e tutela minima. Inoltre, si interviene sulle modalità di svolgimento dell'esame di Stato, rendendolo sempre più somigliante al concorso in magistratura.*

*Come detto in premessa non si può negare l'urgenza di una riforma dell'accesso alla professione, ma tale urgenza non può condurre ad adottare scelte sbagliate.*

*In primo luogo è necessario trovare una soluzione che incida profondamente sul percorso di studi universitari. Lo studio prevalentemente teorico della Facoltà di giurisprudenza dovrebbe essere aggiornato e aperto a esperienze pratiche, possibilmente anticipando già a questa fase lo svolgimento del tirocinio abilitante. Pur scegliendo di mantenere una rigida separazione tra la fase degli studi universitari e la parte pratica, servirà comunque ripensare in profondità la pratica forense.*

*Attualmente si tratta di un'attività priva di oggettivi riscontri formativi: in tal senso, l'affiancamento con la scuola forense o le scuole di specializzazione, può costituire una strada utile nel percorso di completamento di formazione del futuro avvocato. Ovviamente il binomio pratica-scuola forense deve essere compatibile con l'inizio di un progetto di vita di un giovane di 25/27 anni (questa è l'età media dei praticanti). In tal senso sarà necessario riconoscere lo status del praticante, legando a questo riconoscimento un quadro chiaro di diritti. Un rimborso minimo, la garanzia di svolgere attività inerenti al tirocinio (evitare che passi i due anni a fare fotocopie...), rendere automatico il passaggio allo stato di praticante abilitato. Purtroppo anche su questo punto la riforma procede nel verso*

*diametralmente opposto. La stessa figura del praticante abilitato viene sostanzialmente cancellata.*

*Infine va attentamente analizzata la questione dei criteri di accertamento delle competenze acquisite. Inserire una serie di test, esami e controesami è assolutamente inutile, e c'è il rischio oggettivo che tutta la preparazione si ridurrebbe all'emergenza di superare una prova. Piuttosto, la scelta di rendere più complesso l'esame di Stato potrebbe rappresentare un punto di mediazione.*

*In conclusione, senza una visuale organica ogni tentativo di riforma sarà destinato a fallire, a creare frustrazione e rabbia in coloro che desiderano intraprendere questa professione ed al contempo non garantirà una maggiore qualità del servizio reso».*

*(Ennio Lenti) «Dalla lettura delle norme in materia di tirocinio e di accesso alla professione non può sfuggire il notevole inasprimento dei criteri di selezione rispetto a quelli attualmente previsti.*

*Peraltro, incredibilmente si prevede che alcune delle significative riforme sul punto entreranno in vigore tra cinque anni e quindi dei nuovi criteri di esame, si riparlerà tra non meno di cinque anni.*

*Poiché è noto che gli iscritti al nostro albo professionale aumentano in misura notevole di anno in anno, con numeri già sovrabbondanti rispetto alle possibilità di esercizio effettivo, appare chiaro come la scelta attuata dal legislatore non contribuisca certamente a risolvere il problema: da un lato si inaspriscono i criteri di selezione e dall'altro si consente che il sistema attuale rimanga in vigore per la non indifferente durata di cinque anni.*

*Per la soluzione del problema vi è chi propugna una decisa limitazione dell'accesso fino a giungere a proposte di numero chiuso e chi si oppone fermamente a tali ipotesi, ritenendo che le limitazioni finiranno per favorire chi ha più possibilità economiche o ha già un genitore o parente avvocato e può permettersi di ripetere più volte i test di accesso o l'esame di stato. [...]*

*Le cause dell'attuale situazione sono molteplici e per trovare adeguati rimedi andrebbero analizzate a fondo e con riguardo alle specifiche situazioni; si parte dal tipo di*

*insegnamento universitario (secondo la mia esperienza anche gli studenti più bravi e motivati manifestano una notevole "fame" di cose pratiche, di accesso a casi concreti) e si prosegue con il disinteresse di molti avvocati nella preparazione dei loro praticanti; infine, in un certo numero di casi, ci si imbatte in una evidente inidoneità di fondo del singolo candidato, che tuttavia, in assenza di alternative, insiste nello svolgimento di un'attività per la quale non è portato. Indipendentemente dalle cause, la descritta realtà è sotto gli occhi di tutti e per ovviarvi pare improponibile il rimedio previsto dal progetto di legge: una gran rincorsa alla professione finché i cancelli sono aperti (i cinque anni del regime "transitorio") e una netta chiusura per quelli che verranno.*

