Progetto co-finanziato dall'Unione Europea

CONTRO LE DISCRIMINAZIONI
RegioneEmilia-Romagna

MINISTERO DELL'INTERNO

Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione 2014 – 2020
Obiettivo specifico 2 Integrazione/Migrazione legale – Obiettivo nazionale 3 Capacity Building- Lettera L)
PROG. 165 - ReAcT ER Rete Antidiscriminazione Territoriale Emilia-Romagna
CUP E49D16001350007

Laboratorio di formazione giuridica "Verso la Legal Clinic"

Resoconto e materiali didattici

UNIMORE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MODENA E REGGIO EMILIA

Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità (CRID)

Dipartimento di Giurisprudenza

A cura di Anziani e non solo soc. coop.

Indice

Premessa *3*

I. Il progetto FAMI - ReAcT e una prima introduzione alle cliniche legali: il Laboratorio di formazione giuridica "Verso la Legal Clinic" *4*

II. Dal 'case law' alla discriminazione istituzionale: la clinica legale tra trasformazione giuridica e pratica di giustizia sociale *7*

Una breve storia delle legal clinic (LC) ..... .

Modelli di legal clinic ..... .

La CLEDU dell'Università di Palermo ..... .

III. L'approccio ai casi concreti di discriminazione istituzionale: una nuova sfida per le professioni forensi. *11*

Il fatto ..... .

La norma / la fattispecie legale astratta ..... .

Bibliografia *49*

Appendice *51*

Progetto co-finanziato dall'Unione Europea	CONTRO LE DISCRIMINAZIONI RegioneEmilia-Romagna	MINISTERO DELL'INTERNO

Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione 2014 – 2020
Obiettivo specifico 2 Integrazione/Migrazione legale – Obiettivo nazionale 3 Capacity Building- Lettera L)

PROG. 165 - ReAcT ER Rete Antidiscriminazione Territoriale Emilia-Romagna

CUP E49D16001350007

Nell'ambito del progetto ReAcT - ER Rete Antidiscriminazione Territoriale Emilia-Romagna

Laboratorio di formazione giuridica "Verso la Legal Clinic"

a cura del
Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità (CRID)

e della Cooperativa "Anziani e Non Solo"

Martedì 29 novembre 2016: Sala riunioni – Piano ammezzato (ore 15:00 – 19:00)

- *Presentazione del progetto "ReAcT" FAMI (Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione)*:

Gianfrancesco Zanetti, **Luigi Foffani**, **Vincenzo Pacillo**, **Thomas Casadei** (Dip. di Giurisprudenza – Univ. di Modena e Reggio Emilia)

- *Prima introduzione alle cliniche legali: il laboratorio "Verso la Legal Clinic"*, a cura del Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità (CRID)

- *Discriminazioni, discriminazioni istituzionali e discriminazioni intersezionali*: a cura di Thomas Casadei (CRID)

Giovedì 1 dicembre 2016: Sala riunioni – Piano ammezzato (ore 15:00 – 19:00)

Alessandra Sciurba (Resp. sportello CLEDU – Clinica legale per i diritti umani, Dip. di Giurisprudenza – Univ. di Palermo)

Dal 'case law' *alla discriminazione istituzionale: la clinica legale tra trasformazione giuridica e pratica di giustizia sociale*

Coordinano: Francesco Belvisi e Thomas Casadei

12 dicembre 2016: Aula G (ore 15:00 – 19:00)

Salvatore Milianta (Avvocato)

L'approccio ai casi concreti di discriminazione istituzionale: nuova sfida per le professioni forensi

Premessa

Obiettivo generale del **Progetto FAMI – ReAcT – ER Rete Antidiscriminazione Territoriale Emilia-Romagna** è prevenire e rimuovere eventuali discriminazioni istituzionali escludenti i cittadini di Paesi Terzi dal godimento dei loro diritti e dal pieno accesso a beni e servizi in condizioni di parità attraverso la formazione e qualificazione degli operatori/trici dei punti territoriali contro le discriminazioni, nonché una attività informativa rivolta sia al personale della Pubblica Amministrazione sia ai soggetti delle reti locali con particolare attenzione all'associazionismo migrante

In questo contesto, il Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità (CRID) dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia che ha sede presso il Dipartimento di Giurisprudenza (partner del progetto Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione 2014-2020 - ReAcT ER Rete Antidiscriminazione Territoriale Emilia-Romagna), ha inteso avviare – con la collaborazione della Cooperativa "Anziani e Non Solo" (ANS) – un percorso sperimentale di approfondimento sulle Cliniche legali, una delle più innovative modalità di far fronte alle diverse forme di discriminazione.

Tale percorso consiste nel Laboratorio di formazione giuridica "Verso la Legal Clinic".

Il laboratorio – realizzato nel periodo compreso tra il 29 novembre e il 12 dicembre 2016, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia – si è articolato in tre differenti incontri, in cui hanno avuto luogo altrettanti interventi a beneficio degli studenti e delle studentesse presenti.

Fra gli interventi che si sono succeduti vi sono stati sia quelli dei docenti componenti il Comitato di coordinamento del progetto FAMI – ReAcT, sia esperti esterni come la Prof.ssa Alessandra Sciurba e l'Avv. Salvatore Milianta.

In particolare, tali interventi all'interno del Laboratorio si sono incentrate sulle seguenti tematiche:

- Discriminazioni, discriminazioni istituzionali e discriminazioni intersezionali;

- Dal 'case law' alla discriminazione istituzionale: la clinica legale tra trasformazione giuridica e pratica di giustizia sociale;

- L'approccio ai casi concreti di discriminazione istituzionale: nuova sfida per le professioni forensi.

Attraverso i diversi contributi ha trovato concreta applicazione quell'approccio che sta alla base del concreto funzionamento di una Legal Clinic e della risoluzione di specifici casi di discriminazione.

Ciò ha permesso agli studenti e alle studentesse che hanno partecipato di acquisire, mediante modalità cooperative, una formazione preliminare che consentirà loro di confrontarsi in tema di diritto discriminatorio e di discriminazione istituzionale.

I. Il progetto FAMI - ReAcT e una prima introduzione alle cliniche legali: il laboratorio "Verso la Legal Clinic"

Interventi a cura del Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità (CRID)

Il **Progetto FAMI – ReAcT – ER Rete Antidiscriminazione Territoriale Emilia-Romagna** vede in qualità di soggetti coinvolti l'Azienda pubblica Servizi alla Persona del Distretto Cesena Valle Savio, il Comune Bologna, il Comune Ferrara, il Comune Modena, il Comune Ravenna, il Comune Reggio nell'Emilia, nonché l'Università di Modena e Reggio Emilia-Dipartimento di Giurisprudenza, e si articola in 4 fasi (macro-azioni) sulla base della seguente metodologia di intervento:

- fase A.1 formazione su discriminazioni istituzionali;
- fase A.2 monitoraggio delle procedure di istruttoria e/o erogazione di beni e servizi;
- fase A.3 informazione e sensibilizzazione sui territori;
- fase A.4 rafforzamento della rete regionale antidiscriminazione.

Il laboratorio di formazione giuridica "Verso la Legal Clinic" si pone come obiettivo quello di sensibilizzare gli studenti e le studentesse, nonché di fornire loro una formazione preliminare di base sulle discriminazioni al fine di consentire una più efficace collaborazione tra gli stessi e gli operatori/trici dei Nodi antidiscriminazione della Rete Antidiscriminazione Territoriale Emilia-Romagna (inclusi anche i Nodi di Parma, Piacenza, Rimini, Cento e Argenta non partecipanti al progetto in qualità di partner), già formati e operanti su questi temi.

Discriminazioni, discriminazioni istituzionali e discriminazioni intersezionali

Secondo la definizione adottata da **ENCLE -European Network for Clinical Legal Education**, la **Legal Clinic education** è: "un metodo di insegnamento giuridico basato sull'apprendimento esperienziale, che favorisce la crescita di conoscenze, abilità e valori personali e, allo stesso tempo, promuove la giustizia sociale. Intesa in senso ampio, comprende una moltitudine di programmi e progetti educativi formali, non formali e informali, che sono accomunati da un approccio *practical-oriented*, centrato sullo studente, *problem-based*, e da metodi di apprendimento interattivi, tra cui, ma non solo, il lavoro pratico degli studenti e delle studentesse su casi reali e su questioni sociali, sotto la supervisione di docenti universitari e professionisti. Queste attività di formazione mirano a sviluppare attitudini professionali e a favorire la crescita delle abilità pratiche degli studenti e delle studentesse per quanto riguarda la moderna comprensione del ruolo del professionista *socially oriented* nel promuovere lo Stato di diritto, nel garantire l'accesso alla giustizia e la risoluzione pacifica dei conflitti, e nel trovare soluzioni ai problemi sociali".

Come è emerso dall'intervento introduttivo del **Professor Thomas Casadei**, le Legal Clinic possono assumere diverse forme in relazione ai contesti. In particolare, sotto il profilo epistemologico, le cliniche legali nascano in un clima di ricezione delle riflessioni del realismo giuridico principalmente nei paesi di *Common Law* (specie Inghilterra e Stati Uniti) e sono caratterizzate dal *Law in Action*, cioè dalla combinazione tra connotazione teorica e pratica. In effetti lo scopo principale della Legal Clinic è quello di esaminare il caso concreto, individuando la pratica discriminatoria e, quindi, fornire una risposta. Per quanto concerne la situazione italiana, sono attualmente in corso alcune esperienze nelle Università del nostro Paese che, per prime, hanno costituito una clinica legale (Palermo, Roma Tre, Brescia, Torino, Teramo, Firenze, Bari).

Attraverso l'approccio paritario e dialogante, sostenuto dal **Professor Gianfrancesco Zanetti**, gli studenti e le studentesse e i dottorandi e le dottorande sono stati sollecitati a focalizzare i casi quotidiani e concreti di discriminazione da essi subiti o di cui sono stati testimoni: dalla discriminazione on-line alla *reverse discrimination*, passando per i casi di discriminazione riguardanti la fede religiosa o le appartenenze culturali, con uno sguardo anche a situazioni in cui la pratica discriminatoria si traduce nel rifiuto di fornire adeguati luoghi di preghiera o nel rendere le abitudini alimentari un veicolo di discriminazione. Tutti i casi individuati sono, quindi, divenuti oggetto di un dibattito collettivo utile, da un lato, a stimolare la partecipazione attiva al laboratorio e, dall'altro, a introdurre la complessa questione della **classificazione/catalogazione delle varie discriminazioni** e, quindi, delle diverse modalità per affrontarle.

Qui di seguito si riportano alcune delle riflessioni essenziali che sono state richiamate dal Professor Casadei divise per ambiti di prassi discriminatoria, in modo da offrire primi strumenti orientativi.

Discriminazione istituzionale: quando un ente pubblico o una qualsiasi altra istituzione manca di fornire un servizio appropriato e professionale o prevede una norma o un regolamento che pregiudicano una particolare categoria di persone si configura una discriminazione istituzionale. La principale caratteristica di questa forma di discriminazione è che si esplica in modo impersonale attraverso regolamenti, procedure e prassi.
(dal **Glossario UNAR, Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali**)

* Con il termine **"Discriminazione multipla"** (inteso in senso ampio) ci si riferisce a quei casi in cui una persona è discriminata in base a due o più fattori discriminatori.
Questa ampia accezione può essere articolata in almeno tre fattispecie astratte: **discriminazioni multiple "ordinarie"**, **additive** e **intersezionali**:

Discriminazione multipla ordinaria (*multiple discrimination*): si verifica quando una persona è discriminata sulla base di più fattori, ma ogni discriminazione avviene in momenti diversi e si basa ogni volta su fattori differenti.
Esempio: una donna con disabilità viene esclusa dalle PEO (progressioni economiche orizzontali) dal proprio datore di lavoro perché donna e, in un'altra circostanza, viene trasferita in un ufficio che non le consente un facile accesso a causa delle barriere architettoniche.

Discriminazione additiva (*additive or compound discrimination*): avviene quando la discriminazione ha luogo nella stessa occasione, ma sulla base di fattori discriminatori diversi che si aggiungono l'uno all'altro, restando separati e mantenendo una propria individualità. Ogni fattore aggrava la discriminazione.
Esempio: un giovane migrante, il cui datore di lavoro non accorda aumenti di stipendio a persone di età inferiore ai 35 anni, né a persone di diversa nazionalità. In questo modo le chance per il giovane migrante di accedere a un aumento di stipendio decresce a causa del cumulo di discriminazioni.

Discriminazione intersezionale (*intersectional discrimination*): ha luogo quando la discriminazione è basata su più fattori che interagiscono tra loro in modo da non poter più essere distinti e separati.
Esempio tratto dagli Stati Uniti, in cui il concetto di 'intersezionalità' fu teorizzato per la prima volta, Paese in cui le donne *black* sono esposte a discriminazioni e violenze non solo in quanto "donne" e non solo in quanto "black", ma in quanto "donne black".

A conclusione di tale messa a punto, il **Dott. Matteo Zattoni** ha fornito ai partecipanti al Laboratorio un primo **"dizionario comune"** e una sintetica descrizione del processo con cui si formano gli **stereotipi** alla base della discriminazione.

In particolare sono state analizzate le fasi che portano dal meccanismo cognitivo della "generalizzazione" alla creazione dello "stereotipo" attraverso una duplice generalizzazione (legame tra singoli individui e categorie sociali; legame tra classe sociale e comportamento); e, quindi, dallo stereotipo, così formulato, al trattamento discriminatorio vero e proprio. Concentrandosi su quest'ultimo, il Dott. Zattoni ha illustrato la tripartizione, ormai divenuta canonica in ambito europeo, tra **«discriminazioni dirette», «discriminazioni indirette» e «molestie»**, definendo i relativi presupposti a partire dal *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*. Qui di seguito si riportano alcuni dei concetti trattati.

Lo **stereotipo** può essere definito come:

- l'estensione a tutti i membri di un determinato gruppo sociale, di caratteristiche – fisiche, morali, sociali, culturali o politiche – presentate come se fossero tipiche, caratterizzanti o addirittura costitutive di quella classe sociale.

La **discriminazione diretta** si verifica quando:

- una persona riceve un trattamento sfavorevole;
- rispetto a quello che hanno ricevuto o che riceverebbero altre persone in una situazione analoga;
- la ragione di questo trattamento, dovuto a una particolare caratteristica della persona, rientra fra i motivi di discriminazione che formano oggetto di protezione.

