

**Fondazione per la Formazione Forense
Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Firenze**

**Il giorno della memoria e gli Avvocati italiani
27 gennaio 2011**

Innanzitutto vorrei esprimere un profondo apprezzamento perché, nell'ambito dei programmi di formazione forense, è stata colta, per la prima volta, l'occasione del giorno della memoria : si riconosce così che la formazione dell'avvocato, direi del giurista in generale, non è e non può essere solo tecnica. Occorre una formazione *alta*, come questa, quella che indica l'orizzonte, la 'grande direzione'.

Le giornate dedicate (alla memoria, alla donna, all'infanzia e così via) rischiano di essere quasi un alibi per la dimenticanza nel resto dei giorni.

Hanno invece un senso se non ci si arresti alla memoria, ma da questa si riesca a prendere quello che ci serve oggi: *impastare* il passato con il presente, al fine di preparare il futuro. Per questo, la lettura dell'opuscolo distribuito per l'occasione dalla Fondazione Forense mi ha suggerito alcune riflessioni per il momento attuale.

In questo opuscolo sono ricordati i principali documenti e passi che hanno segnato il percorso del razzismo.

Mi colpisce in particolare un discorso di Alfredo Rocco: *“l'avvocato non è un critico della legge, ne è un interprete. ...E' naturale che gli avvocati...stiano diventando completamente fascisti, dopo un decennio di legislazione fascista”*. Sempre nell'opuscolo leggo che *“la giustificazione legale della discriminazione razziale era importante per il regime fascista quanto per quello nazista...e il sistema legale non poteva funzionare...senza gli avvocati”* (e aggiungo: senza i giudici).

Qui è toccato un punto nevralgico per la riflessione odierna: il rapporto tra il giusto, il legale e il buono.

E' un piano fondamentale: dopo il giusnaturalismo si è affermata quella che potremmo definire la *giustizia procedurale*: se il diritto è prodotto secondo certe procedure – buone – sarà un prodotto buono: *“il diritto positivo si ripiega per intero sulle procedure, che come vuoti recipienti, sono capaci di accogliere qualsiasi contenuto”*: Natalino Irti li chiama i *nomo-dotti* (poiché conducono le volontà dalla proposizione alla posizione di norme; insomma la norma ha una validità procedurale e non una verità di contenuto)¹.

Ma le leggi possono essere talvolta anche leggi criminali: gli ebrei (ma anche i rom, i sinti, gli omosessuali e altri²) sono stati sterminati in base a leggi firmate da un capo dello stato legalmente eletto. Lo stesso Kelsen, che si occupò della validità della norma riconducendola alla *Grundnorm*, la norma fondamentale, fedele fino in fondo alla sua teoria (una dottrina *pura* del diritto), quando fu allontanato dall'Università in quanto ebreo e dovette emigrare, sostenne sempre con coerenza che lo Stato nazista era uno “Stato di diritto” poiché v'era un ordinamento giuridico valido ed efficace.

Oggi è tempo di chiedersi se il senso della giustizia non vada ricercato in un nuovo rapporto tra ciò che è legale e ciò che è bene.

¹ N. IRTI, E. SEVERINO, Dialogo su diritto e tecnica, Laterza, 2001.

² Voglio ricordarli, anche se non inclusi nella memoria di oggi dalla legge n. 211 del 2000.

Guardiamo cosa accade, oggi, nel campo dei diritti. Cosa accade nel diritto del lavoro (dove si assiste allo svuotamento delle tutele incentrate sul riconoscimento di una posizione non paritaria del lavoratore), della salute, del diritto alla casa; ma soprattutto cosa accade nel campo dell'immigrazione: dove corrono le nuove discriminazioni? le nuove paure della diversità?

Molti hanno denunciato il fatto che il diritto rischia di divenire *malvagio*, oppressivo con i deboli e inefficiente - quantomeno - con i forti.

Il tema è difficile, ma è centrale per un Giorno della memoria celebrato da giuristi.