*Sulla deontologia degli avvocati nella formazione dei loro praticanti è stato e sarà molto difficile intervenire e vi è da sperare che i corsi biennali di formazione possano supplire in parte a queste carenze, anche se il numero delle persone da istruire, soprattutto in sedi ad alta densità di iscritti, lascia molti dubbi in proposito. In tale situazione ritengo che l'elemento decisivo da tener presente nella soluzione del problema, consista nel diritto del cittadino utente della giustizia di vedersi fornire un servizio adeguato, tenuto conto dei rilevanti interessi trattati e dei relativi importanti esiti. Di fronte a un avvocato che sbaglia o fornisce una prestazione modesta, non è assolutamente ammissibile chiedere al cliente di farsi carico della sua storia passata, della sua inadeguatezza o delle difficoltà incontrate nello svolgimento della pratica.*

*La soluzione realisticamente praticabile risiede in una diversa concezione e disciplina dell'esame di avvocato: è giusto adottare tutti i preventivi rimedi che possano migliorare l'insegnamento e l'apprendimento universitario e l'espletamento della pratica, tuttavia se tutti questi rimedi non sortiranno un esito adeguato e diffuso, si potrà soltanto tener conto del risultato finale, della preparazione del singolo candidato e della sua idoneità a svolgere la professione, da valutare in occasione dell'esame di stato.*

*In proposito troverei adeguato che nello svolgimento dell'esame orale al candidato che optasse per le materie penali si facesse tenere un'arringa e invece con il futuro civilista si simulasse il ricevimento di un cliente. Questi, a mio avviso, dovrebbero essere i criteri ispiratori, sempre più strettamente collegati allo svolgimento effettivo della professione, ai*

*quali attingere per la dettagliata disciplina dell'esame di accesso alla professione. Una volta operate le scelte, è ovvio che la normativa dovrebbe essere approvata con estrema celerità ed entrare subito in vigore, non certo dar luogo ad una disciplina "transitoria" della durata di cinque anni».*

A queste considerazioni è probabilmente utile aggiungere le seguenti.

Obiettivo di qualsiasi sistema di accesso ad una professione, funzione o lavoro, deve essere quello di selezionare, da un lato, ma proteggere dall'altro i giovani da scelte che troppo a lungo li tengano inchiodati a un percorso privo di sbocchi. È importante che una persona, per quanto possibile, sappia presto se una determinata strada è aperta o chiusa. L'insostenibile peso sociale dei percorsi a eliminazione è la sorte degli eliminati, di cui la collettività non può disinteressarsi. Insomma, quello che proprio non deve accadere è che un laureato svolga pratica e "tirocinio abilitato" per 7-8 anni e poi venga espulso dal sistema.

Appare quindi una scelta opportuna quella di anticipare la selezione al momento dell'iscrizione all'albo dei tirocinanti. Da quel momento in poi il percorso dovrebbe essere non più selettivo, ma solo formativo (con un minimo margine di selezione). È chiaro infatti che la riforma intende ridurre l'accesso alla professione, pur senza dichiarare (anche per ragioni di incompatibilità con il diritto comunitario) il "numero chiuso". A questo punto, se tale è la decisione assunta, è una basilare correttezza dire subito agli aspiranti avvocati se devono invece cambiare le loro scelte esistenziali, per dedicarsi ad altro quando sono ancora in tempo.

Inaccettabile sarebbe se il sistema lasciasse ampio campo all'ingresso nella pratica, per tenere poi i giovani prigionieri per anni della condizione di praticante ed alla fine "bruciarli".

Infine, bisognerà porre la massima attenzione alla questione delle scuole professionali obbligatorie, che possono facilmente diventare una barriera di censo all'accesso alla professione. Occorre cioè evitare che i nuovi criteri di selezione, con l'inevitabile aumento dei costi a carico delle famiglie, si trasformino in una discriminazione a carico dei meno abbienti, con un tirocinante che, dopo essersi dovuto pagare cinque anni di studi

universitari dovrà sostanzialmente essere mantenuto per altri due-tre anni, nell'assenza di una norma di salvezza la quale preveda, ad esempio, che "in ogni caso, ogni consiglio dell'ordine è tenuto a istituire un corso di formazione gratuito per i praticanti iscritti e regolarmente paganti". In questo senso, un ruolo potrebbe essere utilmente svolto dalle regioni le quali, nell'ambito della potestà legislativa concorrente attribuita loro dalla Costituzione, potrebbero stabilire norme e criteri per consentire la partecipazione gratuita ai corsi di formazione, quanto meno ai tirocinanti meno abbienti e più meritevoli.

