

IL PENSIERO ITALIANO

COLLANA DI STUDI E TESTI FILOSOFICI

2

Direttori

Rosella FARAONE

Università degli Studi di Messina

Francesca RIZZO

Università degli Studi di Messina

Comitato scientifico

Andrea BELLANTONE

Institut Catholique de Toulouse

Maurizio CAMBI

Università degli Studi di Salerno

Emanuele CUTINELLI RÈNDINA

Université de Strasbourg

Giuseppe GEMBILO

Università degli Studi di Messina

Giuseppe GIORDANO

Università degli Studi di Messina

Stefan JORDAN

Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften

Matthias KAUFMANN

Martin Luther Universität Halle–Wittenberg

Fabrizio LOMONACO

Università degli Studi di Napoli Federico II

Giancarlo MAGNANO SAN LIO

Università degli Studi di Catania

Maurizio MARTIRANO

Università degli Studi della Basilicata

Edoardo MASSIMILLA

Università degli Studi di Napoli Federico II

IL PENSIERO ITALIANO

COLLANA DI STUDI E TESTI FILOSOFICI

Natura di cose altro non è che nascita di esse in certi tempi e con certe guise, le quali sempre che sono tali, indi tali e non altre nascono le cose.

Vico

Quando le idee si sovrappongono alla vita, la vita le rifiuta.

DE SANCTIS

La collana presenta studi volti a esaminare il profilo internazionale della tradizione filosofica italiana e le sue peculiarità, quali l'orientazione umanistica e civile, la caratterizzazione in relazione alla storiografia filosofica, il rapporto dei nostri maggiori filosofi con la politica nel secolo scorso. Si prefigge altresì di ricondurre all'attenzione degli studiosi testi che, senza essere classici nel senso alto della parola, abbiano però segnato degli snodi nella progressione del dibattito filosofico del nostro paese, sia sul piano dell'interesse speculativo sia su quello dell'interesse etico-politico. Infine, ma non ultimo, si rivolge a chi voglia approfondire i concetti di tradizione e di identità nazionale, nella loro declinazione filosofica, non per coltivare esclusivismi e contrapposizioni, ma per valorizzare gli aspetti che possono rappresentare un contributo originale e significativo anche nel contesto internazionale.

I volumi pubblicati in questa collana sono sottoposti a una procedura di *double blind peer review*.

ROCCO CANTELMO

**LE CLINICHE
DEL DIRITTO**
APPROCCIO AL DIRITTO PRATICO
IN UN SISTEMA DI CIVIL LAW





ISBN
979-12-218-1177-3

PRIMA EDIZIONE
ROMA 17 GIUGNO 2024

INDICE

- 9 *Introduzione*
- 21 Capitolo I
Pensiero e azione: basi di una nuova filosofia
1.1. La genesi, 21 – 1.2. Il Metaphysical Club, 23 – 1.2.1. *La massima pragmatica*, 24 – 1.3. Oliver Wendell Holmes e la rivalutazione dell'azione, 27 – 1.4. I padri nobili del pragmatismo, 29 – 1.4.1. *La validità di un'idea nel pensiero di Pierce*, 29 – 1.4.2. *Un nuovo approccio al pragmatismo: l'empirismo radicale di James*, 36 – 1.4.3. *Conoscenza ed esperienza alla base di un nuovo progetto filosofico*, 43 – 1.5. Il diritto «pragmatico» di Pound agli inizi del Novecento, 49.
- 57 Capitolo II
Reazione alla crisi dei valori del giusnaturalismo e del positivismo
2.1. Legal realism, 57 – 2.2. La «scientificità» della giurisprudenza, 58 – 2.3. La “litigation society” o “società delle controversie”, 61 – 2.4. I quattro pilastri del realismo giuridico, 62 – 2.4.1. *Il traghettatore Holmes tra vecchio e nuovo*, 63 – 2.4.2. *Il giudice come creatore di diritto: la nuova visione di Frank*, 69 – 2.4.3. *Llewellyn ed il continuo fiorire del diritto*, 71 – 2.4.4. *L'accademia del realismo nel pensiero di Cardozo*, 74.
- 81 Capitolo III
Altre applicazioni pratiche del diritto
3.1. Genesi dell'analisi economica del diritto, 81 – 3.2. La ricerca di Jürgen Backhaus, 84 – 3.3. Il “teorema di Coase”, 85 – 3.4. La scuola