Gli elementi che compongono una **discriminazione indiretta** sono:

- una disposizione, un criterio o una prassi neutra
- che colpisce in modo significativamente più sfavorevole un gruppo definito da uno dei motivi oggetto del divieto di discriminazione,
- rispetto ad altre persone in una situazione analoga.

Le direttive comunitarie in materia sanciscono che le **molestie** debbano considerarsi alla stregua di una discriminazione qualora:

- il comportamento indesiderato sia determinato da un motivo rientrante fra quelli oggetto del divieto di discriminazione,
- avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona
- e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.

All'incontro hanno preso parte, oltre ai Professori Zanetti e Casadei, il Professor **Vincenzo Pacillo** (componente del Comitato di coordinamento del progetto FAMI – ReAcT) e il Professor **Francesco Belvisi**, docente di Filosofia del diritto e di Sociologia del diritto presso il Dip. di Giurisprudenza di Modena, nonché esperto di questioni giuridiche connesse all'immigrazione.
In questo primo laboratorio era presente anche la Dott.ssa Maria Federica Carriero, Dottoranda di ricerca in Diritto Penale presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

II. Dal 'case law' alla discriminazione istituzionale: la clinica legale tra trasformazione giuridica e pratica di giustizia sociale

Intervento di Alessandra Sciurba

(Resp. sportello CLEDU – Clinica legale per i diritti umani - Dipartimento di Giurisprudenza – Università di Palermo)

Introduzione e coordinamento: Proff. Francesco Belvisi e Thomas Casadei

Una breve storia delle legal clinic (LC)

Le LC hanno origine negli Stati Uniti, tra la fine dell''800 e l'inizio del '900, ma solo intorno agli anni '30 furono organizzati i primi programmi sperimentali nell'ambito della *University of Southern California* (1928) e, successivamente, della *Duke University* (1931).

Successivamente, tra gli anni '60 e '70 si sviluppano anche in Australia, Canada, India, UK e poi in Africa grazie ai finanziamenti della Fondazione Ford.

Dal 2000 troviamo LC anche in Cina e in Giappone, sviluppatesi con l'adozione del modello statunitense, che è stato esportato soprattutto grazie alla "Open Society Foundation" che finanzia anche le principali Cliniche Legali dell'Est Europa (Polonia, Repubblica Ceca…).

Nel resto dell'UE le LC nascono tardi: a parte alcune esperienze nord Europee attive già dagli anni '70, le prime esperienze significative sono della fine degli anni '90 e si consolidano con il Processo di Bologna, grazie al quale le LC diventano un'aspirazione comune.

Nel 2012 nasce l'European Network for Clinical Legal Education (ENCLE) che dà una propria definizione di Legal Clinic come di "*un metodo di insegnamento giuridico basato sull'apprendimento esperienziale, che promuove la giustizia sociale sostenendo al contempo la crescita delle abilità professionali e lo sviluppo personale. Include diversi modelli formali ed informali che utilizzano però quasi tutte un modello basato sulla pratica su casi concreti e centrato sugli studenti e sulle studentesse, sotto la supervisione di docenti universitari e professionisti.*"

Di fatto, quindi, le Cliniche Legali risultano perseguire un doppio obiettivo:

(a) offrire gratuitamente un servizio professionale di alto livello che abbia un forte risvolto di giustizia sociale e

(b) formare gli studenti e le studentesse (non solo di legge) sviluppando competenze tecniche ma anche relazionali e di attenzione sociale.

In questo contesto, tuttavia, le LC adottano approcci e modelli molto diversi in quanto essi si collegano al sistema giuridico, al tipo di istruzione giuridica tradizionale e alle prassi locali che mettono in atto il diritto, che cambiano di luogo in luogo e con cui le LC si trovano a fronteggiare.

Per saperne di più: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2016_nSE_Legal-clinics-in-Europe/index.htm

Modelli di legal clinic

Tra i diversi modelli operativi troviamo ad esempio:

- *In-house clinics o live-client clinics*: si sviluppano all'interno dell'Istituzione Universitaria e sono basate su un incontro diretto con i "clienti / utenti" OPPURE su casi concreti e simulazioni che vengono studiati, su cui si formula un parere che ha un'utilità pratica ma in cui di fatto non si incontra mai l'utente / cliente. Un esempio del primo tipo sono le Cliniche attive presso le Università di Torino e Roma Tre, mentre il secondo modello è più frequente e diffuso. In questo caso spesso gli studenti e le studentesse fanno consulenza a organizzazioni che sono in contatto diretto con il cliente, come associazioni di volontariato.
- *Externships*: in cui lo studente fa un'esperienza pratica all'esterno dell'Università, presso studi legali, associazioni, organizzazioni.
- *Simulation-based clinics:* in cui lo studente lavora esclusivamente su simulazioni (di casi veri o fittizi) proposti dal docente.

Esistono cliniche specializzate su alcuni temi specifici. In Italia il 60% delle LC si occupa di migranti e rifugiati, questo perché nascono in reazione a bisogni reali e in questo momento storico sembra naturale che si rivolgano a questo tipo di persone.

È interessante notare che ci sono LC che si specializzano anche in temi complicati, come il diritto commerciale e sostengono le banche e le multinazionali nonostante l'idea sia comunque di far fare pratica agli studenti e alle studentesse su dei temi utili. Ci troviamo quindi di fronte ad una contraddizione che può indurci a chiederci se possiamo parlare in questi casi di LC? Secondo Alessandra Sciurba la risposta è negativa, perché manca la finalità di giustizia sociale che è intrinseca a questo modello e che può portarci a definire le LC come "bene comune", sia per i temi trattati che per la loro struttura collettiva e tendenzialmente non gerarchica, che serve a contaminare i saperi giuridici tradizionali e a ridistribuire le conoscenze fuori dalla comunità studentesca.

Le piccole dimensioni e l'assenza di voci di bilancio dedicate alle Cliniche Legali all'interno delle università italiane fa si che non siano molto strutturate: secondo Sciurba è difficile combinare la qualità professionale elevata e lo scopo formativo con un lavoro dei docenti e degli esperti coinvolti che avviene a titolo sostanzialmente volontario.

La maggior parte delle attività in Italia è stra-giudiziale. Poiché in Italia esiste il gratuito patrocinio, la rappresentanza in giudizio è garantita anche a chi non ha risorse economiche, mentre è più utile e necessario assistere gli utenti / clienti nelle pratiche burocratiche quotidiane: questa forma di accompagnamento consente di attivare il diritto dei soggetti più vulnerabili. Inoltre, un potenziale obiettivo è anche muovere dal caso concreto per denunciare e modificare delle pratiche

discriminatorie. Questo comporta anche lavoro extra-giuridico, non solo stra-giudiziale. Saper maneggiare lo strumento del diritto attiva una forma di responsabilità sociale.

Per saperne di più: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2016_nSE_Legal-clinics-in-Europe/index.htm

La CLEDU dell'Università di Palermo

La Clinica Legale per i Diritti Umani dell'Università di Palermo (CLEDU) nasce dalla convenzione tra Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo e l'Altro Diritto Onlus, di cui il Dottorato di ricerca in "Diritti Umani: Evoluzione, Tutela e Limiti" e l'associazione L'Altro Diritto Sicilia sono soggetti attuatori. A settembre 2016 il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo ha firmato un protocollo d'intesa con «L'altro diritto. Centro di ricerca interuniversitario su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni», il cui scopo è promuovere e coordinare le cliniche legali in Italia.

Lo sportello CLEDU è aperto dal settembre 2015, presso il Dipartimento di Giurisprudenza che si trova nel quartiere multietnico di Ballarò. È stata scelta un'aula dell'università che affaccia sulla strada ed è prevista un'apertura pomeridiana a settimana, durante la quale vengono trattati in media 10/15 casi. Nei primi 14 mesi di attività la Clinica ha preso in carico 158 casi (numero dal quale sono escluse le attività di solo orientamento).

Lo sportello della Clinica Legale per i Diritti Umani vuole offrire interventi mirati ad affrontare le necessità dei richiedenti asilo e dei migranti, accrescendo al contempo le competenze teoriche e pratiche degli studenti e delle studentesse e la loro sensibilità rispetto alle questioni che riguardano la giustizia sociale, l'accesso ai diritti, e la non discriminazione. Gli studenti e le studentesse, al contempo beneficiari e attori del servizio, svolgono, affiancati da tutor ad alta specializzazione nel settore ed avvocati, attività di preparazione dei richiedenti asilo per l'intervista alla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, e forniscono supporto legale a fronte di un eventuale diniego. CLEDU si avvale anche della collaborazione di un medico che, quando necessario, offre supporto psicologico agli utenti.

Rispetto ai migranti non richiedenti asilo né rifugiati, invece, le attività della clinica si concentrano maggiormente sull'orientamento ai servizi già presenti sul territorio e sulla loro messa in rete. Sia per i beneficiari di protezione internazionale o umanitaria che per i migranti in possesso di altro titolo di soggiorno la clinica inoltre può svolgere attività necessarie all'ottenimento e al rinnovo dello stesso qualora si presentassero particolari problematicità in merito.

Nelle ore di apertura dello sportello, o front office, ogni mercoledì dalle 15 alle 17, sotto la supervisione dei tutor (esperti, docenti ed avvocati) gli studenti e le studentesse partecipano ai colloqui con gli utenti, di cui raccolgono le richieste. Nella fase immediatamente successiva del back office, dalle 18 alle 20, procedono con i tutor all'analisi e all'individuazione delle questioni di diritto al fine di formulare la consulenza giuridica appropriata per ciascun caso particolare. I casi, a seconda della specifica richiesta, possono essere direttamente presi in carico dalla CLEDU o indirizzati a servizi più idonei presenti sul territorio.

Una volta deciso di prendere in carico il caso, gli studenti e le studentesse collaborano con i tutor al lavoro stragiudiziale e giudiziale di volta in volta richiesto, confrontandosi continuativamente sull'intervento condotto anche con il resto del gruppo durante gli orari di back office.

Attualmente su ciascun caso l'equipe di lavoro è composta da un tutor e da due studenti (uno nuovo, che si limita di fatto ad attività di osservazione e uno studente più esperto che ha già svolto attività l'anno precedente). La Clinica coinvolge complessivamente 6 tirocinanti per semestre oltre a una decina di studenti e studentesse. Secondo Sciurba è necessario avere molta attenzione anche agli studenti e alle studentesse nuove perché si affacciano a delle storie a volte molto forti, emotivamente difficili. Si deve riuscire ad imparare ad essere empatici ma mantenere il distacco che serve per essere lucidi ed utili. Bisogna avere molta cura delle relazioni sia con gli studenti e le studentesse sia con gli utenti.

Operativamente, oltre a un impegno alla riservatezza sottoscritto da tutto il personale coinvolto, sono stati attivati strumenti di lavoro come: un database per la raccolta e condivisione dei dati e il passaggio di consegne, una scheda-caso con i dati di contatto e un'agenda online per la gestione degli appuntamenti.

Per saperne di più: https://www.unipa.it/dipartimenti/dipartimentogiurisprudenza/clinica-legale-per-i-diritti-umani/

All'incontro ha preso parte, oltre ai Professori Francesco Belvisi e Thomas Casadei, il Professor **Luigi Foffani**, Direttore del Dipartimento e componente del Comitato di coordinamento del progetto FAMI - ReAcT.

III. L'approccio ai casi concreti di discriminazione istituzionale: nuova sfida per le professioni forensi

Intervento di Salvatore Milianta (Avvocato)

L'ultima giornata del Laboratorio si è basata sull'analisi teorico-pratica dei casi di discriminazione, condotta dall'Avv. Salvatore Milianta.

Nella prima parte, di taglio teorico, l'Avv. Milianta ha ripercorso alcuni concetti giuridici, in parte già incontrati dagli studenti nel loro percorso di studi, che risultano indispensabili per comprendere il funzionamento generale delle professioni forensi (in specie dell'avvocatura), nonché le modalità specifiche con cui gli avvocati trattano i casi di discriminazione.

Nella seconda parte del laboratorio, l'Avv. Milianta ha portato all'attenzione degli studenti un caso concretamente avvenuto di discriminazione istituzionale, che ha coinvolto l'Ufficio Provinciale della Motorizzazione civile di Catania; la vittima della discriminazione ha fatto ricorso, giungendo fino al terzo grado di giudizio per vedere riconosciuti pienamente i propri diritti.

Testo dell'intervento

Scopo dell'incontro è stato illustrare un metodo attraverso il quale operare con il diritto e nel diritto con riferimento a un caso concreto.

Utilizzando una metafora, in una clinica si opera: "si usano ferri e tecniche". Proviamo, quindi, a descrivere ferri e tecniche di una clinica che non sia medica, ma legale: una legal clinic, quale che sia il modello di legal clinic che si voglia istituire.

I ferri del mestiere di una clinica legale si trovano in tre grandi settori del pensiero umano che sono: la logica, la retorica e la dialettica.

Questo perché nell'applicazione pratica del diritto si fa largo uso degli schemi logici della induzione, della abduzione e della deduzione. Con larghissima approssimazione: l'induzione, per la ricostruzione del fatto; l'abduzione, per la ricerca della legge da applicare; la deduzione nell'applicazione della norma trovata al fatto ricostruito.

L'applicazione di questi schemi logici non ha come fine il dare dimostrazioni. Le premesse non sono mai *accertate* come vere, ma solo *accettate* come vere perché *solo* generalmente condivise.

"Il mio fine poi non è la dimostrazione ma la convinzione: convincere attraverso le mie buone ragioni" ("mie" nel senso del caso che mi sono preso in carico e di cui mi sto occupando).

E se si deve persuadere qualcuno, si entra nel campo della retorica.

Quando si usa la retorica occorre prestare attenzione: la differenza tra la correttezza e la scorrettezza in questo campo sta in una "u": bisogna essere euristici e non essere eristici: bisogna

avere, trovare, dare, rappresentare buone ragioni (euristica) e non cercare di avere ragione ad ogni costo e con ogni mezzo (eristica).

Siccome poi spesso devo convincere qualcuno delle mie ragioni in contrapposizione a quelle di qualcun altro, che vuole il riconoscimento delle proprie o, di meno, soltanto contestare le mie, la mia opera di convinzione avviene secondo dialettica.

