

INTRODUZIONE

La prova scritta dell'esame di abilitazione alla professione forense rappresenta per il candidato un momento di verifica nel quale la conoscenza teorica del diritto deve tradursi nella capacità di affrontare e risolvere un caso concreto.

Con particolare riferimento al diritto penale, la redazione di un parere motivato richiede non soltanto una solida conoscenza degli istituti di diritto sostanziale e processuale, ma anche la capacità di individuare con immediatezza le questioni poste dalla traccia, selezionare le norme e gli orientamenti giurisprudenziali rilevanti e organizzare il ragionamento secondo un percorso logico, essenziale e coerente.

Si tratta di un esercizio diverso da quello cui il candidato è stato prevalentemente abituato durante il percorso universitario.

Lo studio accademico tende infatti ad approfondire istituti e categorie nella loro dimensione sistematica; la prova d'esame richiede, invece, di utilizzare quelle stesse conoscenze per risolvere un problema giuridico determinato. Non è richiesta una trattazione enciclopedica della materia, ma la capacità di comprendere il caso, selezionare ciò che è effettivamente rilevante e formulare una soluzione adeguatamente motivata.

L'analisi del caso concreto presuppone pertanto l'acquisizione di una tecnica specifica. Occorre imparare a leggere e scomporre la traccia, distinguere le questioni principali da quelle secondarie, individuare i profili di responsabilità, ricostruire gli istituti coinvolti, selezionare gli orientamenti interpretativi pertinenti e utilizzare correttamente la giurisprudenza. La conoscenza del diritto costituisce il presupposto necessario; il metodo consente di trasformarla in uno strumento effettivamente utilizzabile.

Non esiste, naturalmente, un metodo unico e invariabile. Le tracce possono presentare strutture e livelli di complessità differenti e ciascun candidato affronta la prova sulla base della propria preparazione e delle proprie attitudini. È tuttavia possibile individuare alcuni passaggi ricorrenti e fornire criteri di lavoro capaci di orientare il ragionamento senza trasformarsi in schemi rigidi.

A questa esigenza risponde la prima parte del presente volume, dedicata alla tecnica di redazione del parere. La seconda parte del volume consente di verificare e consolidare tale metodo attraverso pareri svolti, costruiti a partire dai più recenti

orientamenti giurisprudenziali e dalle questioni che ricorrono nella pratica del diritto penale e processuale.

L'obiettivo non è quindi offrire modelli da riprodurre meccanicamente, ma fornire al candidato gli strumenti per affrontare autonomamente la prova: leggere il caso, riconoscere i problemi giuridici, individuare gli argomenti rilevanti e costruire una soluzione chiara, rigorosa e motivata.

PARTE PRIMA

IL PARERE MOTIVATO IN MATERIA REGOLATA DAL CODICE PENALE

CAPITOLO 1

Il parere motivato

1. Cos'è un parere

Il parere motivato assume un *ruolo predominante* nell'economia dell'esame d'abilitazione alla professione di avvocato, giacché *una delle due prove scritte consistono proprio nella redazione di un parere*. Questo tipo di scritto giuridico non è all'ordine del giorno per chi ha maturato un'esperienza in uno studio legale, perciò nasce l'esigenza di compiere alcune precisazioni.

Il parere motivato di diritto non è un tema. Il tema è una dissertazione teorica su uno o più istituti giuridici, ha un taglio astratto e si disinteressa delle conseguenze pratiche che la traccia sottopone al vaglio del candidato. Il parere motivato è un atto con cui un professionista, al quale un cliente si rivolge sottoponendogli una specifica questione, si pronuncia su di essa, analizzando gli istituti giuridici e risolvendo le problematiche che il caso presuppone. Si tratta, sostanzialmente, di risolvere un problema giuridico, perché qualcuno ha la necessità di conoscerne la soluzione.

Il parere non è un atto difensivo, ma è un atto pro veritate. Al cliente deve essere prospettata la situazione esistente, cioè le conseguenze che verosimilmente seguiranno ai fatti narrati. Non bisogna "creare" una soluzione necessariamente più favorevole, a differenza dell'atto giudiziario, dunque, *non andrà sostenuta ad ogni costo la posizione del cliente* ed inoltre non dovranno essere inseriti neppure elementi fantasiosi, assenti nel fatto storico narrato nella traccia.