di Chicago, la scuola di Yale, 90 – 3.5. Le riviste specializzate, 93 – 3.6. Il connubio tra diritto ed economia, 94 – 3.7. Gli spunti preminenti dell'analisi economica del diritto, 96 – 3.8. Efficienza e metodo razionale: luci ed ombre di Richard Posner, 99 – 3.9. L'incorporazione della public choice, 103 – 3.10. Gli aspetti etico-sociali nell'analisi economica del diritto: il prezioso contributo di Guido Calabresi, 105.

111 *Capitolo iv*

Le cliniche legali tra common law e civil law

4.1. Il fenomeno delle cliniche legali e la ricerca della giustizia, 111 – 4.2. Cenni storici, 114 – 4.3. Le Cliniche legali nei sistemi di common law nella loro normale organizzazione, 119 – 4.4. Le cliniche del diritto nei sistemi di civil law: il caso tedesco, 122 – 4.5. Il percorso delle cliniche legali in Italia, 125 – 4.5.1. *Il contributo di Carnelutti allo sviluppo delle cliniche legali in Italia*, 128.

137 *Capitolo v*

L'esperienza italiana delle cliniche legali tra costituzione e ruolo dell'avvocato

5.1. 1948: il riconoscimento dei diritti attraverso la Costituzione. Le cliniche legali come ausilio dello stato sociale, 137 – 5.2. L'accesso alla giustizia, 139 – 5.3. Il ruolo dell'avvocato nelle cliniche legali trait d'union tra la dottrina ed i casi reali, 145 – 5.4. Giustizia sostanziale: la Costituzione come garante di uguaglianza e solidarietà, 151 – 5.5. I beni comuni, 158.

165 *Capitolo vi*

Cliniche legali e università

6.1. Il modello di clinica legale, 165 – 6.2. Il modello della clinica legale applicato nelle Università italiane, 184.

197 *Conclusionione*

201 *Bibliografia*

INTRODUZIONE

Questo lavoro si occupa di tracciare le linee guida di un istituto relativamente nuovo, nato nell'alveo del realismo giuridico: le cliniche legali.

Si procederà quindi, in primo luogo, all'analisi, sebbene sommaria, di quelle che furono le correnti di pensiero filosofico del realismo giuridico, e di come queste abbiano modellato le cliniche legali; inoltre, si evidenzierà un ulteriore collegamento con una corrente filosofica derivante direttamente dal realismo giuridico ossia l'analisi economica del diritto, il cui apporto, seppur piccolo rispetto al ben più consistente contributo della dottrina innanzi detta, è di sicura rilevanza per inquadrare lo sviluppo dell'istituto stesso.

Spesso, in studi del genere, ci si interroga su come comprendere i meccanismi del diritto, su come esso possa creare e connettere, su come riesca a trovare contesti e nuove prospettive cercando di strappare il velo di astrattismo che

lo divide dalla realtà, per poter concretizzare le richieste di tutela dei diritti come il loro riconoscimento da parte dei consociati, creando, là dove se ne riscontri la necessità, nuovi istituti: è il caso delle cliniche legali, nate per poter venire incontro ad esigenze diverse che sono diventate sempre più pressanti in un momento storico intriso di forti cambiamenti sociali.

Come si avrà modo di comprendere nelle parti successive del testo, a porre le basi del nuovo istituto a livello concreto saranno le Università attraverso la loro attività di insegnamento, mentre le basi di principio sono facilmente riscontrabili nelle posizioni del realismo giuridico.