E' vero che se giusto non è *tout court* riducibile a legale, si rifugge però anche dall'ancorare il giusto a valori sostanziali che, in società complesse e pluraliste, sono diversi, e potrebbero essere resi comuni solo se imposti e dunque a scapito della libertà.

Credo, tuttavia, che dobbiamo avere il coraggio di recuperare il tema del rapporto tra diritto e giustizia, ritornare ad indagare filosoficamente il diritto³.

Avremo altre occasioni, spero, per approfondire questi temi.

Possiamo però aprire una finestra su possibili strade da percorrere. Paul Ricoeur, filosofo che ha avuto particolarmente a cuore il confronto con il contesto giudiziario,⁴ diceva che l'elemento di connessione tra la giustizia come mero ideale e la giustizia legata al diritto positivo sono *i principi generali del diritto*. Essi costituiscono l'espressione della sensibilità morale dell'umanità in un dato momento storico, giacché presentano una certa visione dei rapporti di coesistenza tra gli uomini. In questo senso la giustizia è un concetto che non appartiene né alla morale né al diritto positivo, ma ai "principi generali del diritto", che si trovano nelle dichiarazioni universali dei diritti o nei preamboli delle Costituzioni.

Oggi questa prospettiva è resa straordinariamente attuale dal Trattato di Lisbona⁵ che ha pienamente equiparato il valore giuridico della Carta di Nizza, la carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, a quello dei Trattati e ha previsto l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU, confermando che i diritti fondamentali della CEDU "*fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*".

Il Trattato di Lisbona enfatizza il ruolo della Corte di Strasburgo, ma valorizza anche quello delle Corti *ordinarie* europee, aprendo prospettive nuove di interpretazione

³ Da un'intervista di Giuseppe Cantarano a PIETRO BARCELLONA nel sito www.swif.uniba.it:

<<...La crisi dello Stato-nazione oggi mette i giuristi con le spalle al muro. Essi cioè non possono più operare ignorando, o facendo finta di ignorare, che l'efficacia della decisione normativa rischia di smarrirsi in un universo giuridico abitato da mille lingue diverse e contrastanti. Ecco perché la questione del "diritto" oggi deve essere interrogata filosoficamente. E' necessario insomma ripensare filosoficamente il "fondamento possibile" del diritto alla luce di un ordinamento giuridico che tende ad ampliarsi globalmente.....mai come oggi, l'esperienza e la cultura giuridica si sono allontanate da qualsiasi riferimento alla riflessione filosofica, fatta eccezione per quella di tipo analitico. ... Ormai sembra che ogni sapere si sia arroccato nel proprio sterile specialismo accademico: i filosofi scrivono per se stessi, la giurisprudenza si occupa dei 'propri' casi e così via">>.

⁴ P. RICOEUR, *Il Giusto*, 1° vol. Effatà, 2005; *Il Giusto*, 2° vol. Effatà, 2007; *Le Juste entre le légal et le bon*, in *Esprit*, sept. 1991.

⁵ Entrato in vigore il 1°12.2009.

conformativa o di non applicazione della normativa interna statale che violi un diritto fondamentale di matrice europea⁶.

Il sovrapporsi dei piani di legalità costituzionale, sovranazionale e internazionale a quello della legge ordinaria ripropone in modo prepotente la percezione del ruolo *creativo* dell'interpretazione perché riguarda piani intessuti di valori: d'altronde nella società postmoderna, sempre più il diritto è individuato nel rapporto dinamico tra produzione della norma, astratta e generale, e l'intermediazione, anche di valore, del giurista in sede di applicazione nel caso concreto.

Quanta distanza dalle affermazioni di Alfredo Rocco: l'Avvocato oggi *è e deve essere*, contrariamente a quanto quest'ultimo affermava, un critico della legge, alla luce dei principi costituzionali e sovranazionali, se vuole partecipare all'opera di costruzione dello spazio europeo come spazio fondato sui valori del rispetto della dignità umana e dei diritti umani (compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze, come si legge negli artt. 2 e 3 del Trattato). Quei diritti e quella dignità che furono annientati nei giorni di cui oggi facciamo 'memoria'.