Il primo e più tradizionale ferro del mestiere dell'operatore giuridico è il ragionamento deduttivo sillogistico: il ragionamento che consistente in due premesse (una maggiore e l'altra minore) e una conclusione.

In quello giuridico la premessa maggiore è la legge, la minore è il fatto, la conclusione è il giudizio: cioè l'applicazione in concreto della norma di legge.

Il fatto

In pratica però le cose non vanno proprio così: la prima cosa che si incontra in un caso, di solito, non è il diritto ma il fatto: una persona viene e racconta cosa gli è successo. Il fatto però ha tante facce o sfumature: è fatto materiale storico così per come è accaduto, è la fattispecie concreta che combacia con una fattispecie legale concreta che deriva da una da una fattispecie astratta.

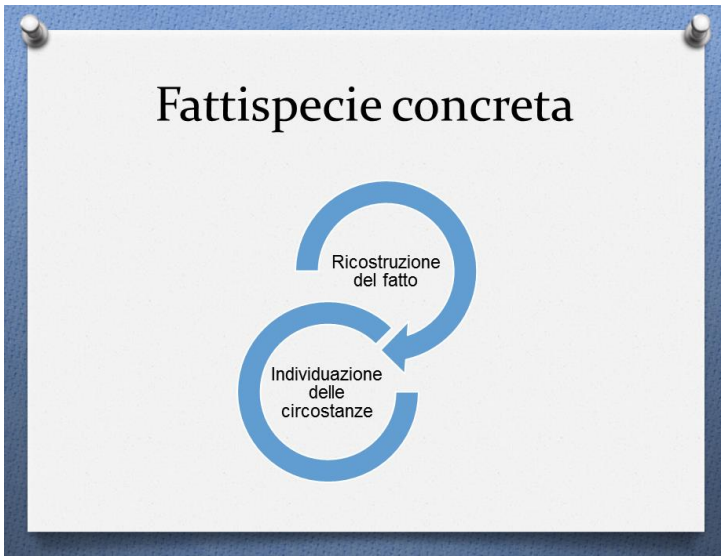
Come operatori e operatrici combineremo il fatto che ci viene dato con una fattispecie che abbiamo estratto da norme legali astratte. Ma che differenza c'è tra un fatto storico ed una fattispecie?

Fattispecie significa "apparenza" di un fatto. Meglio, il fatto come ci appare: come ci appare per come viene ricostruito e ci viene rappresentato dalla parte che ce lo viene a raccontare. A nostra volta poi noi dovremo rappresentarlo di nuovo. Noi ci troviamo di fronte ad un fatto che dobbiamo ricostruire, ricomporre…

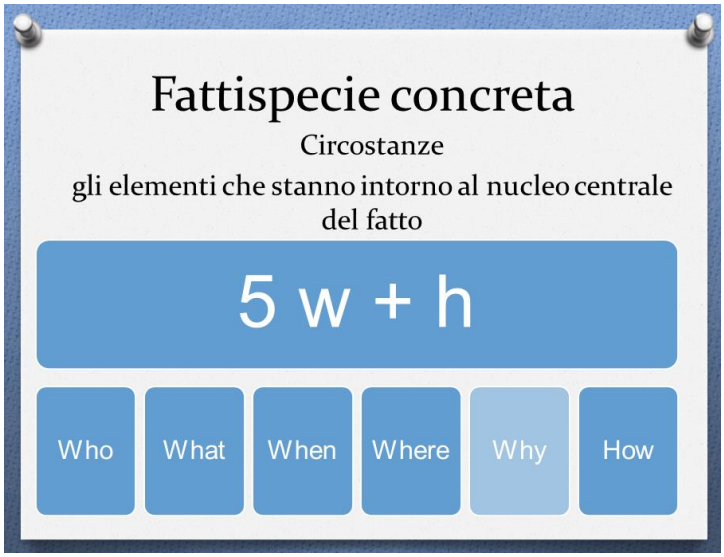
…anche perché da questo dovremo estrarre, distillare, le note rilevanti che andremo ad incrociare con la fattispecie legale astratta, per il tramite di quella legale concreta.

Per ricostruire il fatto dobbiamo individuare le circostanze: le cose che stanno intorno al fatto. Se uno ci dice solo "sono stato discriminato", che potrà essere pur stato il fatto che è accaduto, ma detto così e semplicemente con ci permette di ricostruirlo.

C'è bisogno di circostanziare quel fatto.



Le circostanze sono ciò che sta intorno al nucleo centrale e che ci permette di ricostruire l'evento. Di fatto è tutto ciò che risponde alle domande (chi, come, dove, quando, perché e come – questo viene aggiunto perché determina come è accaduta una cosa).

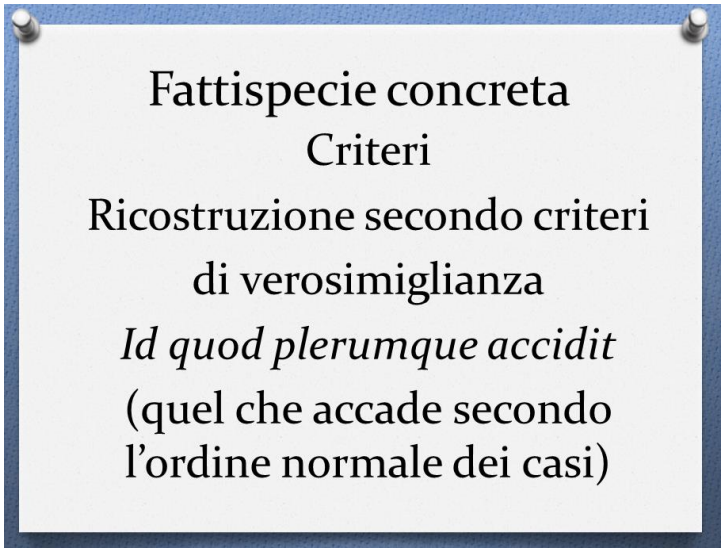


Ad esempio, perché devo sapere quando? Perché ci sono dei limiti di tempo per agire (es. la prescrizione) o perché all'epoca dei fatti, norme di legge che gli sarebbero applicabili non erano ancora state introdotte o si potrebbero trovarsi in periodo di *vacatio legis*… Perché il dove? Per sapere se in un posto si può applicare una determinata legge, per la competenza del Tribunale. Perché il chi? Il soggetto potrebbe non essere capace. Quindi sono circostanze rilevanti che vanno indagate quando ci troviamo davanti un potenziale utente / cliente.

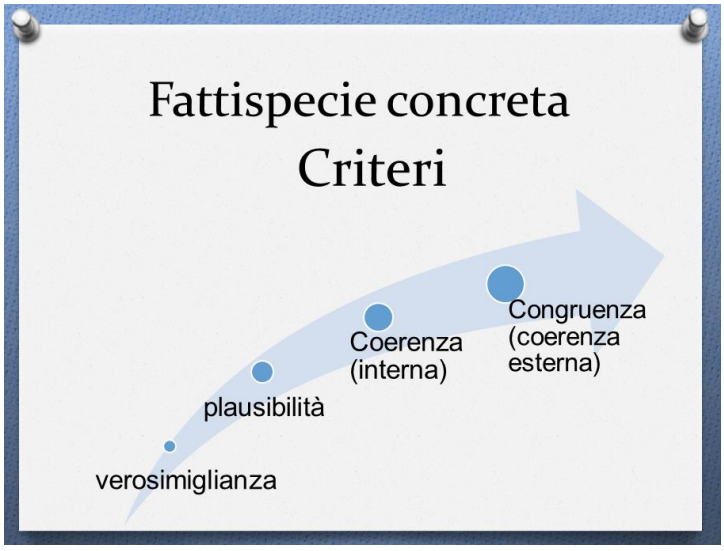
Il "perché", se inteso come il motivo rileva poco dal punto di vista civilistico. Ci può essere utile però in ipotesi di risarcimento del danno per rivelare la componente soggettiva: il dolo o la colpa.

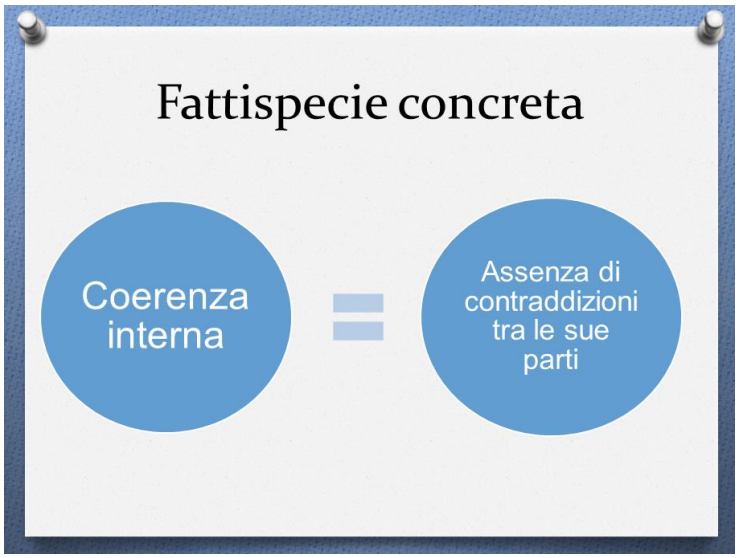
Qual è il criterio che devo seguire per ricostruire i fatti? Di fatto, la verità in senso assoluto non si può conseguire e in ogni caso, anche se potrebbe sembrare paradossale, non basta. Siccome noi siamo nell'ambito della persuasione (cioè: dobbiamo convincere qualcuno), ciò potrà avvenire più facilmente se riportiamo i fatti per come sappiamo (ci siamo persuasi) essere avvenuti a dei

modelli che sono già nella mente di ciascuno di noi. A dei modelli che, quel fatto, ce lo fanno apparire verosimile. Non nel senso di simile al vero, ma nel senso di plausibilità che fa riferimento alla massima del "ciò che normalmente accade" (spesso, nella produzione giuridica, menzionato come l'*id quod plerumque accidit)* che si fonda sul principio di uniformità della natura. Ciò non significa che non si deve dire la verità, ma bisogna tradurla in ciò che può essere giudicato come vero.

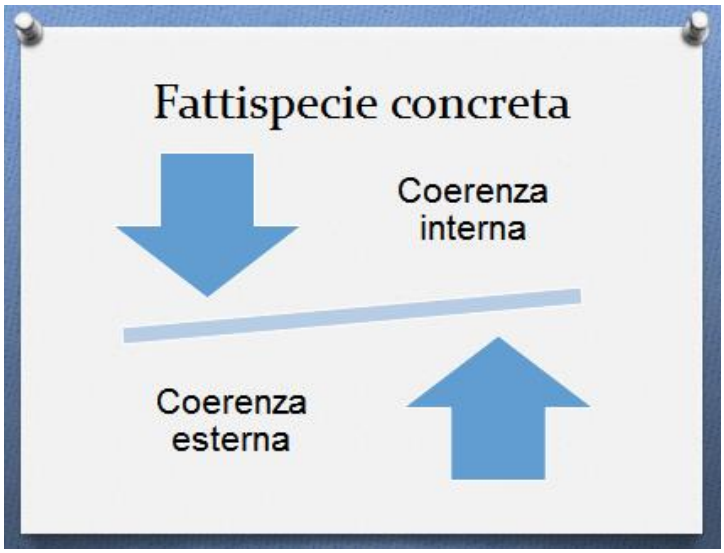


La verosimiglianza porta alla plausibilità, che deve a sua volta tenere conto di due elementi: la coerenza interna (riguarda il fatto in sé, che non deve avere contraddizioni al suo interno) e congruenza o coerenza esterna (è coerente rispetto agli elementi di prova disponibili al momento in cui si tiene il colloquio con la persona).

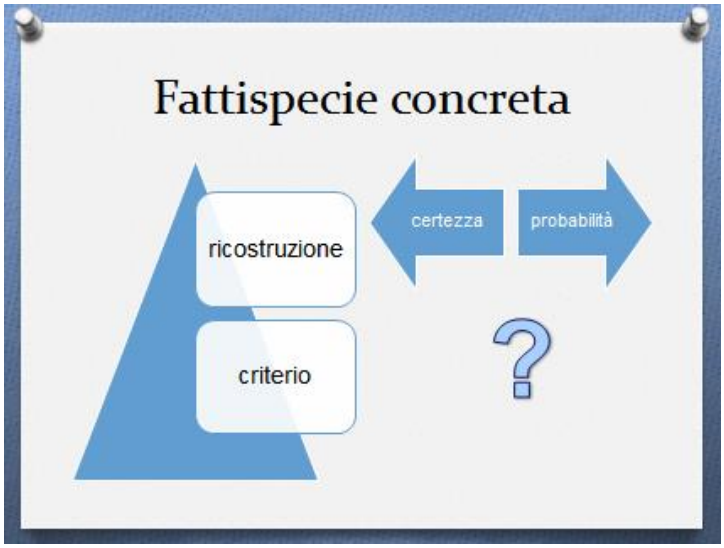




Qui si apre un altro capitolo: dobbiamo accertarci della plausibilità del fatto che ci viene raccontato, ma dobbiamo anche fondare la storia sugli elementi di prova che devono essere offerti da chi si presenta per raccontarvi il suo caso. Sulla prova dobbiamo fare i conti perché più la verità devia dal verosimile, più dovrò sforzarmi di dimostrare che è… vera. Quindi meno è verosimile più ci vogliono elementi di prova. Quindi la coerenza interna è inversamente proporzionale a quella esterna: meno la storia è coerente, più prove devo portare per dimostrare che, nonostante non *fili*, la storia è vera



Il criterio su cui si basa la mia ricostruzione deve raggiungere la certezza o la probabilità?