Il realismo giuridico fonda la sua dottrina sull'idea che il diritto è valido in quanto effettivo ed efficace. Una norma giuridica, sia essa scritta o consuetudinaria, esiste non solo se posta in conformità con le regole e principi dell'ordinamento, ma anche e soprattutto se trova concreta applicazione. Di qui l'idea, propria del realismo giuridico americano, dunque una linea di pensiero basata su di un tipo di ordinamento detto di *common law*, che il diritto vero non sia quello prodotto dallo Stato, ma quello che trova applicazione nei tribunali. Il compito affidato al giurista è quindi, soprattutto, quello di comprendere e razionalizzare il modo in cui il diritto trova concreta applicazione nella soluzione dei casi, compiendo un'attività descrittiva del funzionamento delle Corti, il cosiddetto diritto vivente o *law in action*. Come si vedrà nel corso della trattazione, la maggior parte dei giusrealisti ritiene che le leggi e tutte le norme giuridiche generali ed astratte abbiano scarsa rilevanza sui comportamenti giudiziari, i quali sarebbero direttamente influenzati dalle tendenze giurisprudenziali, anche se non mancano coloro i quali considerano innegabile l'influenza della norma sul diritto vero e proprio. Tuttavia, è da

notare che tutte le correnti giusrealiste hanno in comune un estremo scetticismo verso l'interpretazione giuridica; esse lamentano l'indeterminatezza e vaghezza delle norme generali nei confronti dei casi concreti e rimarcano la natura creativa dell'attività applicativa di tali norme ai suddetti casi. Ciò lo si evidenzierà meglio e in modo più approfondito successivamente, nel descrivere il realismo giuridico americano e i suoi maggiori esponenti come J.F. Karl, O.W. Holmes, R. Pound ed altri pensatori di indubbia fama.

Dunque, l'apporto del realismo giuridico alla nascita delle cliniche legali, in particolare in America, fu determinante soprattutto per quel carattere di concretezza che ricercava lo studio del caso reale perché paragonava lo studio del diritto alle scienze pratiche promuovendo una tipologia di approccio scientifico e fattuale. Inoltre, queste rivendicavano una vocazione "ontologica" alla giustizia sociale, intesa come facilitazione dell'accesso alla giustizia da parte di soggetti considerati svantaggiati.

Al pari delle scienze mediche o matematiche, dove un medesimo fatto porta sempre ad una diagnosi o ad un risultato riconosciuto, anche il diritto può essere visto ed insegnato come una scienza pratica.

Tale esigenza, che si è andata rafforzando nel tempo, ha portato alla creazione di un sistema di studio all'interno delle facoltà di giurisprudenza, nelle Università americane, di tipo clinico, ovvero rassomigliante alla tipologia di studio fatto presso le facoltà di medicina, con gli studenti che, con la presenza di un insegnante tutor, si aggirano tra i letti degli infermi per interrogarli sui sintomi, formulare una diagnosi ed infine arrivare ad una cura.

Dunque, posto l'alto contributo apportato dalla corrente filosofica del realismo giuridico, viene da chiedersi quale

sia il contributo dato dall'analisi economica del diritto.

L'analisi economica del diritto, o *Economic Analysis of Law* (EAL, come viene indicata negli Stati Uniti), nasce sostanzialmente in America a cavallo degli anni Cinquanta e Sessanta, un periodo in cui giuristi ed economisti compiono insieme molti sforzi per esaminare in modo completo la società e i suoi bisogni. Ciò che l'analisi economica del diritto, in particolare quella americana, si ripropone, è di analizzare tutto ciò che appartiene al diritto nel senso più ampio del termine con l'impiego di prospettive e tecniche economiche, soprattutto quelle della microeconomia, per compiere operazioni tipiche come l'individuazione della soluzione corretta dei casi, l'esposizione della disciplina positiva di materie o l'elaborazione di concetti utilizzabili nell'applicare le leggi.

L'analisi economica del diritto è il risultato dell'economia applicata al diritto e non viceversa. Il più grande contributo che all'*Economic Analysis of Law* hanno fornito le discipline economiche consiste nel tentativo di trasformare il concetto stesso di diritto, da intendersi non più come un insieme di precetti che nascono su basi politiche, bensì come un insieme di incentivi rivolti ai consociati; la presenza di tali incentivi origina una serie di "prezzi" impliciti per i comportamenti degli individui, i quali possono valutare se intraprendere o meno una determinata condotta in base al costo che questa comporta. Di fatto il costo è da intendersi come la sanzione che verrà loro comminata in caso di mancato rispetto della norma: solo dopo che gli individui avranno valutato il prezzo della disubbidienza, soppesando da un lato i possibili vantaggi derivanti dall'azione illegale, dall'altro gli svantaggi derivanti dalla sanzione, decideranno se adeguarsi o violare il precetto. Ovviamente, il concetto si è evoluto