Per il superamento dell'esame d'abilitazione alla professione forense, poi, è richiesto un *quid pluris* rispetto al parere che redige un professionista tali da renderlo un atto a sé. Il destinatario dell'elaborato è infatti una commissione esaminatrice, composta da avvocati, magistrati e professori universitari, che ha il compito di valutare la competenza tecnica dei candidati: è necessario, dunque, dimostrare la propria preparazione attraverso *un'esposizione logico-giuridica corredata da un'ampia motivazione* secondo i parametri ministeriali di cui all'art. 22, comma 9, r.d. n. 1578/1933 (come modificato dalla l. 180/2003).

2. Le fasi procedurali per la redazione di un parere

Il *modus procedendi* per la redazione di un parere motivato in materia di diritto civile o penale, può essere suddiviso, per comodità espositiva e metodologica, in *tre fasi*:

- *Prima fase* – Dalla lettura della traccia alla realizzazione di una scaletta;
- *Seconda fase* – Dalla scaletta alla redazione del parere;
- *Terza fase* – Rilettura e ricopiatura.

La prima fase – dalla lettura della traccia alla realizzazione della scaletta – può essere definita come la *fase concettuale* nell'elaborazione del parere. In tale passaggio, il candidato dovrà compiere tutte quelle attività d'analisi e di ragionamento, necessarie per giungere alla formulazione del parere per punti. La seconda e la terza fase possono essere invece definite, nell'insieme, come la *fase comunicativa*. In queste fasi, il candidato deve esprimere per iscritto, in modo chiaro, e quindi comunicare ad una terza persona, la commissione d'esame, quanto precedentemente concepito in forma schematica.

Le fasi appena descritte sono molto diverse tra loro ed esigono "talenti" differenti. La prima fase richiede un'ottima conoscenza degli istituti teorici e un'attenta capacità di ragionamento, mentre, la seconda fase, richiede un lessico appropriato e chiarezza espositiva. Un errore nel quale incorre la maggior parte dei candidati è di sovrapporre le due fasi, non curando i necessari passaggi e le regole fondamentali per giungere alla risoluzione del parere. Ciò costituisce un errore di non poco conto, giacché ogni fase mantiene delle regole proprie: sarà imprescindibile, dunque, dedicare pari cure e attenzione ad ogni singolo passaggio.

CAPITOLO 2

Dalla lettura della traccia alla scaletta

1. La prima fase

La prima fase, che va dalla lettura della traccia alla realizzazione di una scaletta dettagliata, è una fase complessa: si possono individuare, infatti, diversi momenti concettuali in cui è richiesta logica giuridica e numerosi passaggi pratici da sviluppare secondo un ordine definito.

Questi passi iniziali, che terminano con la realizzazione di uno schema articolato, costituiscono la prima fase del processo redazionale.

Da un punto di vista temporale, nelle prime due ore – delle sette ore che il candidato ha a disposizione per consegnare il proprio l'elaborato – *bisognerà compiere tali attività per entrambe le tracce d'esame*.

La progettazione di due scalette dettagliate è essenziale per compiere *una scelta consapevole della traccia d'esame* che poi si affronterà. Prima di compiere la scelta, infatti, è necessario aver compreso le problematichità che sollevano i casi oggetto delle tracce d'esame, senza essere sbrigativi e approssimativi. È importante non farsi prendere dall'ansia e dal falso timore di perdere del tempo: tali attività, sono necessarie per impostare il lavoro nel migliore modo possibile, e per non ritrovarsi nella condizione di ritornare indietro, sui propri passi, nel mezzo del lavoro.

1.1 La lettura della traccia

Potrebbe sembrare banale, o almeno paradossale, soffermarsi sulla primissima attività da compiere, cioè la lettura della traccia: quest'attività, in realtà, costituisce uno degli snodi più delicati per la comprensione e risoluzione delle questioni che il caso presuppone, e proprio per questo motivo è necessario esporre alcune precisazioni di metodo, per agevolare il lavoro che ogni esaminando sarà chiamato a svolgere.