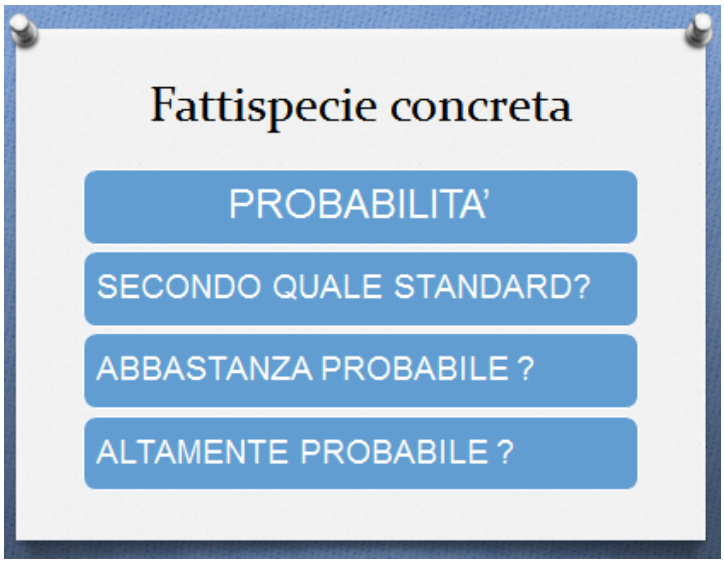


La probabilità.

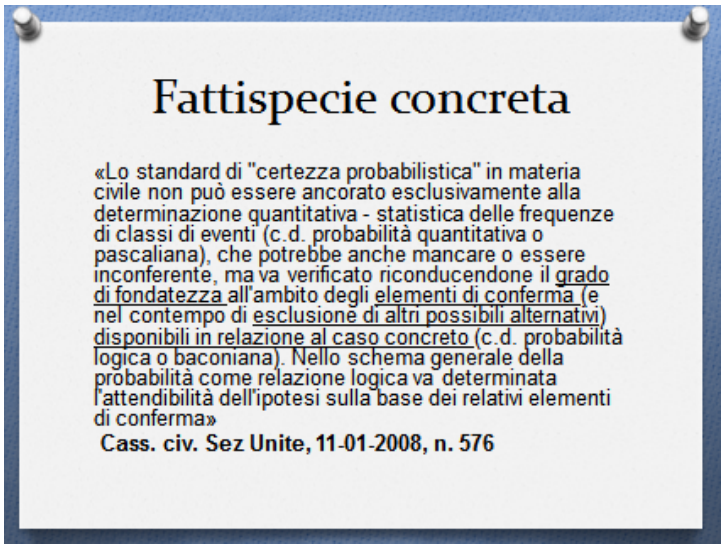
Ma secondo quale standard? Non può essere "quasi certo" perché in realtà le prove di cui disponiamo e che possiamo utilizzare sono determinate *rite e recte*.

Ovvero, nel processo e secondo le regole, i tempi e i modi del processo, che limitano nel tempo, nella quantità e nella qualità le fonti (di prova) da cui posso ricostruire i fatti.

Quanta probabilità dobbiamo raggiungere?



Non possiamo avere lo standard dell'"aldilà di ogni ragionevole dubbio". Nel contesto civile c'è un altro criterio, quello della "certezza probabilistica" (Cass. Civ. SSUU 08/576), qui non abbiamo in gioco la libertà personale dell'imputato, ci troviamo in una logica più marcatamente, ma paritariamente, antagonistica (io chiedo l'applicazione di un diritto che qualcuno mi ha negato o che a sua volta lo pretende nello stesso modo e misura).



Quindi ho bisogno di tanta probabilità quanta è necessaria per essere (1) più persuasivo rispetto all'altra parte (2) più probabile rispetto alle altre ricostruzioni offerte.

In pratica, il fatto che dobbiamo rappresentare deve essere e lo dobbiamo far apparire più probabile rispetto agli altri possibili alternativi e rispetto a quello della parte antagonista nel contenzioso.

Nell'ipotesi la mia ricostruzione sia sguarnita di prova, la regola con cui si deciderà la controversia è l'art. 2697 c.c. sull'onere della prova. Se colui che racconta (in gergo, allega) un fatto non ne dà la prova non potrà avere accolta la sua domanda: l'onere della prova incombe su chi allega un fatto.

Il Giudice non può pronunciare il *non liquet* (alla lettera non è chiaro non è limpido): non è evidente in fatto o non è chiaro in diritto.

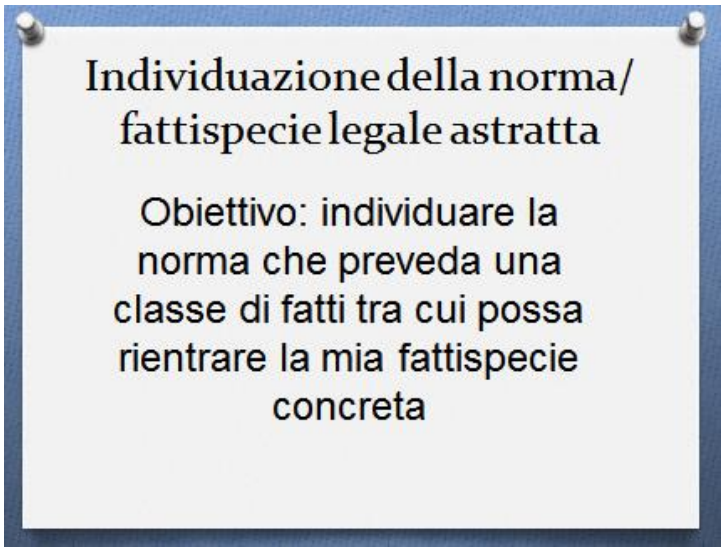
Se non c'è la prova (meglio, non è stata raggiunta), quindi il fatto non è evidente, rigetta; se non c'è la legge (se non è chiaro il diritto) per il caso, interpreta o usa analogia in senso integrativo del diritto (vedi sotto).

Quindi, anche nell'ipotesi in cui non si raggiunga uno standard sufficiente il giudice decide il caso sulla base della regola (di giudizio) dell'onere della prova.

La norma / la fattispecie legale astratta

Dato il fatto dobbiamo trovare il diritto, la fattispecie legale astratta.

Quando passiamo dal fatto alla legge è un altro *ferro* che dobbiamo usare, un altro strumento logico: la ***abduzione*** (dal caso alla regola passando per delle ipotesi).



Lo scopo è individuare la norma entro la quale rientra la mia fattispecie concreta.

Fare delle ipotesi rispetto alla norma applicabile e verificarle: ogni volta che c'è un caso concreto non devo avere la pretesa né la presunzione di conoscere tutte le norme da applicare. Ogni ipotesi va verificata: con la sussunzione (vedi sotto), e con la ricerca di precedenti o di indicazioni dottrinarie che confermino la mia intuizione o la mia ipotesi

Come si fanno le ricerche in diritto?

1. Per cominciare, ma solo per cominciare, a livello intuitivo: sulla base delle mie conoscenze

2. Ricerca nelle banche dati con operatori booleani (*and*, *near*, o frase esatta tra virgolette) che restringono il campo o con quello (*not*) che lo allarga.

3. È possibile anche fare una ricerca invertita, in cui parto dal precedente e risalgo alla norma

4. C'è anche la ricerca sinottica: capita spesso che il nostro legislatore faccia sulla stessa disciplina diversi interventi, quindi devo capire come queste norme devono essere applicate. Devo quindi cercare in giurisprudenza come i giudici hanno risolto questo concorso di norme. Parto dalla ricerca di un concetto, poi di un secondo concetto e vedo come incrociano e cosa hanno detto i

giudici in quei provvedimenti un cui sono stati contemplati entrambi i concetti cercati (che di solito corrispondono ad altrettante norme concorrenti).

La norma però non dobbiamo solo trovarla, dobbiamo capire cosa dice, interpretarla.

Dobbiamo arrivare a formulare una proposizione del tipo: la Disposizione della Legge significa la Regola che posso applicare a fatti concreti.

Non dobbiamo far tutto da soli perché l'interpretazione la fanno diversi soggetti: studiosi (dottrina), PA (interpretazioni ufficiali, circolari), leggi (interpretazioni autentiche), giudici (interpretazione giudiziale).

Quest'ultima è particolarmente importante perché non solo dà un significato alla norma, ma risolve le ambiguità e le vaghezze quantitative, applicano la norma ad un caso concreto. La stessa operazione che dobbiamo fare noi.

In più, i giudici hanno l'obbligo di motivazione, devono rendere espliciti i passaggi logici per evidenziare come sono passati da una norma ad un fatto concreto. Quindi ci offrono degli schemi di ragionamento che possiamo usare.

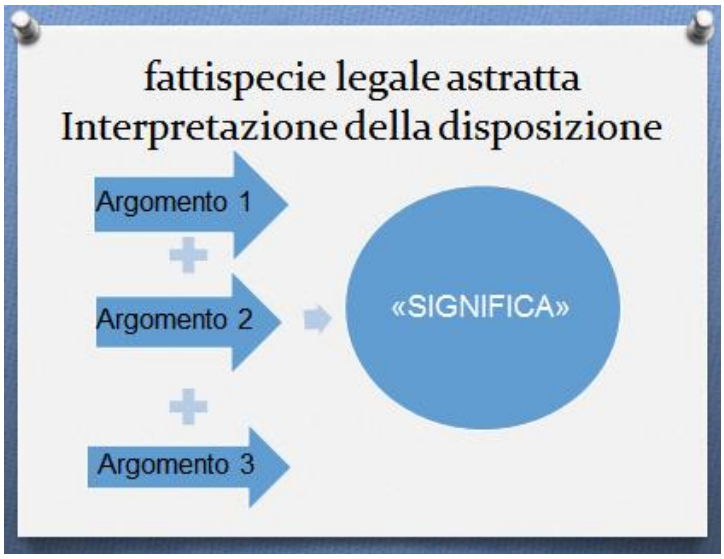
Importante sottolineare che quando i giudici dicono che significato danno alle norme, danno vita al diritto come recepito (in gergo, lo *ius receptum*, che quando viene ribadito e si consolida determina il diritto vivente, che si sovrappone e, spesso, si impone sul diritto positivo, cioè posto, *positus*, dal legislatore).

Riassumendo: il diritto è ambiguo, è spesso scritto male dal punto di vista semantico e sintattico, è complesso (ci sono moltissime norme), è incoerente (ci sono diverse norme che disciplinano lo stesso caso in modo diverso) ma a volte è anche lacunoso (non c'è la norma che disciplina il nostro caso). Quindi le interpretazioni possibili sono molte e a me ne serve una. Se ci sono molti significati tutti plausibili l'interpretazione che do io è una scelta, quindi la devo motivare, così come fanno i

giudici nelle motivazioni delle sentenze: ecco perché le motivazioni delle sentenze ci tornano utili, ci danno argomenti su cui fondare le nostre scelte interpretative.

Ora, tornando alla frase di prima (come nella slide di seguito).

…il "significa" lo devo giustificare con degli argomenti.



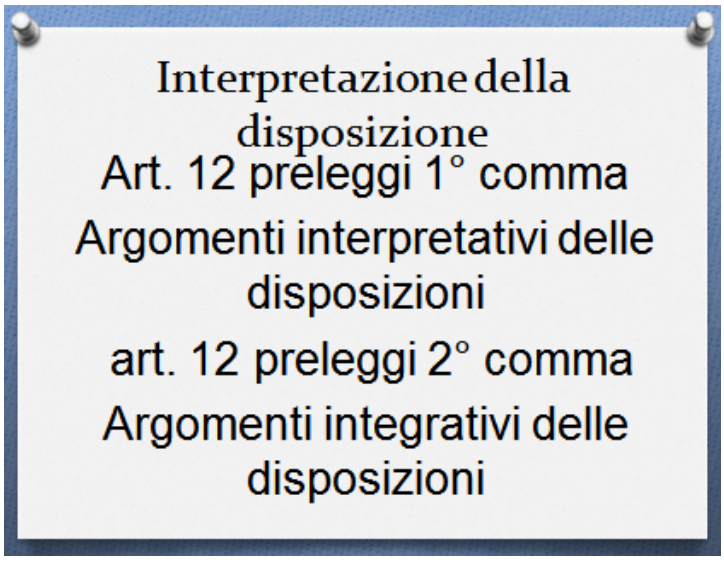
Il diritto in questo senso è retorica, devo essere persuasivo, devo giustificare l'interpretazione che sto dando io della norma che ho trovato.

Come si interpreta il diritto e come si argomenta l'interpretazione?

Una prima risposta ci arriva dalla legge, anzi, giustamente, dalle preleggi.

A ben notare però, questa norma non è solo una guida alla interpretazione.

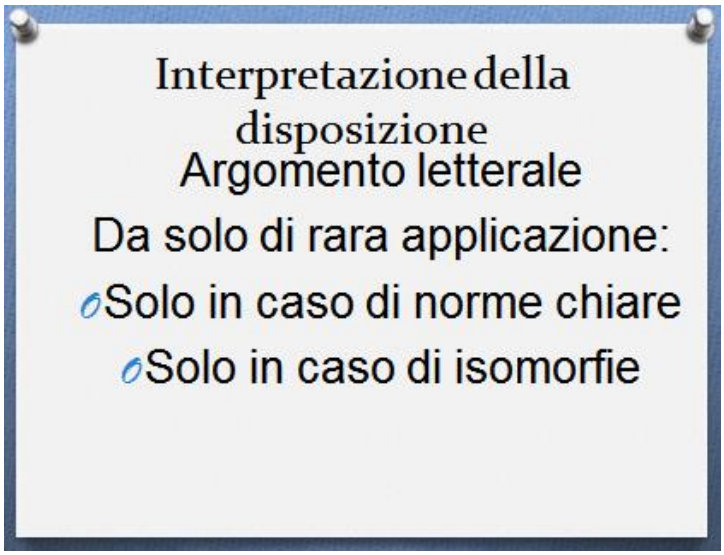
Il suo secondo comma è anche una norma su come colmare le lacune normative, su come produrre diritto oltreché interpretarlo.



Stiamo al primo comma. Ci dà due criteri che sono anche due argomenti su come interpretare la legge, ma la dottrina ne ha elaborati altri, dei quali (in particolare di alcuni) i giudici fanno abbondante uso anche se non sempre esplicitamente lo dicono.

