

## **CULTURA E DIRITTI**

**3**

**2013**



# CULTURA E DIRITTI PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

**SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA**  
*FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE*

**rivista trimestrale • anno II • numero 3 • luglio-settembre 2013**

PISA  
UNIVERSITY  
PRESS

Cultura e diritti : per una formazione giuridica / Scuola superiore dell'avvocatura, Fondazione del Consiglio nazionale forense, - Anno 1, n. 1 (gennaio-marzo 2012)-. - Pisa : Pisa university press, 2012-. - Trimestrale

340.05 (22.)

I. Scuola superiore dell'avvocatura 1. Diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

### **Scuola Superiore dell'Avvocatura**

Fondazione del Consiglio Nazionale Forense

Piazza dell'Orologio, 7 - 00186 Roma

Tel. +39 06 6872866 - Fax +39 06 6873013

Sito web: [www.scuolasuperioreavvocatura.it](http://www.scuolasuperioreavvocatura.it)

<b>Direttore</b>	Alarico Mariani Marini
<b>Direttore responsabile</b>	David Cerri
<b>Direzione scientifica</b>	Guido Alpa, Amelia Bernardo, Carla Broccardo, Giuseppe Bronzini, Carlo Calvieri, Adelino Cattani, Giovanni Comandé, Giuseppe Conte, Federico Ferina, Fabio Florio, Francesco Macario, Maurizio Manzin, Giovanni Pascuzzi, Stefano Racheli, Giuseppe Santalucia, Lucia Tria, Umberto Vincenti
<b>Comitato di redazione</b>	Gian Luca Ballabio, David Cerri, Vincenzo Comi, Federica D'Angelo, Monica Gazzola, Francesco Miraglia, Maurizio Paganelli, Francesca Paparoni, Federico Puppo, Pier Giovanni Traversa
<b>Segreteria di redazione</b>	Silvia Amoruso
<b>Progetto grafico di copertina</b>	Sergio Mariani Marini, Tommaso Pucci

Numero chiuso in redazione il 29/10/2013

Hanno collaborato a questo numero: Guido Alpa, Elena Borsacchi, Carlo Calvieri, Sibilla Cantarini, David Cerri, Fabio Licata, Alarico Mariani Marini, Maria Migliaccio, Sergio Novani, Maurizio Paganelli, Laura Poziello, Federico Puppo, Ettore Randazzo, Federica Resta, Claudia Rogato, Roberta Sorrentino, Pier Giovanni Traversa, Lucia Tria, Umberto Vincenti

Abbonamento Annuo: € 90,00

Numeri singoli: € 25,00

La richiesta va indirizzata alla segreteria della casa editrice Pisa University Press  
(Tel: 050 2212056 - Indirizzo: Lungarno Pacinotti, 43 - 56126 Pisa)

La direzione della rivista esaminerà per le eventuali pubblicazioni gli elaborati ricevuti all'indirizzo e-mail: [redazione@scuolasuperioreavvocatura.it](mailto:redazione@scuolasuperioreavvocatura.it)

Gli scritti si dovranno uniformare alle indicazioni riportate nei "Suggerimenti per gli autori" reperibili sul sito della Scuola Superiore dell'Avvocatura ([www.scuolasuperioreavvocatura.it](http://www.scuolasuperioreavvocatura.it)).

ISSN 2280-6334

ISBN 978-88-6741-188-7

Registrazione presso il Tribunale di Pisa numero 15 del 24 maggio 2012.

# Indice

## **Fuoricampo**

- 9 La Costituzione e i giovani. Inattuale o inattuata?  
*Alarico Mariani Marini*

## **Formazione giuridica, formazione forense**

- 17 Diritto vivente. Il diritto giurisprudenziale tra (recente) passato e futuro (prossimo)  
*Maurizio Paganelli*
- 27 Dalla Sicilia alla Lapponia, alla ricerca di una formazione giudiziaria europea  
*Pier Giovanni Traversa*

## **Argomentazione e linguaggio**

- 39 La ricerca degli argomenti nelle banche dati: l'*ars topica* nel XXI secolo  
*Federico Puppo*
- 53 Polveri d'amianto e responsabilità penale.  
Il caso Verbania: quali argomentazioni per la causalità  
*Sibilla Cantarini e Sergio Novani*

## **Diritti umani e fondamentali**

- 65 La persona nelle costituzioni: sintesi storica  
*Guido Alpa*
- 71 Né sorveglianza né anomia: internet e diritti individuali nel caso *Vivi Down*  
*Federica Resta*
- 79 Migranti: l'ora di scelte consapevoli e condivise  
*Lucia Tria*

## **Etica professionale e deontologia**

- 91 Una deontologia comune tra avvocati e magistrati?  
I codici etici ed il loro coordinamento  
*David Cerri*

## **Approfondimenti**

- 101 BCE, Spread, Fiscal compact e Mes: la “finanziarizzazione” della democrazia, ovvero di Serse e Leonida alle Termopili  
*Carlo Calvieri*