nel tempo, portando a ricomprendere in queste valutazioni anche l'opportunità di intraprendere una lite; la sua utilità è indagata sia su base giuridica, che sociale, ma anche economica. Se dunque, oggi noi ci poniamo degli interrogativi sul percorrere o meno una strada, utilizzare o meno una determinata posizione, lo dobbiamo a questa corrente di pensiero. La connessione esistente tra sistema giuridico e sistema politico, fa sì che l'analisi economica del diritto condivida alcuni campi d'indagine con l'economia politica e le scienze politiche, arricchendo il ragionamento giuridico non solo di una notevole capacità allocativa ma anche della ricerca di una giustificazione razionale delle regole di diritto; in tal modo si aiuta il giurista a capire le possibili conseguenze sociali (e non solo gli effetti giuridici) di un singolo atto o di una regola, ancor prima di emanarla o adottarla. Questo rappresenta uno dei grandi contributi che l'analisi economica del diritto ha apportato alle cliniche legali, cioè creare una felice collaborazione da saperi diversi per ottenere il miglior risultato possibile, non solo in termini economici, ma anche sociali. Se infatti analizziamo la finalità del metodo, l'economia del benessere si è oggettivamente prestata a fornire adeguato sostegno teorico-economico agli studiosi di *Law and Economics*.

Sotto molti aspetti, l'impatto dell'analisi economica del diritto ha superato le sue iniziali aspirazioni. Uno degli effetti dell'incorporazione dell'economia nello studio del diritto è stato quello di trasformare sensibilmente la metodologia giuridica tradizionale, tanto che si è iniziato a studiare le norme di legge come un sistema attivo. L'analisi economica del diritto, tuttavia, non costituisce in alcun modo un movimento di pensiero unitario e, sebbene non sia proprio esatto individuare dei sottogruppi, si può dire in ogni

caso che, almeno geograficamente, si siano sviluppati due differenti centri di pensiero: uno è la scuola normativistica di New Haven, che si rifà all'insegnamento di Calabresi, l'altro è la cosiddetta scuola di Chicago, che si riconosce in quello di Posner. A distinguere tali scuole di pensiero non sono le differenze metodologiche, tant'è vero che, nelle occasioni in cui l'analisi economica del diritto è stata oggetto di forti accuse, l'intero movimento si è difeso in modo compatto, trasmettendo così all'esterno l'apparenza, che come sempre inganna, di un blocco unitario. Ad allontanare i punti di vista delle due scuole sono piuttosto, come vedremo in dettaglio nella trattazione, le implicazioni e le conseguenze della riduzione del diritto a fenomeno naturale economicamente quantificabile, e cioè a fattore che determina le caratteristiche sociali ed economiche di un territorio né più né meno del clima o della posizione geografica. Se, infatti, nella scuola normativa di New Haven è espresso il pensiero che il diritto implichi risvolti etici, nella scuola di Chicago l'attenzione è focalizzata tutta sull'efficienza allocativa.

L'analisi economica del diritto può essere ricollegata a illustri antecedenti di pensiero. Essa, difatti, trae notevoli spunti dalla dottrina dell'utilitarismo, dal pragmatismo americano e dal realismo giuridico americano, così come gli stessi esponenti dell'analisi economica del diritto sottolineano. Dall'utilitarismo gli esponenti dell'analisi economica del diritto accolgono la teoria della felicità collettiva. Essi, infatti, assumono come ideale quello della realizzazione di una società in cui ciascuno raggiunga un livello di benessere ottimale oltre il quale può esservi solo un peggioramento della situazione per qualcuno (allocazione *pareto ottimale*). Il pragmatismo fornisce soprattutto il metodo