Il primo approccio che il lettore deve avere con la traccia d'esame è di comprenderne il senso generale. Per comprendere la vicenda narrata e le problematiche giuridiche che il caso presuppone, il cammino da percorrere deve muovere *dal generale al particolare*: bisogna cogliere il senso generale dei fatti esposti per poi passare ad analizzare i dettagli, le specificità, i particolari che chi ha elaborato la traccia voleva

evidenziare. Da un punto di vista metodologico, il consiglio è di completare *la prima lettura della traccia tutta d'un fiato*. La lettura veloce del testo, non solo agevola la comprensione della vicenda nella sua interezza, ma produce l'ulteriore e quanto più desiderabile beneficio di non fare perdere del tempo prezioso. Non ha senso cercare fin da subito di analizzare singoli dettagli e minuzie senza avere compreso la vicenda nella sua interezza; da una completa lettura della traccia si possono individuare meri elementi di disturbo ovvero fattori del tutto occasionali. Il consiglio non è trascurabile, giacché cerca di orientare il lettore fin da subito nella giusta direzione.

Dopo aver compreso il senso generale del testo, il concatenarsi e lo sviluppo dei fatti storici ivi narrati, *le successive letture della traccia*, invece, richiederanno *la massima accuratezza*: in questo passaggio non dovrà essere lasciato nulla d'intentato

Il primo passo sarà quello di evidenziare tutte le indicazioni, i segnali e le spie che richiamano l'attenzione del lettore e che meritano approfondimento. In altre parole, bisognerà *comprendere* e scremare ciò che rientra nell'ambito del *giuridicamente rilevante* – cioè a dire, ogni aspetto che contraddistingue giuridicamente la vicenda descritta nella traccia e la caratterizza nei suoi tratti ontologici – e ciò che invece ne fuoriesce, tanto da essere considerato, ai fini della prova d'esame, un dato meramente marginale. A volte, l'impiego di una specifica preposizione, di un avverbio, di un particolare termine filologico, lungi dal rappresentare l'insignificante utilizzo di un orpello linguistico, ha invece lo scopo di perimetrare la questione e gli istituti da trattare. La terminologia utilizzata nella traccia, infatti, può richiamare il lessico che lo stesso legislatore ha utilizzato in alcune norme del codice, e ciò al fine di indicare al candidato una possibile linea interpretativa. Proprio a tal fine si consiglia di leggere più volte e attentamente la traccia. Dalla vicenda esposta sarà senz'altro possibile trarre tutti gli elementi utili per comprendere lo svolgimento dei fatti e per individuare gli istituti giuridici strettamente connessi agli stessi.

Altro elemento da tenere in considerazione per la comprensione della traccia sono *le richieste che il testo pone al candidato*. Come sarà approfondito in seguito, *i cc.dd. premessi brevi cenni* o la *richiesta di una breve trattazione teorica su un istituto*, indicano l'esigenza di accennare necessariamente, le nozioni teoriche degli istituti strettamente utili alla risoluzione del caso. Tali richieste non potranno essere assolutamente trascurate, non solo *nella fase redazionale* – in quanto, difficilmente potrà raggiungere la sufficienza, l'elaborato che non sviluppi la trattazione degli istituti richiesti – ma in particolar modo *nella fase di lettura* e di analisi della traccia.

Nel seguito di questo studio sulle tecniche di redazione del parere motivato, si analizzeranno gli elementi strutturali che compongono il parere, in particolar modo *l'inquadramento giuridico* e la *questione problematica*. L'inquadramento giuridico, si vedrà, è quella parte strutturale dell'elaborato, dove il candidato espone, con un'esposizione tecnica, gli istituti giuridici funzionali a risolvere le problematiche pre-

sentì nel parere, gli istituti senza i quali non si sarebbe potuto affrontare e risolvere il caso oggetto della prova d'esame.

Ciò detto, bisogna ora chiedersi che tipo di rapporto intercorra tra i c.d. premessi brevi cenni, l'inquadramento giuridico e la questione problematica, in quanto, in entrambi questi elementi strutturali del parere, è richiesta l'illustrazione di determinati istituti giuridici. La precisazione si rende necessaria fin da subito, per orientare il ragionamento che il candidato dovrà sviluppare fin dalla fase di lettura, nel caso in cui si ritrovi innanzi a una richiesta esplicita della traccia.

Quando la questione problematica da risolvere è strettamente collegata agli istituti richiesti dai c.d. *premessi brevi cenni*, questi *equivarranno* in tutto e per tutto *all'inquadramento giuridico*: in tale caso, questi due elementi strutturali del parere coincidono, perché la richiesta di trattare determinati istituti e norme ricade proprio su quegli istituti senza la trattazione dei quali il candidato non potrebbe sviluppare il proprio elaborato.