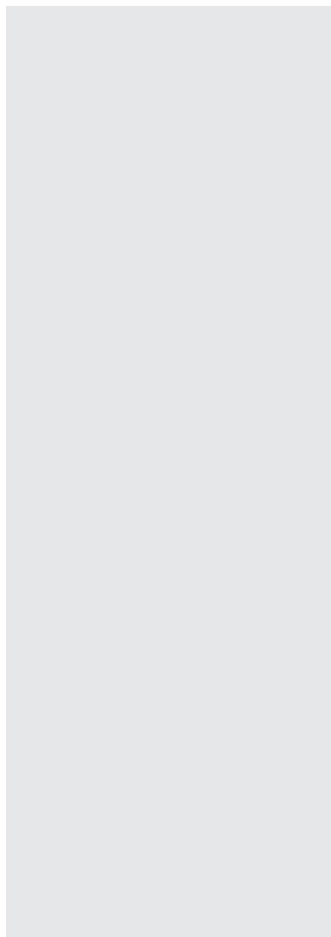
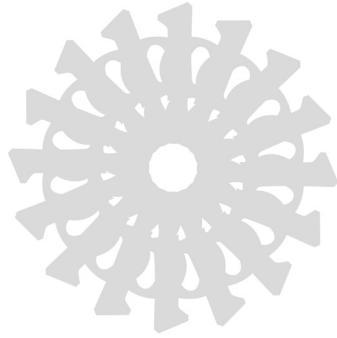
## **Cultura e professione**

- 111 Quel caffè tra Gezi Park e Piazza Taksim  
*Elena Borsacchi*
- 121 I dilemmi della giustizia penale internazionale e l'esempio del Tribunale Speciale per il Libano  
*Fabio Licata*
- 125 Recensione a *Diritto e menzogna. La questione della giustizia in Italia* di Umberto Vincenti  
*David Cerri*
- 129 Recensione a *Plinio il Giovane e la difesa di «C. Iulius Bassus». Tra norma e persuasione* di Federico Procchi  
*Umberto Vincenti*
- 131 Recensione a *Giallo d'Avola* di Paolo Di Stefano  
*Ettore Randazzo*

## **L'avvocatura dei giovani**

- 137 Un libro sul coraggio di essere giovani  
*Roberta Sorrentino*
- 141 Il sovraffollamento carcerario in Italia.  
La sentenza “Torreggiani” della Corte europea dei diritti dell'uomo  
*Maria Migliaccio*
- 147 L'evoluzione del ruolo dell'avvocato nell'era della globalizzazione dei diritti umani  
*Claudia Rogato e Laura Poziello*

# FUORICAMPO







# La Costituzione e i giovani

## Inattuale o inattuata?

Alarico Mariani Marini

---

*Non possiamo pretendere che le cose cambino  
se seguiamo a fare le stesse cose.*

Albert Einstein

### Da quel 1948...

Per la prima volta in Italia una cittadina di colore è nominata ministro con l'incarico di affrontare il problema della integrazione di milioni di immigrati e si scatena l'aggressione.

Un vice presidente del Senato la paragona a un orango, è fatta oggetto di lanci di banane e destinataria dell'augurio di essere stuprata, è accolta nel luogo di un intervento con manichini insanguinati, esponenti di un partito che siede in parlamento contestano il suo diritto di cittadinanza e di rivestire incarichi di governo per la sua origine etnica, e, a seguire, insulti e insulti.

I cittadini, almeno quelli consapevoli di cosa significhi vivere in una società democratica, si stupiscono per un paese malato di razzismo, di inciviltà, di preoccupante arretratezza culturale. Si tratta però di cittadini distratti.

Siamo di fronte a fatti che si inseriscono in una serie ininterrotta di tollerate violazioni della legalità costituzionale: migranti e rifugiati senza patria "rinchiusi" nei centri di identificazione ed espulsione per la maramaldesca legge Bossi-Fini, giovani disabili rifiutati o discriminati nelle scuole pubbliche, campi rom spianati dalle ruspe, minori vittime senza difesa dei conflitti coniugali, e poi diritti negati o violati nei confronti delle donne, degli omosessuali, dei carcerati, dei giovani "stranieri" nati in Italia e rifiutati come cittadini; è un elenco infinito di violazioni di diritti costituzionali, umani e fondamentali.

Non è solo arretratezza culturale che la società non riesce ancora a colmare nella scuola, nelle formazioni sociali, nella politica, e neppure retaggio dei tempi di "Faccetta nera" o del "Patto d'acciaio" tra fascismo e nazismo.

Quando non rappresenta una intenzionale elusione dei valori e dei principi costituzionali per proteggere interessi dell'economia e del mercato o equilibri o malaffare del potere politico, è il risultato di una pluriennale crescente insensibilità e indifferenza rispetto a quei valori.

Da quel 1948 – quando la nostra Costituzione ha per prima nel dopoguerra sancito principi poi proclamati nella Dichiarazione Universale dei Diritti

dell'Uomo delle Nazioni Unite – l'attuazione della Carta è stata oggetto di resistenze, ritardi, pretestuose interpretazioni, palesi disapplicazioni da parte del legislatore, e di colpevoli tolleranze da parte dei governi e delle pubbliche amministrazioni.

Fino a che, negli ultimi vent'anni, è stata occultata al senso comune dei cittadini, ai giovani nelle scuole, nelle istituzioni contagiata dalla politica; nel migliore dei casi è stata accantonata come un documento "storico", d'altri tempi, ormai da archiviare e, frattanto, da correggere ove vi sia urgenza di evitare che intralci i protagonisti del "fare".

A tratti, raramente, è riemersa in qualche aula giudiziaria ad opera di giudici zelanti, ostinati a resistere alle scorciatoie, ai lodi incostituzionali, ai legislatori disattenti, o refrattari come, ad esempio, sulla giustizia, sulla corruzione, sull'omofobia, sul voto di scambio tra politici e mafiosi, o sul finanziamento illecito ai partiti per limitarci alle cronache recenti.