#### 6.5) LE ALTRE NOVITÀ INTRODOTTE DAL DECRETO LEGGE C.D. "ANTICRISI"

Approfittando ancora una volta delle circostanze di tempo e luogo dovute alla pausa estiva, il Governo, in attesa del varo della riforma della professione sin qui descritta, tramite principalmente l'art. 3, commi 5-11 del D.L. n. 138 del 13 agosto 2011 (conv. con mod. da L. 148/11) ha dettato per la professione forense alcune linee guida cui comunque occorrerà attenersi in vista della riforma, da compiersi *"entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto"*.

Tali principi —alcuni dei quali già recepiti nel testo di riforma— riguardano: 1) l'**accesso alla professione**, che dovrà essere libero e senza alcuna limitazione se non per motivi di ordine pubblico, fermo restando l'esame di stato; 2) la regolamentazione della **formazione**, demandata al CNF, con previsione di illeciti disciplinari soggetti a sanzione nel caso di inosservanza; 3) il **tirocinio**, che dovrà essere effettivo e prevedere un compenso di natura indennitaria, non potrà superare i tre anni e potrà avere inizio anche durante il percorso universitario; 4) il **compenso professionale**, che potrà essere pattuito al momento del conferimento dell'incarico, con possibilità di deroga alle tariffe professionali e obbligo, per l'avvocato, di informare il cliente del "livello di complessità dell'incarico"; 5) l'**assicurazione professionale**, obbligatoria e di cui l'avvocato dovrà comunicare estremi e massimale al cliente all'atto del conferimento dell'incarico; 6) gli **organi disciplinari**, dei quali è prevista l'istituzione a livello territoriale, con incompatibilità, a tutti i livelli, tra carica amministrativa e disciplinare; 7) la **pubblicità "informativa"** di cui si è già trattato, libera e diffondibile con ogni mezzo, avente ad oggetto *"specializzazioni e titoli*

*professionali posseduti, struttura dello studio e compensi delle prestazioni"; 8) la previsione di **società di lavoro professionale (s.l.p.)** che consentano l'esercizio delle professioni in forma aggregata e multidisciplinare, fondata sul lavoro intellettuale, con "apertura ai soci non professionisti, limitata ai soli conferimenti accessori, di mezzi, con partecipazione minoritaria a utili e voto".*

Quanto poco, o meglio nulla, c'entri la pseudoliberalizzazione della professione con la ripresa e lo sviluppo economico, è sotto gli occhi di tutti. Cionondimeno, un furore ideologico che pare inarrestabile da un lato; la forza sempre più prevaricante dei "soliti noti" dall'altro, fanno sì che ad ogni occasione utile (e l'attuale, drammatica contingenza ne offre parecchie, da ultimo con il maxi emendamento alla legge di stabilità —*alias* finanziaria) si cerchi sempre l'occasione per assestare mazzate alla professione di avvocato.

In conclusione, se è senz'altro urgente la necessità di porre mano a una riforma della professione di avvocato, dall'esame del testo attualmente all'esame della Camera dei deputati prevalgono le molte e sostanziose ombre denunciate, pure in presenza di alcune innegabili luci. Allora, non è condivisibile il giudizio di chi chiede (come il Cnf e l'Oua) "una riforma purchessia"; tanto più, poiché l'esperienza insegna che intervenire anche solo sui difetti più evidenti, una volta intervenuta una riforma attesa da anni, sarebbe pressoché impossibile.

La sfida dovrà essere perciò quella di farci carico di quanto siamo venuti sin qui elaborando e proporre con forza l'adozione delle misure propuginate, anche per spezzare — nel nostro campo — l'attuale assetto economico-sociale iperliberista, nel quale unici portatori di verità rivelate appaiono i soggetti portatori di interessi forti e, per la nostra professione, si delinea un orizzonte di asservimento a logiche di mero sfruttamento (si veda l'esempio del "preventivo") o se ne mettono fortemente in discussione la dignità e l'indipendenza (si vedano le società professionali con socio di capitali). Mentre avanza la privatizzazione della giustizia civile, già avviata con l'istituzione della media-conciliazione obbligatoria.

Torino-Padova-Bologna-Roma-Napoli novembre 2011.

Il testo del documento è stato redatto da Roberto Lamacchia, Leonardo Arnau, Barbara Spinelli, Cesare Antetomaso, Pietro Adami, Elena Coccia e coordinato da Raffaele Miraglia.