E l'Avvocato è un costruttore dal ruolo fondamentale perché le Corti non si attivano *ex officio*: è dunque colui che dà inizio alla faticosa e laboriosa opera *intergiurisprudenziale* a cui è affidata la fondazione dell'Europa dei diritti.

Credo che questi pensieri riguardino il giorno della Memoria perché, come giuristi, siamo particolarmente toccati dal ricordo dell'obbedienza alla legge razziale, alla legge 'infame'.

Si è detto che quell'obbedienza nasceva dal non pensare, era resa possibile dal concepire il dovere come qualcosa indipendente dalla coscienza, dalla giustizia, dalla bontà.

L'Avvocatura nel suo complesso, quale soggetto *politico*, che si occupa della *polis*, lungi dall'assimilare facilmente il "*sistema di dottrine consacrato dalla legge*" - sono ancora parole di Alfredo Rocco - ben potrebbe e dovrebbe svolgere un'opera costante di riflessione critica, di obiezione in coscienza contro leggi che appaiono inique, odiose (se non incostituzionali, *anti-costituzionali*, per usare un'espressione di Gustavo Zagrebelsky) e promuoverne il mutamento.

Come giuristi dell'epoca contemporanea non possiamo non porci il problema dell'antidoto al diritto che rischia di essere malvagio, se tutela i forti o i fortunati, e non i soggetti che 'di fatto' sono privi di diritti perché non sanno di averne o perché, per i motivi più vari, non hanno i mezzi per farli valere.

La giustizia, diceva Ricoeur, consiste proprio nel rompere la regola secondo cui si debbano soddisfare soltanto i bisogni di chi può pagare, e ciò implica il passaggio dall'idea di un'economia mercantile all'idea di un'economia dei bisogni. Ci sono bisogni umani fondamentali da soddisfare, *anzi occorre riconoscere che fin dalla nascita si hanno diritti, giacché nessuno sceglie di venire al mondo.*

Questa riflessione tra il giusto, il legale e il buono ci induce a riconoscere che oggi, forse, a differenza di quanto abbiamo letto nell'opuscolo, *la discriminazione non ha bisogno di giustificazione legale.*

Vi sono diritti che arrivano nelle aule giudiziarie (fino alla vacanza rovinata) e diritti che non arrivano nemmeno. Se un campo Rom viene sgomberato, si effettua una

⁶ Sul movimento innescato dal Trattato di Lisbona e il dialogo tra le Corti si veda il ricco materiale raccolto nel sito www.europeanrigts.eu.

'bonifica', si rimane nella legalità. Ma se le piccole cose dei Rom, le cartelle dei bambini che frequentano la scuola elementare, vengono impastate dalle ruspe nel fango fuori dalla fabbrica abusivamente occupata, cosa avviene?

Qui siamo fuori dal campo dell'illegalità e anche da quello dello sfruttamento o dell'oppressione e siamo invece nel campo dell'esclusione: i diritti degli esclusi non sono esigibili.

Concludo queste riflessioni che ho voluto condividere con voi e ricordo una vittima della Shoa, Etty Hillesum, che ha lasciato uno straordinario Diario⁷ con il quale ha cercato di trasmettere ai tempi futuri quel pezzetto di umanità che ha caparbiamente difeso, in tempi e luoghi disumani.

La memoria di questa e altre testimonianze si trasmette a noi e vive se *oggi* sapremo contrastare ogni forma, anche larvata, di razzismo, che serpeggia nel nostro Paese.

Credo che l'Avvocato, proprio per la sua cultura giuridica e la vicinanza alle persone (è *ad vocatus*: colui che è chiamato presso di sé, in soccorso), potrebbe e dovrebbe avere un ruolo particolare in questa difesa del giusto e dell'umano: quale catalizzatore delle istanze di giustizia, capace di ridare voce a chi non ce l'ha, permettere la prima parola del diritto, quella che consente poi di dire l'ultima.

Luciana Breggia

⁷ Diario di Etty Hillesum, 1941-1943, *Adelphi*, 1985.