A sostegno della sua sopravvenuta inattualità si è sostenuto che la Carta risulti ormai inadeguata rispetto ad una realtà sociale radicalmente mutata rispetto a quel 1948 nel quale fu concepita. Tesi che l'opinione prevalente dei costituzionalisti ha rigettato sulla considerazione della «straordinaria attualità di molti contenuti costituzionali, a partire dalla fondazione sul lavoro della Repubblica democratica. Quella del lavoro è forse la più viva delle questioni del presente e la Costituzione la inquadra nel modo più compiuto e fruttuoso» (Massimo Luciani).

Oggi tuttavia è oggetto di particolari attenzioni, ma non per porre rimedio alla sua incompleta attuazione.

L'obiettivo, perseguito da una parte della politica nell'occasione di definire ragionevoli interventi sul funzionamento di alcuni meccanismi istituzionali, è quello di una revisione sostanziale che incida sui principi e su istituti e sistemi la cui indipendenza appare a taluni intollerabilmente eccessiva, come la Corte Costituzionale e, neanche a dirlo, la magistratura.

Il primo passo dovrebbe essere quello di rendere meno impervia la manomissione modificando l'ostacolo oggi rappresentato dall'art. 138.

## **Interiorizzare la Costituzione**

Sul dilemma: Costituzione inattuale o inattuata? un motivo di riflessione è stato offerto di recente nella più alta istituzione di garanzia costituzionale.

Nel suo discorso pronunciato il 12 aprile alla presenza del Presidente della Repubblica e delle alte cariche dello Stato, il Presidente della Corte Costituzionale Franco Gallo ha concluso la relazione sull'attività giurisdizionale svolta nel 2012 rappresentando alcuni importanti problemi istituzionali e ordinamentali che hanno investito le funzioni della Corte.

Il Presidente ha innanzitutto richiamato le sollecitazioni invano rivolte ai legislatori statale e regionale per l'adeguamento delle norme esistenti ai principi

affermati dalla giurisprudenza costituzionale, esortandoli anche a non legiferare in modo difforme da pronunce della Corte.

Nel riaffermare la funzione di garanzia della Corte nella salvaguardia dei diritti fondamentali e della legalità costituzionale «dai possibili eccessi del potere politico e degli altri poteri», ha inoltre ammonito che l'attuazione dei valori e dei principi fondamentali non può essere "confinata" in una dimensione esclusivamente giurisprudenziale. La Carta Costituzionale – ha affermato – non è soltanto un documento normativo da assumere a parametro di decisioni giudiziarie, ma rappresenta un grande progetto di convivenza solidale, tollerante e civile. È un fattore di integrazione permanente che può operare solo se esce dalle aule giudiziarie per divenire cultura, senso comune e massima etica, e che deve essere "interiorizzato" dalle istituzioni, dalle forze politiche e sociali e dai singoli.

Nella esortazione del Presidente vi è un implicito, ma diretto messaggio anche agli avvocati.

Nelle aule giudiziarie abitano giudici e avvocati; i giudici nella interpretazione della legge hanno lo strumento per valorizzare e dare attuazione nei casi decisi ai principi della Carta, ma sono gli avvocati che anche fuori dal processo, nella società con le loro istituzioni e associazioni possono farsi promotori di questi valori.

Abbiamo da tempo indicato come responsabilità sociale dell'avvocato e dell'avvocatura nel suo complesso quei doveri e quelle responsabilità verso gli altri e verso la collettività per la difesa dei diritti fondamentali della persona enunciati nel Preambolo della Carta di Nizza, e che già mezzo secolo prima la nostra Costituzione aveva con straordinaria lungimiranza assunto a valori fondanti della società democratica e dello stato di diritto.

Il messaggio del presidente Gallo ha quindi richiamato responsabilità che i giuristi pratici sono da tempo chiamati a condividere, e per le quali si chiede un rinnovato impegno diretto a contrastare le violazioni ancora diffuse di questi principi e le derive indotte da populismi e da una ideologia dell'economia e del mercato riluttante al rispetto dell'etica costituzionale.

Portare fuori dalle aule di giustizia i valori della Costituzione, di eguaglianza, di solidarietà, di coesione civile e sociale significa opporsi con fermezza e senza ambiguità alle violazioni dei diritti, alle discriminazioni, ai rigurgiti di razzismo, anche nei confronti dello Stato e di quei poteri che resistono, spesso dietro un ossequio formale, alla effettività della tutela dei diritti umani e fondamentali, come è da tempo scritto nel codice della deontologia degli avvocati europei.

Se anche il Papa oggi esorta i suoi fedeli ad essere rivoluzionari nel segno di una fede religiosa, ci chiediamo perché in una società democratica lo stesso impeto non debba alimentare l'impegno dei cittadini a rendere effettivi diritti e doveri che sono espressione delle tradizioni morali e spirituali della società europea, come è scritto nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

## **Essere responsabili verso i giovani**

Il problema investe direttamente le responsabilità della classe dirigente attuale nei confronti dei giovani.

Certo, essi non sono cresciuti e non vivono nella migliore delle società possibili, e lo stato attuale di smarrimento e di perdita dei valori di riferimento che viene loro consegnato non è un viatico di cui i loro maestri si possano sentire orgogliosi.