Non è detto che sia sempre così, *i due elementi, infatti, potranno essere slegati e coesistere come due entità distinte*. Infatti, laddove nella traccia sia richiesta la trattazione di un istituto giuridico svincolato dalla specifica problematica che si dovrà affrontare nel prosieguo del proprio elaborato, sarà richiesto al candidato, nella fase redazionale, di sviluppare sia gli istituti richiesti dai brevi cenni e sia quelli necessari per risolvere le questioni problematiche sottese al caso esposto.

Ritraendo le fila del discorso, il candidato, dalla lettura e analisi delle specifiche richieste della traccia, dovrà prendere le mosse per orientare il proprio ragionamento, al fine di comprendere:

1. se le problematiche che il caso presuppone siano connesse agli istituti di cui è richiesta una breve disamina o trattazione;
2. se sia necessario approfondire la ricerca su ulteriori istituti, in quanto gli istituti di cui è richiesta una breve disamina non sono strettamente connessi a nessuna specifica problematica;
3. la struttura che dovrà assumere il proprio elaborato e, dunque, la scaletta dettagliata.

1.2 Individuazione delle fattispecie concrete e della normativa applicabile

Esaminare attentamente la traccia significa non soltanto dare peso alle singole parole utilizzate ed ai periodi incidentali – che spesso apportano ulteriori elementi di valutazione – ma anche effettuare un'analisi dei fatti descritti nella traccia d'esame.

Tale passaggio è molto delicato, una comprensione travisata dei fatti specificati

nella traccia – della quale ci si accorga tardi o addirittura al termine della prova – potrebbe pregiudicare lo svolgimento dell'elaborato, a volte, rendendone impossibile la rielaborazione.

Dopo aver scomposto analiticamente la traccia, dunque, bisognerà cogliere la presenza di tutte le fattispecie coinvolte, come ad esempio la sussistenza di un rapporto contrattuale o di una separazione personale dei coniugi. Si tratta, in sostanza, di *selezionare gli istituti giuridici* sui quali andrà concentrata la ricerca, per costruire il proprio elaborato e la soluzione del caso pratico. Ciò richiede una solida preparazione di base, che, attraverso la conoscenza dei principi generali, permetta di orientarsi rapidamente tra i vari istituti sottesi alla traccia.

Dopo avere identificato gli istituti giuridici coinvolti dalla traccia d'esame, sarà giunto il momento di consultare il codice. La ricerca sul codice degli istituti rilevanti passa inevitabilmente dalla consultazione *dell'indice analitico*, che consente una rapida ed efficace ricerca della normativa applicabile, in quanto tutte le singole norme riguardanti un determinato istituto sono raggruppate in corrispondenza della relativa voce, e le singole voci sono disposte in ordine alfabetico. L'indice riporta, sotto ogni voce, tutti gli articoli del codice che ad essa si riferiscono. Questo strumento, che ogni giurista deve sapere maneggiare con destrezza, non può sostituire però la conoscenza che bisogna avere della struttura e della ripartizione interna dei codici.

La conoscenza topografica dei codici e dei testi di legge, infatti, costituisce un passaggio fondamentale del percorso di preparazione. Solo attraverso una padronanza delle ripartizioni interne – in libri, titoli, capi e sezioni – si riesce ad acquisire una visione d'insieme degli istituti e il tipo di discorso che il legislatore, all'origine, ha voluto compiere sugli stessi. Una metafora può aiutare a comprendere l'importanza di quest'affermazione. Immaginate una persona che voglia imparare a muoversi attraverso le vie di una città che non conosca: qualunque persona sensata si procurerà la mappa della città ed inizierà ad individuare i quartieri, cercando poi le strade principali che conducono da un quartiere all'altro; solo dopo questa prima fase analizzerà ogni singola zona più nel dettaglio, partendo da quelle centrali o da quelle in cui pensa di doversi recare con maggiore frequenza. Se non si possiede tale consapevolezza, che permetta di districarsi con facilità attraverso i testi di legge, la stessa dovrà essere acquisita in tempi brevi e diventare il primo passo pratico da compiere per raggiungere la migliore preparazione possibile.

La consultazione del codice deve essere minuziosa: non bisogna fermarsi alla lettura della sola norma di riferimento, andrà consultato attentamente l'intero titolo, capo e sezione che disciplina quel particolare istituto.

I singoli articoli del codice sono spesso integrati con dei richiami, effettuati tra parentesi, di altri articoli dello stesso codice o di altri codici: i *richiami intertestuali* stanno a significare che l'argomento o il concetto contenuto in un determinato arti-