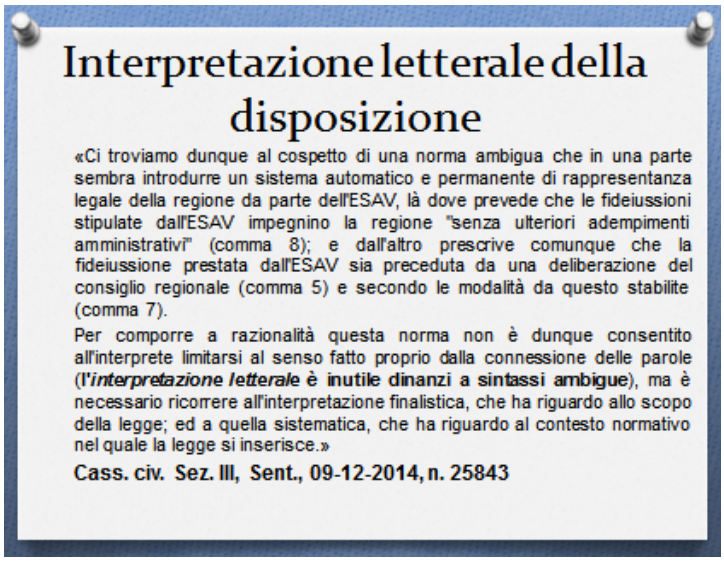
Vediamoli:

Partiamo dall' **argomento letterale:**



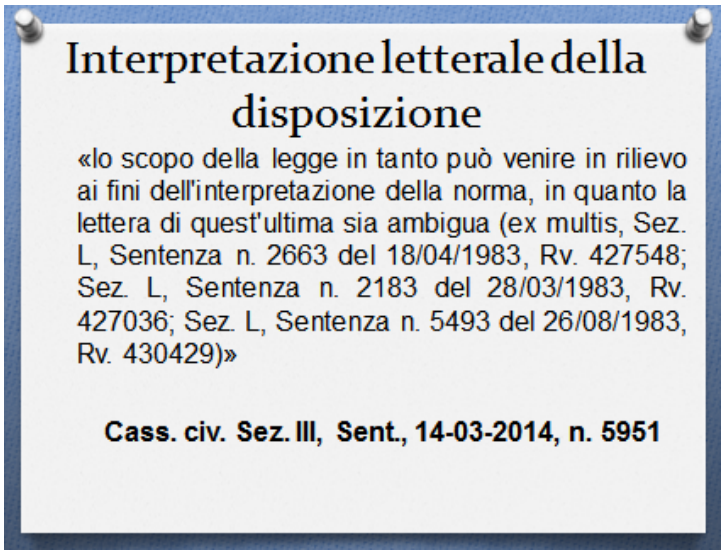
Si usa di rado, solo in caso di norme chiare o isomorfe, cioè di perfetta sovrapponibilità tra fatto concreto e fattispecie prevista. E ciò, abbiamo intravisto prima, accade davvero di rado.

Ce lo testimonia la stessa giurisprudenza, come in questo caso.



Questo esempio fa anche di più, ci dice anche con che criterio ordinare i criteri interpretativi.

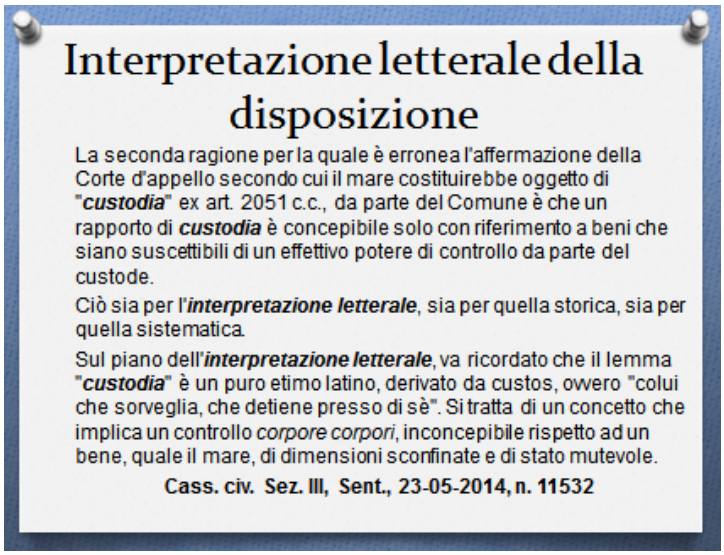
Prima quello letterale, poi, se questo è inutile per ambiguità della norma, quello teleologico.



E quando anche la teleologica non basta, l'interpretazione va fatta ricorrendo ad entrambi i criteri.

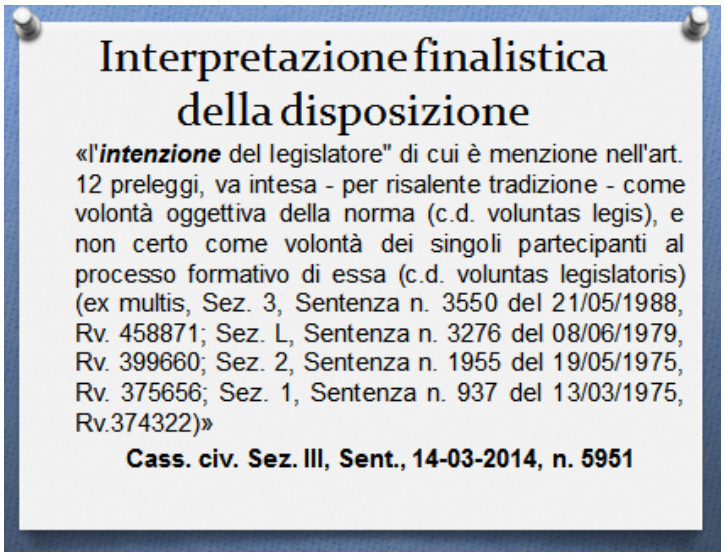
Ma come avviene in pratica una interpretazione letterale?

Di seguito un esempio della Cassazione.



Passiamo ora all'**argomento/criterio teleologico**, cioè: dell'intenzione.

Ma intenzione di chi?



Vediamo come si opera in pratica con questo argomento:

Interpretazione finalistica della disposizione

« [...] L'art. 283, comma 2, cod. ass., stabilisce che nel caso di sinistro stradale causato da veicolo non identificato, il risarcimento per i danni alle cose è dovuto solo "in caso di danni gravi alla persona", e solo per la parte eccedente l'importo di 500 Euro.

Poichè l'art. 283 cod. ass. non indica quali siano i "danni gravi alla persona", è giocoforza ricorrere ai tradizionali strumenti dell'ermeneutica per completare la norma.

Nel nostro caso sia **l'interpretazione** sistematica, sia quella storica, sia quella **finalistica**, inducono a concludere che per "danni gravi alla persona" debbono intendersi quelli che provocano postumi permanenti eccedenti i 9 punti di invalidità permanente, ai sensi dell'art. 138 cod. ass

[...]

Interpretazione finalistica della disposizione

« [...]

Dal punto di vista dell'interpretazione finalistica, infine, v'è da rilevare che lo scopo della limitazione del risarcimento del danno a cose nei soli casi di danni gravi alle persona fu quello di evitare frodi in danno del fondo di garanzia per le vittime della strada.

Lo si afferma nella relazione alla Proposta di Direttiva 2005/14, ove si afferma che quando un sinistro abbia causato danni gravi alla persona, "il rischio di frode è (...) pressochè inesistente", e di conseguenza il danno alle cose può essere risarcito, posto che - questo è il senso della relazione - nessuno si ferirebbe gravemente per ottenere i risarcimento del danno all'automobile.

[...]

Interpretazione finalistica della disposizione

« [...]

Ora, è noto che le norme vanno interpretate in conformità alla loro ratio. Se dunque lo sbarramento di cui all'art. 283, comma 2, cod. ass. serve a prevenire le frodi, è del tutto coerente con tale ratio ammettere il risarcimento del danno alle cose quando il sinistro abbia provocato esiti macropermanenti, e negarlo nel caso contrario:

infatti un danno alla salute micropermanente (ad es., postumi di lievi traumi contusivi o colpo di frusta) può essere simulato, l'amputazione d'un arto no.

Nè varrebbe obiettare che anche tra le lesioni con postumi inferiori al 9% possono rientrare danni non simulabili (ad es., l'amputazione d'una falange ungueale): adducere inconveniens, infatti, non est solvere argumentum, e qualunque linea di demarcazione fissata dalla legge comporta necessariamente la possibilità di una disparità di trattamento in punto di fatto.

Basti considerare che anche alla tesi della ricorrente ("sono gravi tutte le lesioni per le quali c'è stato ricovero ospedaliero") si potrebbe obiettare che non possono escludersi gravissime lesioni che non hanno comportato alcun ricovero (si pensi allo sfregio deturpante del volto curato in pronto soccorso e senza ricovero), nè all'opposto può escludersi che danni bagatellari rendano necessario il ricorso all'ospedalizzazione.

Cass. Civ. Sez III, Sent., 27-11-2015

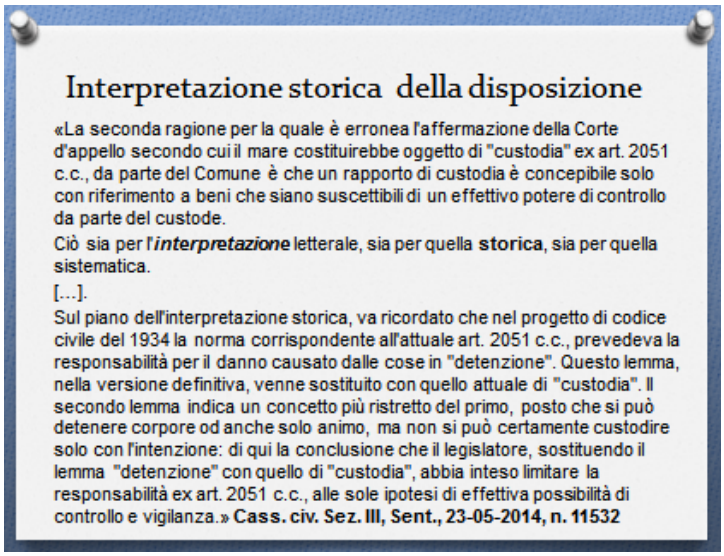
O ancora, con riferimento ad un caso in cui si sarebbe dovuto capire se l'attività svolta fosse inquadrabile o no nella mediazione creditizia e come tale riservata ai soli iscritti all'albo dei mediatori creditizi. La risoluzione della questione era pregiudiziale a risolvere la questione se per l'opera svolta dall'assunto mediatore fosse applicabile la normativa sulla mediazione (e allora bastasse a legittimare il credito la sola messa in contatto tra le parti) o sul contratto d'opera (e allora sarebbe stata applicabile la norma sul contratto d'opera, che avrebbe legittimato il credito solo se fosse stato ottenuto il finanziamento):

Da notare che l'intenzione viene rinvenuta fuori dalla legge, da fonti extralegali (i lavori parlamentari, la relazione alla direttiva che avrebbe dovuto essere introdotta nel nostro ordinamento, la relazione al codice civile…).

Gli operatori e le operatrici del diritto nell'interpretare il diritto ricorrono ad altri criteri/argomenti.

Senza volere fare il catalogo di tutti gli argomenti elaborati in dottrina e giurisprudenza e senza entrare nel merito della fondatezza o no di ciascuno di essi (non è questa la sede), di seguito alcuni esempi di applicazione di alcuni di essi.

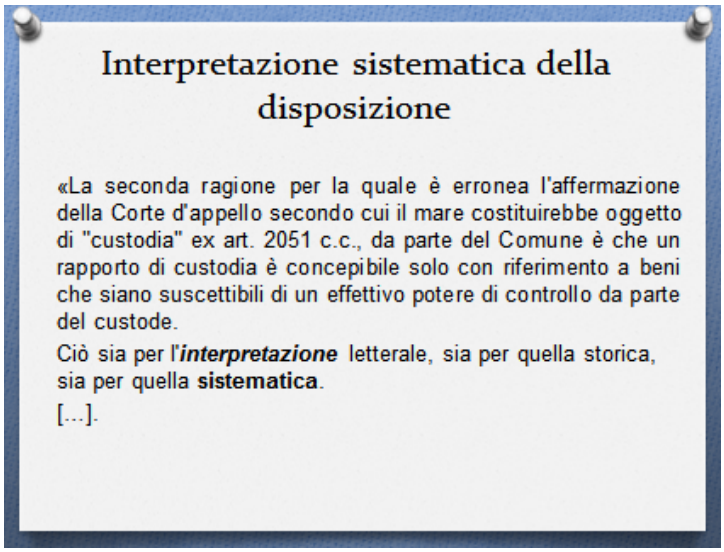
Di seguito una applicazione dell'argomento storico, che è una variante dell'argomento finalistico, ma in senso originalista (il fine che all'origine il legislatore voleva conseguire quando fu varata la norma) che si contrappone a quella evolutiva (il fine che il legislatore conseguirebbe oggi).

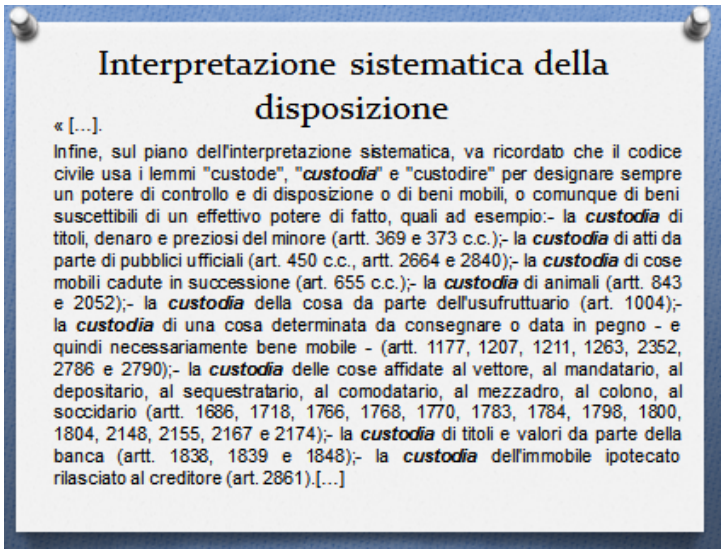


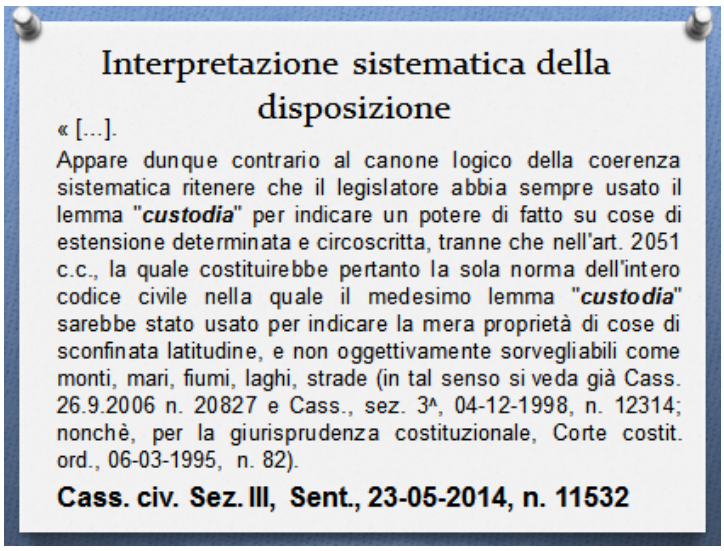
Tra gli argomenti interpretativi non tipici (nel senso di non nominati dalla legge) rilevantissimo per l'applicazione diffusa che se ne fa è **l'argomento sistematico**.