L'avvocatura su questo terreno deve affrontare il compito primario di dare concretezza a quei doveri e a quelle responsabilità verso i giovani che si accingono ad accedere alla professione, perché sappiano incarnare, meglio dei loro padri, il ruolo di garanti dei valori costituzionali. È un compito necessario per colmare i ritardi degli studi universitari e l'insufficienza della formazione professionale, e per contrastare i pesanti condizionamenti che i sistemi attuali dell'economia e della politica esercitano sulla indipendenza della professione.

Un terreno fertile è quello delle scuole forensi, chiamate dalla nuova legge di riforma della professione a compiti più rilevanti.

Occorre tuttavia resistere alla facile prassi di riproporre, seppure in chiave pratica e applicativa, una impostazione simile a quella della didattica universitaria basata sulle materie codicistiche, anziché privilegiare principi e metodo, perché senza i valori espressi dalla Costituzione le leggi sono formule vuote e senz'anima.

La trasversalità di tale modello formativo evita ai giovani di considerare il diritto come una tecnica da utilizzare soltanto all'interno della norma scritta e li incoraggia a ricercare nei principi della Costituzione, come in quelli delle Carte europee, la chiave per interpretare e applicare la legge in una più ampia dimensione sistematica e culturale.

E poiché si tratta di valori etici sui quali si fondano i principi del diritto che impongono doveri e responsabilità verso gli altri e verso la collettività, ciò consente ai giovani di comprendere come l'etica professionale sia alla base della cultura e dell'abilità tecnica dell'avvocato.

Questo modello richiede inoltre che si esca dagli adusati consueti metodi didattici promuovendo letture e commenti della Costituzione e delle principali pronunce della Corte, e incontri con esperti ove i giovani siano ascoltati e possano confrontarsi con idee ed esperienze utili alla conoscenza e comprensione dei problemi con i quali si dovranno misurare come intellettuali e come professionisti legali, oltretutto come cittadini consapevoli.

Di particolare interesse per i giovani si sono rivelate le visite alle istituzioni e alle Corti italiane ed europee, anche assistendo ad udienze a Lussemburgo e a Strasburgo. Sono esperienze che aprono la conoscenza a realtà diverse e nuove rispetto agli scenari consueti degli studi legali e che li immunizzano dallo sconforto che li coglie frequentando le aule giudiziarie.

Aiutare i giovani a scegliere la Costituzione come guida sicura nell'attività professionale significa soprattutto incoraggiarli ad avere fiducia e ad immaginare un futuro diverso dalla condizione di logora e rassegnata immobilità nella quale vive oggi la giustizia, e nella quale soffrono tutti coloro che per scelta o per necessità vi sono coinvolti.

### *Postilla*

*La Costituzione deliberata dall'Assemblea Costituente nella seduta del 22 dicembre 1947 e nella stessa data sottoscritta dal Capo Provvisorio dello Stato Enrico De Nicola, entrò in vigore l'1 gennaio 1948. L'Assemblea Costituente era stata eletta il 2 giugno 1946 nella prima libera e democratica consultazione elettorale che decretò anche l'avvento della repubblica. I lavori si svolsero nel corso di 347 sedute dal giugno 1946 al dicembre 1947.*

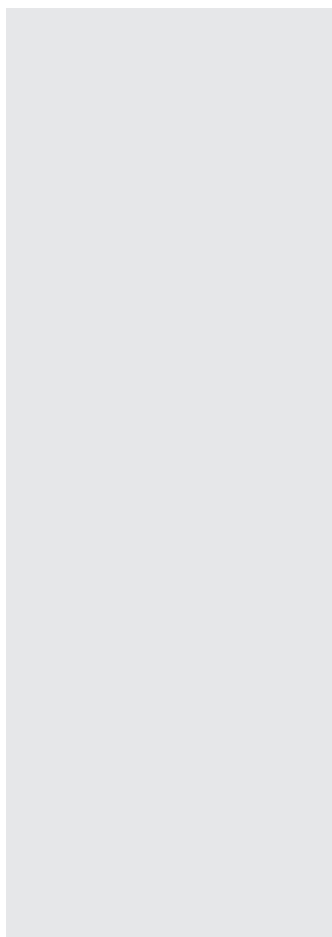
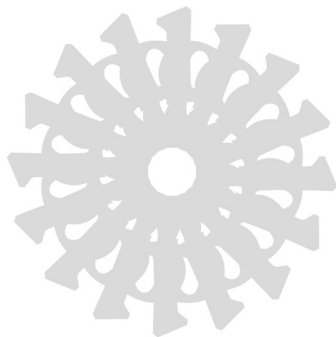
*In una Italia uscita distrutta dal conflitto mondiale il compito dell'Assemblea si presentava di enorme difficoltà. Eppure in tempi brevi la Commissione dei 75 deputati elaborò un testo che, emendato dall'assemblea in alcuni mesi nel corso della discussione in sede plenaria, giunse al voto finale segnando la discontinuità storica tra dittatura fascista e monarchia e la nascita della repubblica democratica.*

*Meuccio Ruini, Presidente dei "75", nel presentare all'Assemblea il testo finale dichiarò "Durerà a lungo. È una Costituzione all'avanguardia. Opera democratica e collettiva esprime la fede nell'avvenire della Repubblica italiana".*

*A distanza di oltre mezzo secolo i fatti gli hanno dato ragione.*



**FORMAZIONE GIURIDICA,  
FORMAZIONE FORENSE**







## Diritto vivente

### Il diritto giurisprudenziale tra (recente) passato e futuro (prossimo)

Maurizio Paganelli

---

#### La norma e l'opera del giudice

Il ruolo preponderante che nelle fonti del diritto va ricoprendo la giurisprudenza non costituisce – o per lo meno non dovrebbe più rappresentare – motivo di sorpresa tra gli operatori. I giudici sono da tempo consapevoli di operare in un contesto in cui la circolazione delle idee e l'evoluzione della giurisprudenza, con relativa formazione di un “diritto vivente”, avviene proprio attraverso l'opera di accumulo delle loro pronunce. Tale congiuntura ha reso necessaria la diretta conoscenza e il sempre maggiore utilizzo – nella formazione e soluzione della decisione di volta in volta adottata – della giurisprudenza formatasi sulla specifica questione.