della ricerca, in quanto propone una nuova funzione del pensiero che, lungi dal limitarsi a rispecchiare la realtà, ha il ruolo più importante di modificarla e di produrla. La filosofia del pragmatismo arricchisce la ricerca con il suo intento eminentemente pratico di orientare l'attività dell'uomo nella soluzione dei problemi che l'ambiente naturale e la società di volta in volta gli pongono. Dal realismo, infine, viene l'invito ad una maggiore concretezza in ambito giuridico, ovvero lo sprone a tenere in maggior considerazione le pratiche e non i precetti, per cui lo scopo precipuo della scienza giuridica diventa quello di individuare la relazione tra i precetti (le formulazioni normative) e le pratiche (i comportamenti sociali): relazione che non si può determinare una volta per sempre in astratto, ma solo nelle concrete determinazioni spazio-temporali. Queste componenti teoriche, unite alla pratica giuridica, all'attenta analisi della realtà sociale del tempo ed all'utilizzo di strumenti propri dell'analisi economica, hanno dato vita ad una pratica innovativa ed originale che oggi è ancora poco conosciuta e merita invece maggior diffusione e conoscenza: le cliniche legali.

Quanto alla ricostruzione storica, lo sviluppo delle cliniche legali può essere suddiviso in due periodi ben distinti. Il primo va dal 1893 al 1907, mentre il secondo dal 1908 al 1916 ed è il dispensario della law school della Pennsylvania University ad aver istituito il primo programma clinico volto a fornire servizi legali attraverso la partecipazione studentesca. L'obiettivo era quello di dotare le law schools di strutture tipo cliniche o ambulatori, vale a dire di dispensary, che, sulla scia di quanto avvenisse nelle facoltà di medicina, dispensassero le prime cure in termini di legal aid ai clienti, cioè insegnassero agli studenti l'arte

di istruire e decidere un caso giudiziario. L'interazione tra docenti, discenti e realtà sociale costituisce il presupposto dell'esperienza formativa clinica.

Non è, tuttavia, tanto la tutela dei bisognosi ad essere l'obiettivo di queste forme di legal education, quanto l'accrescimento professionale, atteso che "esattamente come nella clinica medica, l'interesse dello studente di diritto nel caso è squisitamente di natura professionale".

Interessante è soffermarsi, anche se brevemente, su questo parallelismo tra il medico e l'uomo di diritto.

Partendo da un'analisi lessicale, si nota subito la volontà di creare una similitudine tra l'attività scientifica, in particolare quella del medico, e quella giuridica di fatto il termine latino *lex* viene accostato a quello greco κλινη⁽¹⁾ (*cline*), che è utilizzato in medicina e significa letteralmente letto. In pratica l'unione di questi due termini in un'unica locuzione ci riporta all'immagine di un certo tipo di medico che per curare il paziente va presso il suo letto per esaminarlo ed ascoltarlo, così anche il giurista che vuole comprendere il caso che si appresta a studiare non può solo leggere le carte ma deve scendere dalla cattedra ed ascoltare il proprio cliente, comprenderne le ragioni, indagare la situazione socio familiare, fare di quelle sue esperienze studio.

Il concetto di esperienza che diventa studio e meglio ancora precedente per poter dirimere una questione di diritto

(1) "Clinico, clinicus, clinique (Med.) da *cline*, letto. Si chiama medico clinico quello che visita gli ammalati che sono obbligati a stare a letto. Da là è venuta la medicina clinica, che è il metodo di vedere e di trattare gli ammalati a letto per esaminare più esattamente tutti i sintomi della malattia", così in Dizionario etimologico di tutti i vocaboli usati nella medicina, chirurgia, veterinaria, farmacia, chimica, storia naturale, fisica e astronomia che traggono origine dal greco, compilato da B. AQUILINO, con l'assistenza del professore di lingua greca, A. MARCHI, Nuova Edizione, Torino I, Stamperia della società Filomatica, Napoli 1822.

reale è propria del sistema giuridico noto come *common law*.