Ma ancora la domanda per noi in questa sede è: come si fa?

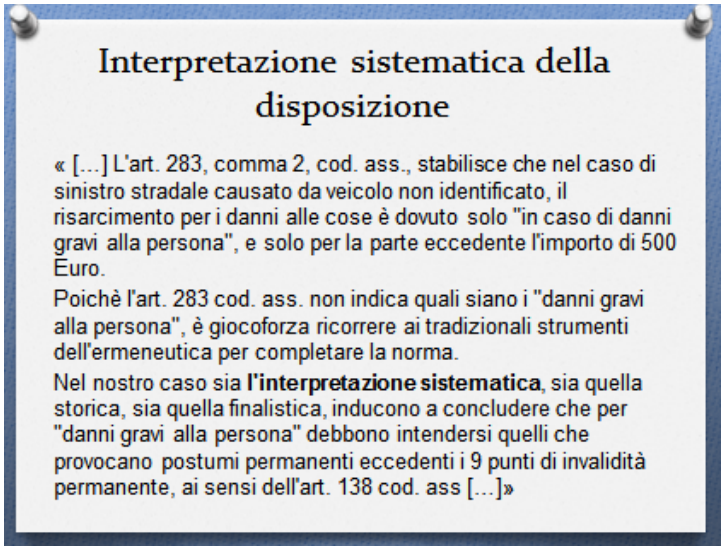
Di seguito alcuni esempi:

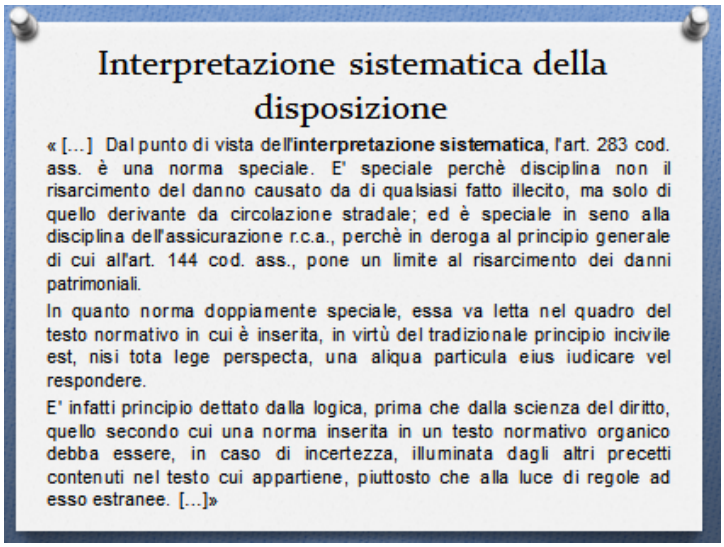


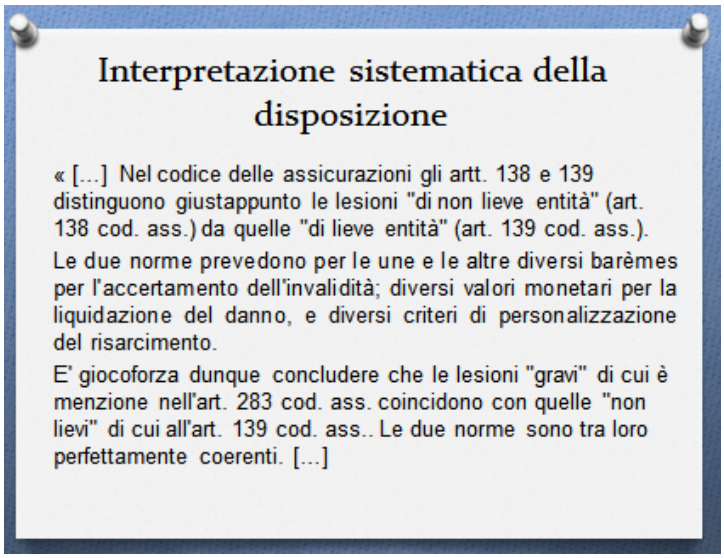


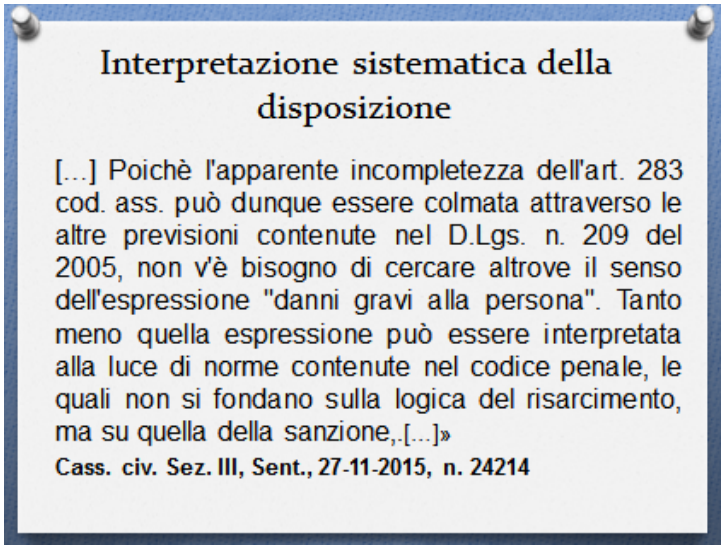


Un altro esempio con riferimento a fattispecie diversa:



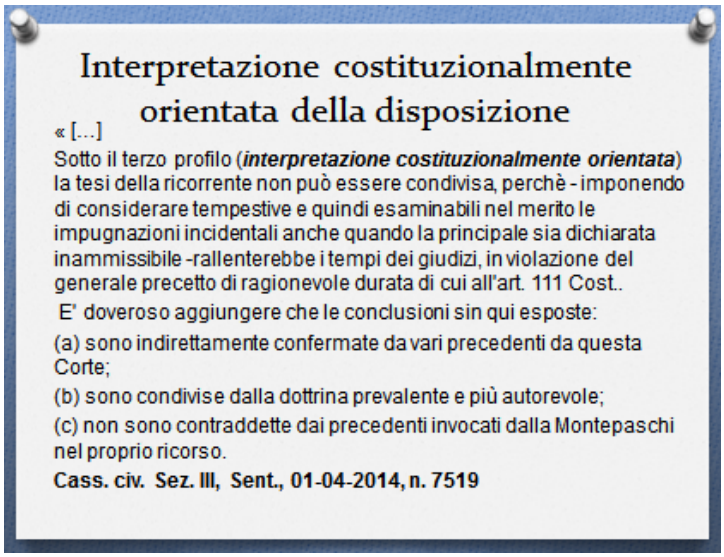






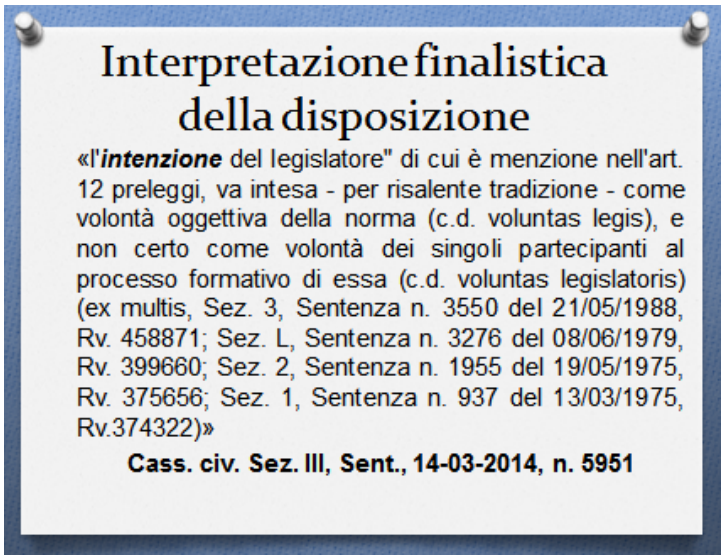
L'ultimo criterio/argomento che passeremo in rassegna è **l'interpretazione costituzionalmente orientata** che è in parte un'interpretazione sistematica e in parte un'interpretazione finalistico evolutiva (conseguire il fine voluto dalla Costituzione).

Un esempio di come la si fa:



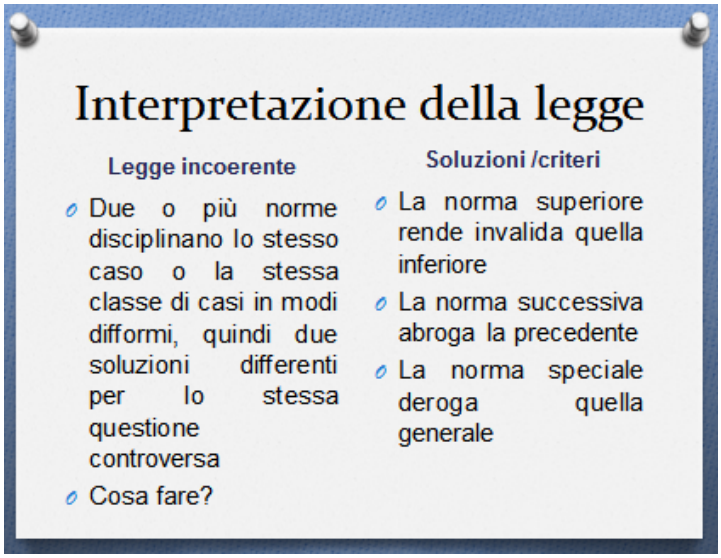
Come si desume dalla lettera (a) l'interpretazione non viene argomentata ma giustificata semplicemente sulla base di precedenti perché (si assume) che quell'interpretazione è stata recepita così ("*ius receptum*") in così tante altre occasioni da diventare diritto vivente.

Tecnica che sta alla base di un altro esempio visto prima (e di seguito riproposto). Dove si fa riferimento a "risalente tradizione" e all'indicazione di una serie di precedenti che hanno fondato e inveterato quella "risalente tradizione"



Precedentemente avevamo visto che la legge può essere incoerente, cioè, approssimativamente parlando, può disciplinare con due norme diverse la stessa fattispecie.

Qui l'operazione da svolgere è almeno duplice. Fare ricorso ai tradizionali strumenti di coordinamento delle norme…

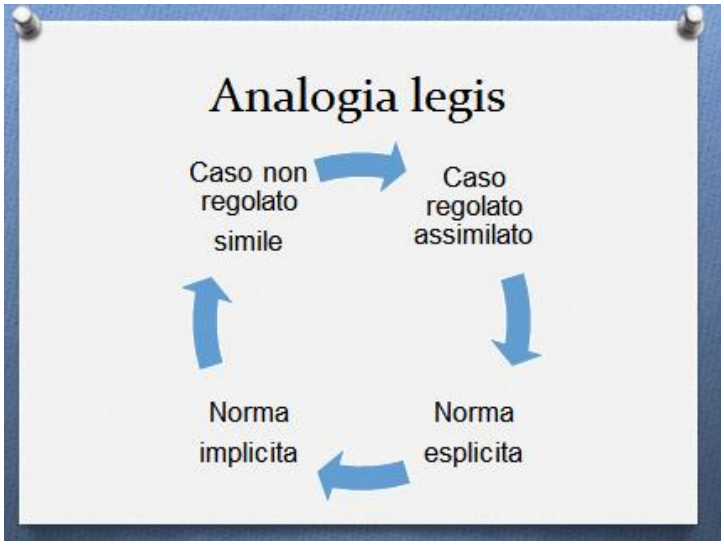


…e verificare in esito ad una ricerca sinottica (vedi sopra) se l'incoerenza, l'antinomia è stata risolta; in caso affermativo, come è stata risolta e se questo corrisponde al modo che avevamo ipotizzato noi. Su questo si veda oltre, a proposito di come soppesare i precedenti (casi analoghi già giudicati).

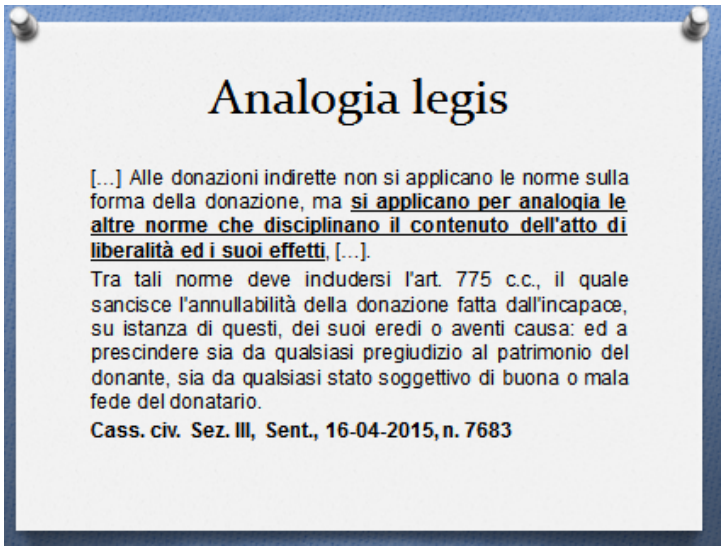
Ma la legge può essere anche lacunosa: ovvero può non aver previsto la nostra fattispecie concreta.