Anche il ceto forense, dal canto suo, appare un po' più informato rispetto al passato del ruolo creativo e di indirizzo che dall'uso della giurisprudenza può derivare all'esercizio pratico della propria attività. Non altrettanto, invece, può dirsi circa la comprensione dell'importanza che dallo svolgimento del proprio specifico ruolo di difensore e di tutela dei diritti può derivare in termini di stimolo alla creazione di nuovo diritto e all'evoluzione della giurisprudenza. Allo stesso modo, tuttora scarsa è la padronanza del diritto giurisprudenziale<sup>1</sup>, della ricerca precisa dei precedenti e della loro – sopravvenuta e determinante – importanza nell'attività quotidiana del giurista pratico chiamato alla soluzione di problemi (sul *problem solving* – attraverso le fasi del riconoscimento del problema e la ricostruzione del caso, la ricerca della regola del caso e, infine, l'applicazione della regola al problema)<sup>2</sup>.

L'avvenuto inserimento della giurisprudenza tra le fonti del diritto, e l'opportunità/necessità per il giudice di renderne conto nella motivazione e nella decisione dei casi sottoposti al suo esame (come vedremo *infra*), si deve a molteplici sentenze della Corte di Cassazione il cui insegnamento merita di essere qui sinteticamente richiamato.

Ci riferiamo in particolare a Cass., sez un., 21 gennaio 2010, Beschi, che, in una delicata questione penale e con riferimento a vicenda giocata sul versante

---

<sup>1</sup> M. PAGANELLI, *Il diritto giurisprudenziale e l'uso consapevole del precedente*, in *Diritto e formazione*, 2008, p. 625.

<sup>2</sup> G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa*, Il Mulino, Bologna 2008.

dei diritti dell'uomo, ha significativamente distillato il seguente principio: «Riasuntivamente deve, quindi, affermarsi che, secondo l'orientamento della Corte di Strasburgo, il processo di conoscenza di una norma presuppone, per così dire, “una relazione di tipo concorrenziale” tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa. Il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data. La struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività “concretizzatrice” della giurisprudenza».

Continua la Cassazione penale: «Il diritto vivente postula, quindi, la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente “creativa” della interpretazione, la quale, senza varcare la “linea di rottura” col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima».

Non meno rilevante Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, la quale in materia di riconoscimento di soggettività giuridica del nascituro o concepito – a seguito di un serrato quanto affascinante *iter* argomentativo, di cui davvero si consiglia la lettura – così ha inquadrato la fattispecie nella più complessiva formazione del diritto: «L'asserzione della configurabilità del nascituro quale soggetto giuridico comporta lo sviluppo di due ineludibili premesse argomentative: l'attuale modo di essere e di strutturarsi del nostro ordinamento, in particolare civilistico, quale basato su una pluralità di fonti, con conseguente attuazione di c.d. principî di decodificazione e depatrimonializzazione e la funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della c.d. giurisprudenza-normativa, quale autonoma fonte di diritto».

Dunque, secondo la Corte di legittimità, inutile nascondersi ormai dietro il fragile schermo dell'art. 1 preleggi, che certo non menziona, quale fonte del diritto – accanto alle leggi, ai regolamenti e gli usi – la giurisprudenza; all'opposto, in attuazione dei principi di depatrimonializzazione (nel senso che la persona nel suo insieme è divenuta figura centrale quale portatrice di interessi non solo economici) e decodificazione del Codice civile (ovvero il venir meno della disciplina di tutti gli interessi meritevoli di tutela in un solo testo normativo), al giudice è oggi assegnato il ruolo di “attualizzare” il diritto anche mediante l'individuazione – laddove consentito come nel caso dei diritti personali, non tassativi – di nuove aree di protezione degli interessi.

Prosegue l'importante pronuncia affermando in modo eloquente come «La funzione interpretativa del giudice, i suoi limiti, la sua *vis expansiva* sono, dunque, funzionalmente collegati all'assetto costituzionale del nostro ordinamento

quale Stato di diritto anch'esso caratterizzato dal *Rule of law* (vale a dire dal principio di legalità), assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice».

### La funzione nomofilattica della Cassazione

Alla luce di tali direttive della nostra Corte di legittimità, peraltro non le uniche, è allora certo che il valore da assegnare alla giurisprudenza non possa più qualificarsi come meramente “persuasivo” ma tenda invece a “vincolare” il giudice o comunque a condizionarne la decisione a seconda del ruolo del precedente nella specie utilizzato e del diritto vivente che in esso trova espressione.

Il tal modo si riduce in modo consistente lo scarto che da sempre ha contraddistinto gli ordinamenti continentali di *civil law* da quelli anglosassoni di *common law*, imperniati invece sul meccanismo del precedente vincolante e del principio dello *stare decisis*.