Tale sistema, sviluppatosi nei paesi di lingua anglofona, ha delle differenze concrete rispetto al nostro sistema giuridico, detto di *civil law*, differenze che vanno oltre il linguaggio del diritto ed il suo insegnamento. Infatti, se il linguaggio è il principale strumento di conoscenza e di trasmissione del diritto per entrambi i sistemi, nel nostro prevale un certo formalismo giuridico che ne influenza profondamente le metodologie di apprendimento e di comprensione. La supremazia del testo, l'idea che la legge sia ciò che è scritto, il che impedisce al giudice di applicarla arbitrariamente in quanto essa è voluta e creata dal legislatore, porta al concetto che il diritto è un insieme razionale di regole e concetti trasposti in trattati e manuali che vanno insegnati attraverso l'oratoria.

Dal momento che la legge non è creata ma appresa dagli interpreti, il ruolo dei giuristi è visto fondamentalmente come un ruolo di concettualizzazione del significato di principi e regole, che si compie esplicitando la razionalità propria del sistema giuridico.

Altra caratteristica dei sistemi di *civil law* è l'idea che il ragionamento giuridico discenda da astrazioni e le decisioni giudiziarie siano sillogismi, ragionamenti deduttivi che, partendo da una premessa astratta e generale, arrivano ad una conclusione concreta che è logicamente sottintesa nella premessa.

Diversamente nei sistemi di *common law*, dove ci si basa sui precedenti, viene favorita l'idea che la conoscenza del diritto parta dal fatto, in quanto la legge viene creata dai giudici nel momento in cui la questione sottoposta in giudizio viene decisa. La base del ragionamento nella

common law e di natura induttiva: progredisce dai singoli casi verso un principio generale.

Di conseguenza allo studente, come anche al giudice, viene richiesto un tipo di ragionamento analitico e analogico insieme: partendo dal problema reale, viene condotta una selezione dei precedenti così da individuare quelli che posso essere distinti o quelli che possono, al contrario, essere analogicamente estesi alla questione in oggetto.

Queste differenze spiegano perché è proprio nei sistemi di *common law* che si sono sviluppati prima strumenti come le cliniche legali, incentrati non solo sulla conoscenza teorica del diritto e sugli strumenti dell'interpretazione, ma anche su altre abilità di ragionamento teleologico e operazioni mentali induttive e pragmatiche.

Espressione autentica di quella *law in action*⁽²⁾ derivante dal realismo giuridico nordamericano e dalla prospettiva propria dell'analisi economica del diritto di risolvere i problemi giuridici attraverso il confronto tramite l'utilizzo di vari strumenti e fonti, le cliniche legali nascono sulla spinta di giudici come Frank e Holmes.

In particolare, quest'ultimo riteneva che

the life of the law has not been logic; it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or

(2) "Law in Action reminds us that no matter how interesting or elegant the theory or idea, we always need to ask, why should this matter to people in the real world?" così si legge nella pagina web dell'University of Wisconsin Law School dove per altro si dichiara ancora che "law in action approach to teaching in which students learn not only legal rules, but also why those rules evolved to address social concerns, and how those rules operate in the real world", in <http://law.wisc.edu/law-in-action/index.html>. Per un approfondimento dottrinale si parta da POUND R., *Justice According to Law, in The Mid-West Quarterly*, 1:3, April 1914, pp. 223-235.

unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have a good deal more to do than syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it, we must know what it has been, and what it has become.⁽³⁾

Possiamo affermare che le cliniche portano avanti una certa visione del rapporto fra diritto e realtà fra norma ed interpretazione, più precisamente postulano un approccio di tipo realista che comprende sia la *law in book* senza minimizzarla sia la *law in action* come facenti parte di un insieme dove l'una non esclude l'altra.

Nei capitoli successivi, si approfondiranno le correnti di pensiero che sono alla base delle cliniche legali e che con il loro apporto hanno plasmato l'istituto che è arrivato sino ai giorni nostri. Affrontando più di un secolo di dibattito, grazie alla sua duttilità e crescendo di importanza nel panorama internazionale, il sapere clinico si è fatto non solo strumento imprescindibile di collegamento tra saperi diversi, ma, essendo anche molto radicato nel diritto sociale, è stato in grado di sviluppare un linguaggio comune all'interno delle Università sia di *common law* che di *civil law*.

(3) O.W. HOLMES, *The Common law*, The Lawbook Exchange, Ltd, Clark, New Jersey 2005, p. 1.