Se la legge è lacunosa entra in gioco il secondo comma dell'art. 12 delle preleggi: si usano i criteri *dell'analogia legis* e *dell'analogia iuris.*

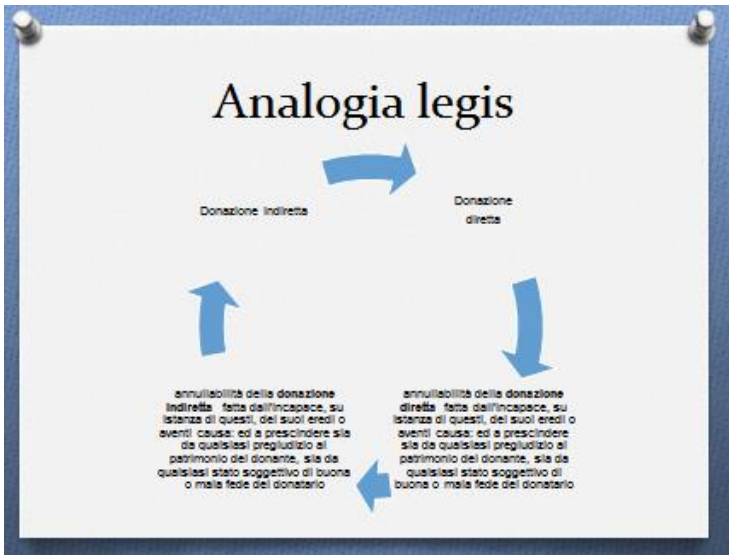
Partiamo ***dall'analogia legis*** e vediamo qual è lo schema che gli è sotteso.



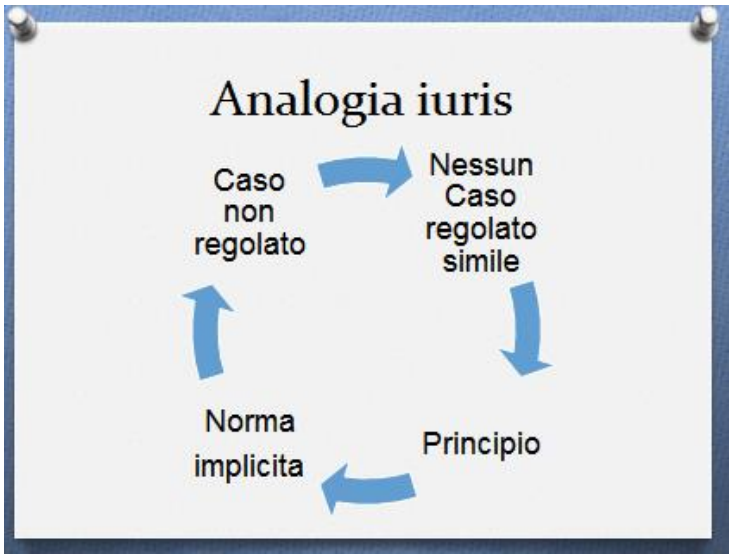
Un esempio concreto:



Riportato allo schema originario:



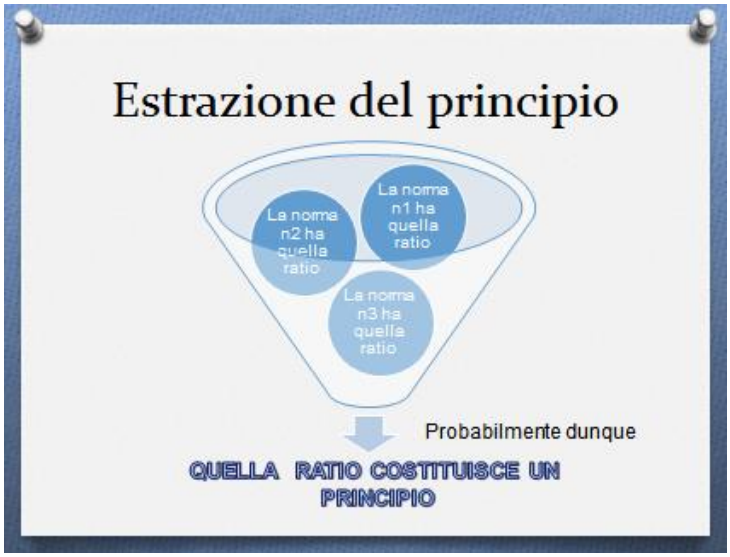
Lo schema ***dell'analogia iuris*** è molto simile a quello dell'*analogia legis*, solo che per individuare la norma da applicare al caso non previsto non usa un'altra norma, ma un principio estratto da diverse norme.



L'estrazione avviene ricorrendo alla logica induttiva, attraverso una generalizzazione probabilistica. Il che lo rende un argomento meno forte dell'argomento dell'*analogia legis*, perché di più sono i punti in cui l'argomento può essere attaccato.

Ma come si desume un principio?

Di solito per induzione, con una generalizzazione che prende le mosse dalla *ratio* di un certo numero di disposizioni particolari



Per altri l'estrazione di principi generali avviene per abduzione, per cui le singole norme sono indizi della presenza del principio nell'ordinamento.

Questo lo schema abduttivo

- Se nell'ordinamento è valido il principio P, allora ce ne saranno tracce in varie norme
- Ci sono tracce del principio P nelle norme n_1, n_2, …, n_n

---

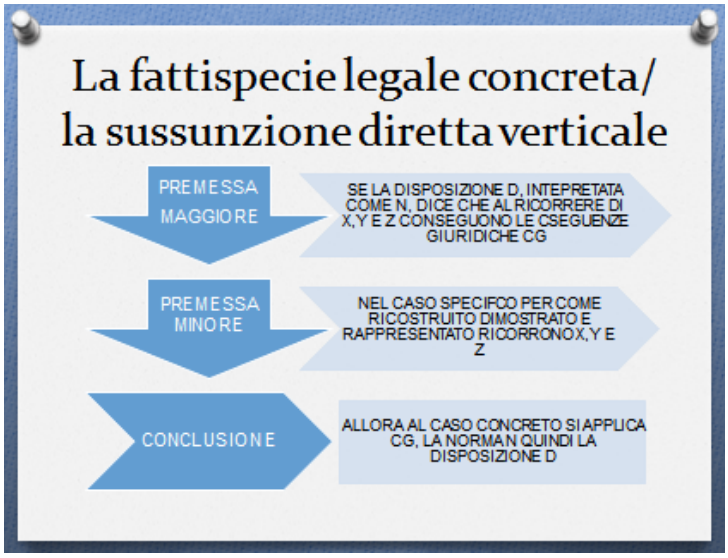
Probabilmente dunque nell'ordinamento è presente e vigente il principio P.

Sussunzione

Ricapitolando: abbiamo individuato la norma e ne abbiamo estratto un significato per individuare una fattispecie legale astratta, abbiamo ricostruito un fatto materiale per tradurlo in una fattispecie concreta.

Dobbiamo solo verificare se la fattispecie concreta rientra (può essere sussunta, cioè "messa sotto") nella fattispecie legale astratta, per arrivare ad ottenere una fattispecie legale concreta o, detto altrimenti, per passare dalla regola al giudizio.

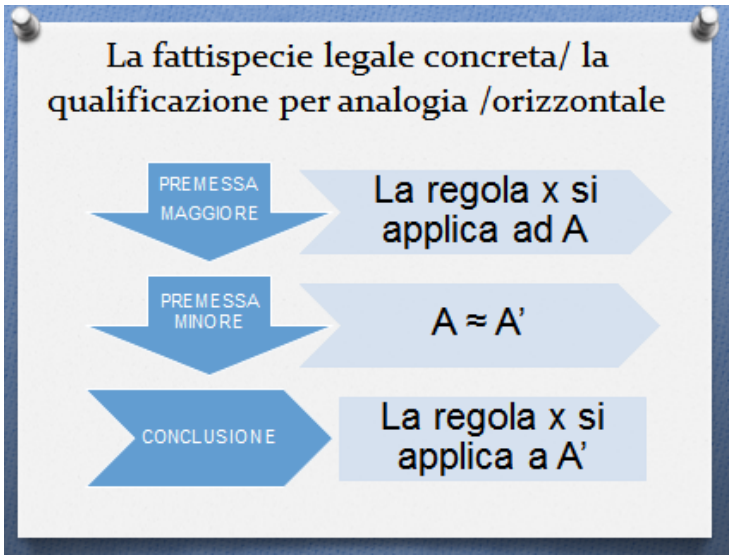
Questa operazione (sussunzione) avviene attraverso lo strumento logico della deduzione, in particolare la deduzione sillogistica, come schematizzato di seguito



Questa operazione presuppone isomorfia tra fattispecie legale astratta e fattispecie concreta, cioè che la fattispecie concreta abbia la stessa forma de, combacia perfettamente con, la fattispecie prevista dalla norma. Quando c'è isomorfia, la sussunzione si dice verticale

Se non c'è isomorfia allora devo fare un'applicazione o per analogia (estensiva / argomento della somiglianza) o per dissociazione (restrittiva / argomento della distinzione): la prima operazione porta alla sussunzione, la seconda l'esclude.

Quando si ha sussunzione per analogia, la sussunzione avviene orizzontalmente; in due fasi: la prima, sussunzione sotto la fattispecie legale astratta della fattispecie concreta che perfettamente vi rientra; la seconda, la verifica della somiglianza tra la mia fattispecie concreta e quella perfettamente rientrante nella fattispecie legale.



A seguire un esempio tratto dalla giurisprudenza di applicazione dell'analogia:

Esempio di applicazione dell'analogia

Caso A

Il giorno 14 novembre 2000 L.F., percorrendo, alla guida del proprio motociclo, la Strada Statale Aurelia, venne colpito, [...], da massi di origine franosa staccatisi da un terreno adiacente.

Il L. convenne quindi in giudizio B.C., proprietaria del fondo interessato dagli smottamenti, nonchè l'ANAS, chiedendo di essere dagli stessi risarcito dei danni subiti.

Il Tribunale (confermato dalla Cassazione 2011/ 23562) condanna al risarcimento del danno ex art. 2043 c.c. per mancanza di diligenza ex art. 1176

Esempio di applicazione dell'analogia

Caso A'

[...] R.M. percorreva in auto la strada statale "(OMISSIS)";

mentre costeggiava un fondo scosceso di proprietà dell'Istituto X, un grosso albero (ontano) alto 20 metri, che sorgeva a 7 metri di distanza dal ciglio stradale, si abbatté sul veicolo condotto da R.M., provocandogli gravissime lesioni personali.

Chiese la condanna dell'Istituto al risarcimento dei danni patiti da R.M. in conseguenza dei fatti appena descritti.

L'Istituto X si costituì negando la propria responsabilità, ed allegando che dell'accaduto doveva rispondere l'ANAS, per avere tenuto due condotte colpose:

(a) avere tagliato gli alberi circostanti quello poi caduto, causandone così un sviluppo anomalo;

(b) avere lasciato in situ l'albero, anche dopo che il suo fusto era stato indebolito da un incendio.

Il Giudice monocratico del Tribunale di Massa ritenne di ordinare la chiamata in causa dell'ANAS, cui provvide la parte attrice.

Con sentenza n. 324 del 2005 il Tribunale di Messa Carrara ritenne che il danno patito da R.M. fosse ascrivibile a responsabilità e dell'ANAS

IL caso arriva in Cassazione

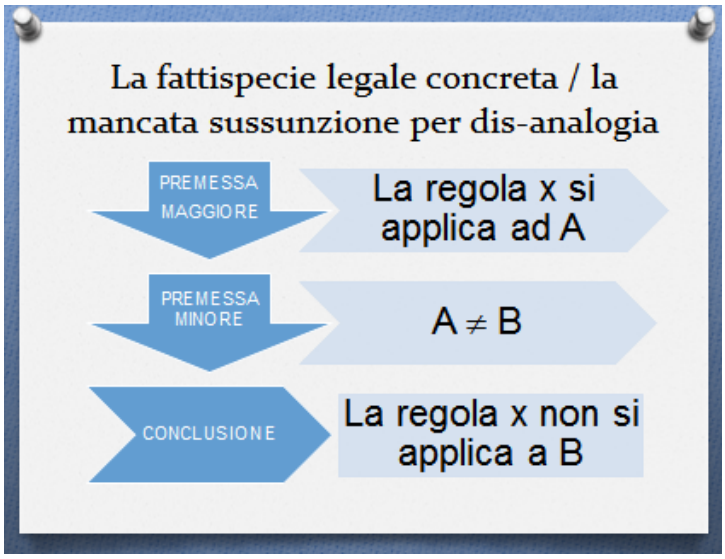
Esempio di applicazione dell'analogia

Argomento della Cassazione

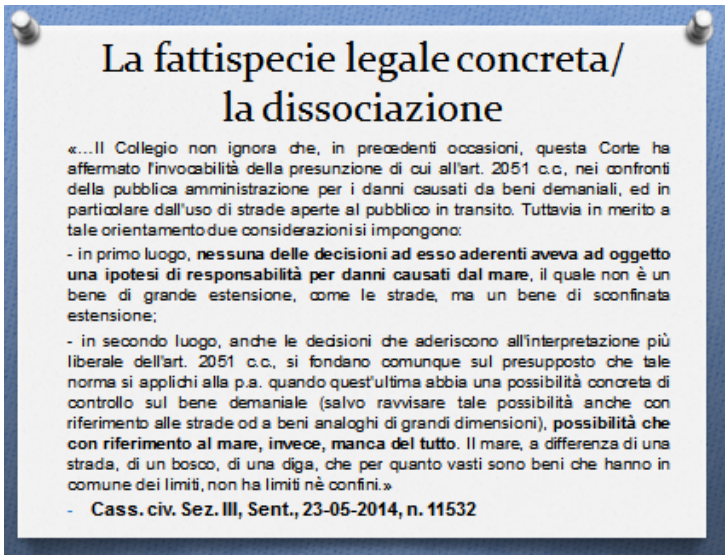
« l'eventuale inerzia del proprietario nella realizzazione degli interventi idonei a rendere sicuro il terreno adiacente la strada non elimina quella del proprietario della strada su cui l'albero era destinato a cadere, mettendo a repentaglio quella sicurezza della circolazione che, come specificato, costituisce uno dei compiti primari dell'ANAS (in questi esatti termini, con riferimento a **fattispecie analoga**, si è già pronunciata questa Corte: Sez. 3, Sentenza n. 23562 del 11/11/2011, Rv. 620514)»