Il compito del bilanciamento tra l'esigenza di assecondare il valore creativo della giurisprudenza e l'uniformità delle decisioni è assegnato alla Corte di legittimità in forza del noto art. 65 ord. giud., a mente del quale la Corte di Cassazione deve assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, locuzione, quest'ultima, da interpretare quale necessità di decidere in modo identico casi identici ed in modo difforme casi difformi.

In particolare, la Corte di Cassazione, quale giudice di legittimità, è chiamato in primo luogo ad assicurare l'uniformità delle sue decisioni e dunque la prevedibilità nell'interpretazione delle norme, e ciò proprio attraverso la creazione di decisioni destinate a costituire precedente per la definizione di casi futuri aventi caratteri simili. Un obiettivo di assoluto rilievo, purtroppo nel nostro ordinamento messo in seria discussione dall'enormità di sentenze che la Corte è costretta a pronunciare ogni anno, di entità tale da rendere i conflitti – e dunque le disuguaglianze di giudizio – fenomeno del tutto frequente. Complementare a tale ruolo nomofilattico è quello svolto dall'ufficio del massimario (previsto dall'art. 68 reg. giud.) che è destinato a massimare tutte le sentenze della Corte proprio per assicurarne la circolazione e dunque la conoscenza e l'applicazione tra gli operatori<sup>3</sup>.

Ma l'esigenza di uniformità, collegata al ruolo del precedente che ne costituisce il *trait d'union*, non può essere disgiunta dal consentire meccanismi evolutivi della giurisprudenza, diversamente destinata a divenire inidonea, per via della sua resistenza al nuovo, a regolare fattispecie diverse da quelle su cui si pure si è formata.

Prova ne sia il fatto che la Corte, proprio in omaggio al suo ruolo nomofilattico, abbia un dovere di distaccarsi dai suoi stessi precedenti nel momento in cui emergano profili che ne pongano in evidenza la non pertinenza rispetto

---

<sup>3</sup> M. PAGANELLI, *op. cit.*, p. 626

al caso trattato (*distinguishing*) ovvero la loro sopravvenuta inadeguatezza per via di nuove norme di legge o altro (*overruling*).

### **Il precedente alla luce di nuove norme di rito e dei “filtri” alle impugnazioni**

Il lento ma progressivo mutamento della giurisprudenza quale fonte del diritto ha conosciuto di recente una brusca accelerazione per via di una serie di nuove norme che, ispirate a rafforzare il ruolo nomofilattico e ridurre la formazione di sentenze difformi sullo stesso caso nonché a esigenze acceleratorie del processo civile, hanno avuto come risultato quello di accentuare il valore dei precedenti provenienti dalla Cassazione e la loro idoneità a regolamentare casi futuri.

Di notevole importanza l'art. 374 c.p.c. nella parte in cui assegna ormai alle sezioni semplici la trattazione di questioni di giurisdizione, di contrasto tra le diverse sezioni e quelle di massima di particolare importanza, tutte le volte in cui la questione sia stata già risolta dalle Sezioni Unite Civili. Le sezioni semplici infatti potranno fare applicazione del precedente delle Sezioni Unite e definire la controversia con sentenza ovvero rimettere la stessa con ordinanza alle sezioni unite per un suo successivo riesame sulla scorta delle notazioni critiche sviluppate dalla sezione remittente.

L'art. 118 disp. att. c.p.c. dispone invece che la motivazione della decisione possa essere integrata, oltre che dalla succinta esposizione dei fatti rilevanti e delle ragioni giuridiche della decisione, anche da precedenti conformi che si sono formati sulla questione.

L'art. 384 c.p.c. prevede ora che la Corte di Cassazione debba in ogni caso distillare il principio di diritto adottato ogni qual volta si pronunci ai sensi dell'art. 360 n. 3 ovvero su questione di diritto di particolare importanza.

Ma il risalto maggiore all'efficacia del precedente deriva – da ultimo – dalle norme introdotte con funzione di c.d. “filtro” alle impugnazioni. Norme che hanno innescato molteplici polemiche, e di cui si è pure seriamente posto in dubbio l'efficacia quale rimedio deflattivo del contenzioso, ma che dal nostro punto di vista costituiscono argomento solido per confermare il ruolo non più solo persuasivo del precedente.

Si veda l'art. 384-ter. c.p.c., il quale dispone che l'inammissibilità dell'appello – da statuire le volte in cui l'impugnazione non abbia una ragionevole probabilità di essere accolta, *ex art. 348-bis* – sia dichiarata prima della trattazione e sentite le parti, con ordinanza succintamente motivata anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e a “precedenti conformi”. In particolare il giudice di seconde cure è ora dotato di uno strumento alquanto agile con il quale, attraverso ordinanza avente motivazione – *a fortiori* – succinta (art. 118 cit.), integrata cioè dal semplice richiamo ad alcuni atti di causa e a “precedenti conformi”, aggiungeremo di provenienza della Corte di legittimità o suoi propri, può definire il giudizio senza bisogno di procedere neppure alla trattazione della causa.

Si tratta di un filtro che richiama – *mutatis mutandis* – quello precedentemente introdotto dall'art. 360-*bis* c.p.c., il cui n. 1 prevede che «Il ricorso è inammissibile: quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa».

Una volta precisato che, in luogo dell'inammissibilità di cui parla la legge in rubrica dell'art. cit., nella specie è in ballo un profilo di manifesta infondatezza del ricorso, è di tutta evidenza come l'adesione della decisione impugnata ad un precedente della Corte di legittimità può bastare a determinare il secco rigetto del ricorso (o del controricorso incidentale), in particolare laddove il ricorrente ometta di motivare le ragioni per cui quel precedente della Corte di Cassazione non si attaglia al caso concreto, oppure meriti di essere abbandonato in favore di altro, oppure non tenga conto di altro indirizzo della medesima Corte.

Se a ciò si aggiunge che il meccanismo di cui all'art. 375 n. 5 c.p.c. consente ora all'istituita "apposita sezione" (*alias* la "sesta"), e prima che il ricorso sia assegnato alla sezione di riferimento, di «accogliere o rigettare il ricorso principale e l'eventuale ricorso incidentale per manifesta fondatezza o infondatezza» anche – aggiungiamo noi – con riferimento all'esistenza di precedenti conformi, non è difficile concludere per la decisiva importanza che il precedente della Corte di legittimità assolve – d'ora in poi – per la dichiarazione di ammissibilità/inammissibilità dei ricorsi e dei ricorsi incidentali che saranno sottoposti alla sua attenzione.

Facile ricavare da tale scenario come il ruolo del precedente diventi per molti versi decisivo delle sorti dell'appello e del ricorso in Cassazione e che, per l'effetto, il suo preventivo esame e sapiente utilizzo da parte di chi impugna – in via principale o incidentale – possa risultare largamente condizionante degli esiti dell'impugnazione stessa.

### Lo stile delle sentenze e degli atti

Il rilievo del precedente e la sua raggiunta forza più che persuasiva costituisce un tema che incrocia con quelli finitimi circa l'importanza dei metodi della sua ricerca e dello stile delle sentenze e degli atti giudiziari.

In merito al primo profilo, è facile rilevare come la ricerca del precedente sia affidata a conoscenze del tutto episodiche e non oggetto di approfondimenti né universitari né nel corso della formazione iniziale o permanente degli avvocati<sup>4</sup>. La ricerca del precedente spesso viene resa assai difficoltosa, se non del tutto vana, dal mancato corretto esame della *ratio decidendi* della sentenza che costituirebbe il precedente, dall'affidamento prestato dal lettore a meri *obiter dicta*, dalla mancata esatta individuazione della fattispecie rilevante ai fini del decidere, dall'esistenza – obiettiva o presunta – di precedenti giurisprudenziali

---

<sup>4</sup> M. PAGANELLI, *Come si legge una sentenza*, in *Diritto e formazione*, 2007, p. 121.

contrastanti e, dunque, dalla non inusuale formazione di molteplici direttive giurisprudenziali a soluzione della medesima fattispecie.

A questi ostacoli si sommano poi le carenze degli operatori quanto a capacità di lavorare sul singolo “caso”, ovvero di padroneggiare quegli *skills* idonei a far emergere le differenze ovvero le affinità delle fattispecie oggetto del precedente e del caso esaminato e, più in generale, di stimolare la propria creatività<sup>5</sup>.

Il risultato è che il precedente reperito risulta spesso mal ricercato e individuato e, dunque, poco rilevante se non addirittura controproducente ai fini della decisione e comunque inidoneo ad ausiliare il giudice nella decisione e nella redazione della succinta motivazione, da formarsi, abbiamo visto, sulla scorta anche dei precedenti conformi resi nella materia. Precedenti che ben possono – anzi diremmo debbono, in forza del principio di competenza del difensore e del suo obbligo di conoscere la giurisprudenza della singola materia trattata – provenire *in primis* dalla parte interessata ad allegarli.

Naturalmente il modo per ovviare a ciò è l'introduzione di uno studio serio sul diritto giurisprudenziale, consapevole del cambiamento di segno – diremmo epocale – in forza del quale l'argomento fondato sul precedente è divenuto da meramente persuasivo a sostanzialmente decisivo delle sorti delle impugnazioni, e ciò per rimanere strettamente aderenti al solo dato legislativo dei “filtri”, come da ultimo introdotti.

Non solo. La stessa giurisprudenza citata in esordio ci ricorda poi come il richiamo al precedente in termini formatosi nella fattispecie in esame sia elemento valutativo tutt'altro che ancillare per il convincimento del giudice, *a fortiori* per quello di prime cure, che più di ogni altro necessita di essere posto perfettamente al corrente della disciplina della materia per potersi pronunciare.

Ma anche il secondo profilo, circa il mutamento dello stile delle sentenze e degli atti difensivi in genere, merita qui di essere investigato, una volta considerato che la rinnovata sollecitazione ai giudici di utilizzare il modello della motivazione “succinta” unitamente al richiamo a “precedenti conformi” utili ad integrare la motivazione, non possa non avere effetti rilevanti sullo stile delle sentenze e sullo stile degli atti processuali.

Quanto alle sentenze, il modello che sembra prender corpo è quello di un provvedimento di definizione del singolo grado assai più snello che in passato. Non solo per le ragioni di cui al citato art. 118 disp. att., quanto per via dell'uso – auspicabilmente sempre più diffuso – del modello della sentenza contestuale/immediata, secondo il meccanismo dell'art. 281-*sexies* c.p.c., di recente esportato dal legislatore anche nel giudizio di appello (cfr. art. 351 u.c. e 352 u.c. c.p.c.).