Cass. civ. Sez. III, Sent., 22-10-2014, n. 22330

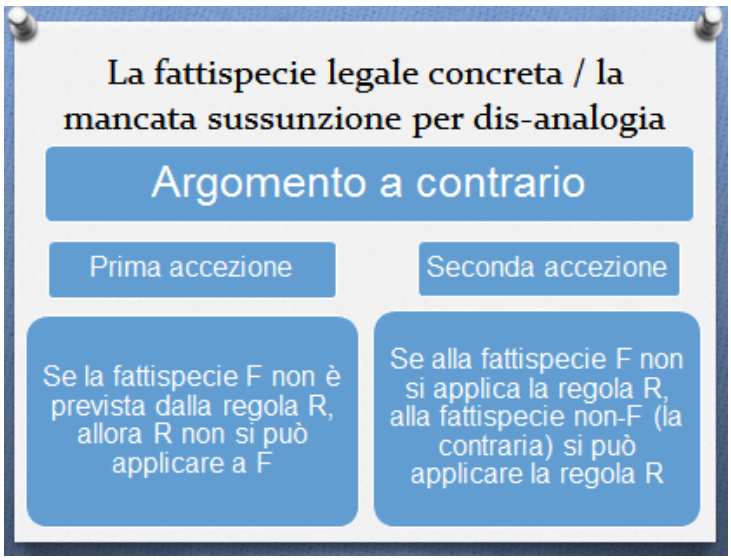
Così, invece è come opera l'argomento della dissociazione:



A seguire una applicazione concreta:



La dissociazione viene spesso indicata come argomento a contrario, ma l'argomento a contrario ha due accezioni:



a) se la fattispecie non è prevista dalla regola, allora la regola non si può applicare. Ciò che vale per legge (art. 14 preleggi) per norme eccezionali e norme penali

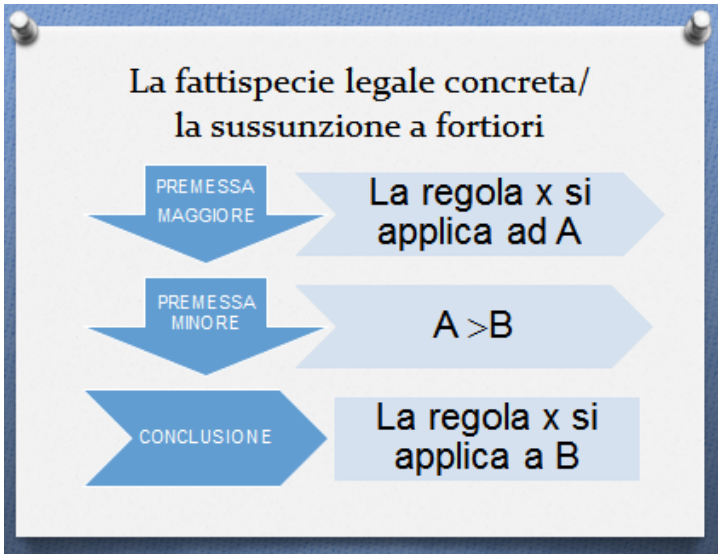
b) se alla fattispecie non si applica la regola, al contrario della fattispecie allora la regola si può applicare.

Un paio di esempi possono permettere di capire l'accezione b):

Partendo da quanto visto nella fattispecie a), l'applicazione analogica non si può fare per le norme eccezionali e penali, quindi alle ipotesi contrarie, cioè *al suo contrario* (le norme non eccezionali e le norme non penali) l'applicazione analogica è ammessa

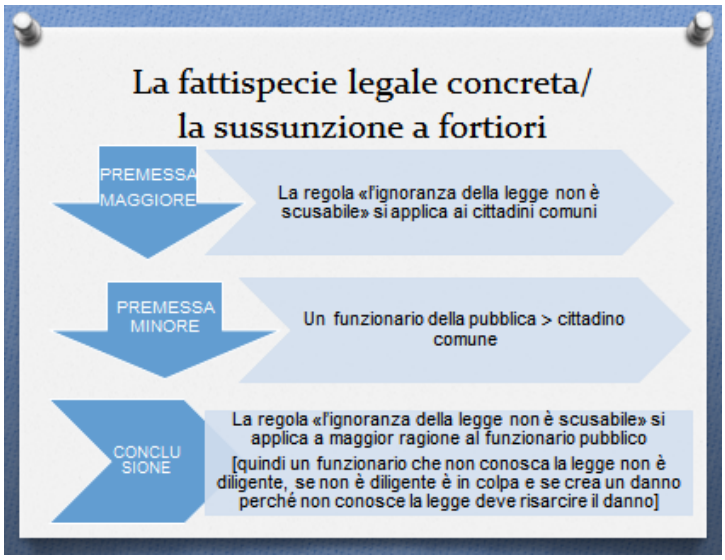
Ancora: se la Corte di Cassazione (SSUU 26973/2008) ha sancito che la violazione dei diritti costituzionali inviolabili non è risarcibile se la violazione non è grave, nell'ipotesi contraria (cioè: se la violazione è grave) ci sarà risarcibilità e più sarà grave la violazione maggiore sarà il risarcimento (in questo senso, Cass. Civ. 1126/2015).

Altra variante della sussunzione è quella a *fortiori* (a maggior ragione), che opera sempre dal punto di vista deduttivo, secondo questo schema:



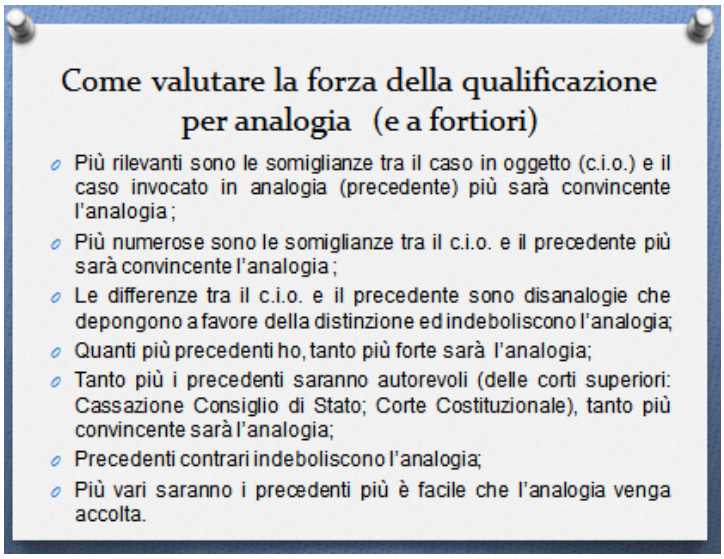
Un esempio concreto:

Che ricondotto allo schema, risulta così:



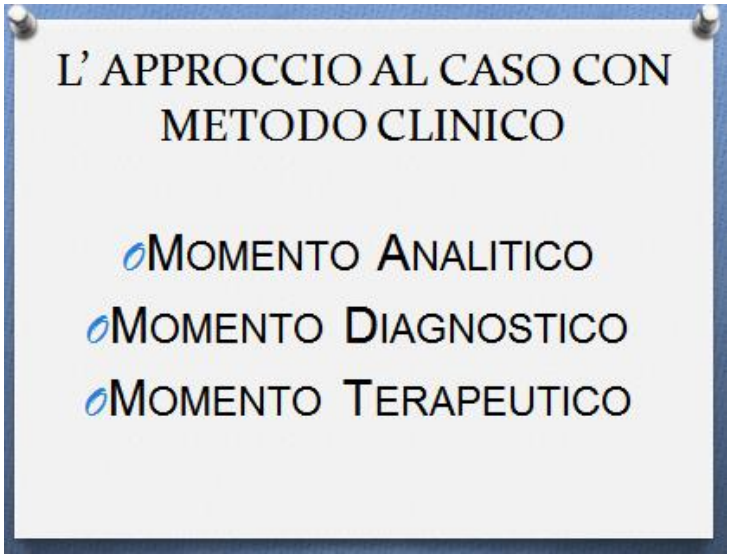
Visto l'ampio uso che si può fare e si fa dell'analogia nell'applicazione pratica del diritto, come si valuta se l'analogia è ben usata? Ancora, come si misura la forza di una analogia rispetto ad un'altra?

Di seguito, alcuni criteri:



L'approccio al caso con metodo clinico

Compiuto l'excursus che precede e stando alla metafora clinica, l'approccio ai casi in una clinica legale consta di tre momenti:



Il primo momento è quello analitico:

Alla fase analitica, segue quella diagnostica:

E, infine, un'ipotesi terapeutica:

Bibliografia

- **Legal Clinic:**

- Bartoli C. (a cura di), *Legal clinics in Europe*: *for a commitment of higher education in social justice,* Diritto e questioni pubbliche, Special Issue, May 2016 http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2016_nSE_Legal-clinics-in-Europe/index.htm.
- Belvisi F., *Società multiculturale, diritti, costituzione: una prospettiva realista*, Bologna, CLUEB, 2000.
- Bloch F.S., *Access to Justice and the Global Clinical Movement*, in "Washington University Journal of Law & Policy", vol. 28, 2008, disponibile in http://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol28/iss1/6/, pp. 111-139.
- Bloch F.S. e Menon M., *The Global Clinical Movement*, in Bloch F.S. (a cura di), *The Global Clinical Movement: Educating Lawyers For Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Casadei Th. (a cura di), *Lessico delle discriminazioni tra società, diritto e istituzioni*, Reggio Emilia, Diabasis, 2008.
- Frank J., *Why Not a Clinical Lawyer-School?*, Faculty Scholarship Series, Paper 4109, 1933, disponibile in http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4109/, pp. 907-923.
- Kerrigan K. e Murray V., *A Student Guide to Clinical Legal Education and Pro Bono*, Palgrave Macmillan, 2011.
- Marella M.R. e Rigo E., *Le cliniche legali, i beni comuni e la globalizzazione dei modelli di accesso alla giustizia e di lawyering*, in "Rivista critica del diritto privato", 2015, vol. XXXIII, fasc. 4, pp. 537-556.
- Fahy R. & van Eechoud M., *Clinical Legal Education. A Review of the Literature*, Institute for Information Law, University of Amsterdam, September 2015.
- Smorto G. (a cura di), *Clinica legale: un manuale operativo*, Palermo, Edizioni Next, 2015.
- Spiegel M., *Theory and Practice in Legal Education: An Essay on Clinical Legal Education*, in "UCLA Law Review", 34, 1987, pp. 577-610.
- The Legal Clinics Foundation, *The Legal Clinics. The Idea, Organization, Methodology*, Warsaw, 2005, disponibile in http://www.fupp.org.pl/down/legal_clinic.pdf.
- Wilson R.J., *Western Europe: Last Holdout in the Worldwide Acceptance of Clinical Legal Education*, in "German Law Journal", vol. 10, n. 7, 2009, pp. 823-846, disponibile in http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=facsch_lawrev.
- Winkler E., *Clinical Legal Education. A report on the concept of law clinics*, disponibile in http://law.handels.gu.se/digitalAssets/1500/1500268_law-clinic-rapport.pdf.

- **Ragionamento giuridico:**

- AA.VV., *Le tecniche difensive dell'avvocato,* in *Guida al diritto,* ottobre 2000, dossier mensile n. 9.
- Artosi A., *Ragionamento e persuasione nel diritto,* in Faralli C. (a cura di), *Argomenti di teoria del diritto*, Giappichelli, 2016, p. 151 e ss.
- Bellucci P., *La motivazione in fatto e in diritto e le tecniche di redazione dei provvedimenti: scrivere "in forma chiara e precisa",* CSM: settimana di studio relativa al tirocinio generico nel settore civile per gli uditori giudiziari nominati con D.M. 19.10.2004 e D.M. 5.5.2004 – Seconda e quarta edizione (Roma, 23-27-maggio e 20-24 giugno 2005 reperibile all'indirizzo internet http://astra.csm.it/incontri/relaz/11743.pdf.
- Carcaterra G., *La logica nella scienza giuridica* estratto da *Presupposti e strumenti della scienza giuridica,* Giappichelli, 2015.
- Carofiglio G., *Con parole precise,* Laterza, 2015.
- Copi I.M., Cohen C., *Introduzione alla logica,* il Mulino, 1997.
- Guastini R., *Giuridico, ragionamento*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2002.
- Hurley P.J., *A Concise Introduction to Logic*, Cengage, 2015.
- Mariani Marini A., *strategie concettuali nella redazione dell'atto difensivo,* in *Diritto & Formazione,* 2002.
- Mortara Garavelli B., *Manuale di retorica*, Bompiani, 2014.
- Roselli F., *La motivazione in fatto e in diritto e le tecniche di redazione dei provvedimenti. La sentenza ex art. 281 sexies cpc,* CSM: settimana di studio relativa al tirocinio generico nel settore civile per gli uditori giudiziari nominati con D.M. 19.10.2004 e D.M. 5.5.2004 – Seconda e quarta edizione (Roma, 23-27-maggio e 20-24 giugno 2005) reperibile all'indirizzo internet http://astra.csm.it/incontri/relaz/11742.pdf.
- Rossetti M., Cannavò G., Mancini L., Mastroroberto L., *La prova del danno biologico*; Giuffrè, 2014.
- Rudi J., *Le tecniche argomentative dell'avvocato,* Lulu, 2010.
- Tarello G., *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 1980.
- Taruffo M., *La prova dei fatti giuridici* in *Trattato di diritto civile e commerciale,* Giuffrè, 1992.
- Traversi A., *La difesa penale. Tecniche argomentative e oratorie*, Giuffrè, 2002.
- Vincenti U., *Suggerimenti per scrivere un ragionamento giuridico* in *Diritto &Formazione*, 2007, 2, pp. 283-288.
- Zanetti G., *Eguaglianza come prassi: teoria dell'argomentazione normativa*, il Mulino, 2015.

Appendice

Elenco dei partecipanti

- **Studentesse e studenti del corso di laurea magistrale in Giurisprudenza:**

- Ishane Ait Yahia (matr. 85191, V anno)
- Martina Algeri (matr. 100562, II)
- Asmae Belfakir (matr. 65732, V anno)
- Valentina Bellalba (matr. 61953, V anno)
- Marta Crusi (matr. 73201, V anno)
- Daniela Odura Obodai (matr. 83095, IV anno)
- Luca Pellacani (matr. 100562, II)
- Sara Poppi (matr. 72968, V)
- Giulia Santini (matr. 102314, II)
- Francesca Prampolini (matr. 72968, V)
- Federica Venturelli (matr. 90372, II)

- **Dottorandi -** Corso "La cultura giuridica europea dell'impresa e delle istituzioni"

- Alessandro Di Rosa (I anno dottorato)