La tipica e rigida struttura della sentenza che apre con la sezione “svolgimento del processo”, la “motivazione”, e quindi il “dispositivo”, non potrà che

<sup>5</sup> G. PASCUZZI, *op. cit.*, pp. 181 ss.

essere soppiantata dal diverso e più sobrio modello in cui lo “svolgimento del processo” non avrà più ragione di essere, anche perché espressamente abrogato dall’art. 132 n. 4 c.p.c., per essere integrato da una concisa indicazione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche, quest’ultime rappresentate anche dal semplice richiamo a precedenti conformi.

L’annullamento delle varie sezioni della sentenza non potrà che favorire l’abbandono dello stile narrativo-discorsivo tipico della nostra giurisprudenza per affidarsi a tipologie diverse, non lontane da quelle “edittali” utilizzate dalla giurisprudenza francese e eurounitaria; stile che risulta assai più efficace a recepire i requisiti di concisione e a raccogliere i fatti salienti, le ragioni in diritto ed infine i precedenti conformi, come da ultimo richiesto dal legislatore.

Allo stesso modo, è da ritenere che il diffondersi di un nuovo modello di sentenza non possa non trovare riflessi nel modo in cui gli avvocati stendono i propri atti, assai spesso del tutto inclini ad una negativa e fuorviante prolissità che trova sempre minor tolleranza nelle Corti eurounitarie e nazionali. Se infatti il modello della concisione deve essere la bussola anche del giurista pratico, è allora necessario che i suoi atti si ispirino a criteri diversi dalle stantie sezioni “fatto” e “diritto”. Non solo e non tanto per via della loro spesso reciproca commistione, per cui nella parte in fatto trovi evidenti argomenti in diritto e viceversa, quanto per l’evidente considerazione che il modo migliore per vedere la propria tesi accettata dal giudice è quello di convincerlo con argomenti che siano facilmente esportabili nella “succinta” motivazione della sentenza.

La scarnificazione dei fatti rilevanti, accompagnata dal recupero ordinato della giurisprudenza che su fattispecie analoghe o identiche si è formata, magari tanto di quella a favore quanto di quella contraria, con spiegazione delle ragioni per cui quest’ultima non possa applicarsi alla fattispecie (secondo le tecniche del *distinguishing* e dell’*overruling*), tutto ciò, dicevamo, può tradursi in strumento sufficiente ed efficace a convincere il giudice della bontà della posizione sostenuta. Diversamente, una ricostruzione dei fatti ed in diritto del tutto pletorica, con lunghe riproposizioni di massime giurisprudenziali accostate in modo alluvionale, spesso prive di valore o comunque non pertinenti rispetto al caso trattato, annacqua anche l’argomento difensivo più validamente invocato dalla difesa e rischia solo di indebolire l’efficacia complessiva dell’atto.

Opportuno rimarcare che anche la Corte di legittimità da qualche tempo sperimenta e utilizza modelli di motivazione “in forma semplificata” per effetto della quale, tutte le volte in cui non è richiesto l’esercizio della funzione nomofilattica, la motivazione potrà essere estremamente sintetica, fermo restando l’obbligo di spiegazione della *ratio decidendi* riferita alla fattispecie decisa, e vietata l’adozione di formule di stile applicabili ad ogni fattispecie.

Il modello risulta assai utile tutte le volte in cui la funzione nomofilattica non deve esercitarsi, come nei casi in cui vengano dedotti vizi di motivazione, e l’impugnazione risponde esclusivamente all’interesse del litigante, ovvero quando si tratta di ricorsi che sollevano questioni giuridiche la cui soluzione

comporta l'applicazione di principi già affermati dalla Corte stessa e dai quali il collegio non ritiene di discostarsi. Ricorrendo tali casi, e non sono certo pochi, il collegio può deliberare di adottare il modello della motivazione semplificata, dandone atto nel dispositivo interno e nella sentenza ovvero ordinanza e comunque sul margine destro della prima pagina. Un segnale assai emblematico che non mancherà di dare risultati nel breve periodo.

### Il precedente tra giurisprudenza domestica ed eurounitaria

Il quadro succintamente delineato non può dirsi sufficientemente esplicativo del significativo cammino compiuto dal precedente giurisprudenziale e dalla giurisprudenza quale fonte del diritto, se si omettesse di menzionare il ruolo sempre più rilevante che va assumendo la giurisprudenza eurounitaria e convenzionale, segnatamente quella proveniente da Strasburgo.

È noto che il trattato di Lisbona nell'importante art. 6 abbia: riconosciuto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. di Nizza) il valore giuridico dei trattati (6.1); affermato l'adesione dell'Unione alla CEDU senza modificazione delle competenze stabilite nei trattati (6.2); precisato che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e «risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (6.3).

Una tale impegnativa disposizione ha lasciato tuttavia in ombra la coerenza delle disposizioni della Carta e della CEDU nonché gli spazi interpretativi a tal riguardo riservati alla Corte di Giustizia, con l'effetto che «ricade sui giudici degli Stati membri la prevalente responsabilità di risolvere le antinomie dei diversi ordinamenti»<sup>6</sup>.

Come giustamente osservato, l'incrocio di ordinamenti interni, comunitari e convenzionali, e di fonti normative e giurisprudenziali in ambito nazionale e sovranazionale, «valorizza la centralità della figura dell'interprete» ed il giudice assume la veste di «giudice comune comunitario» e «giudice comune della convenzione europea dei diritti dell'uomo»<sup>7</sup>.

Alla formazione del diritto vivente e del precedente concorrono allora molteplici elementi: di tipo normativo, nazionali e transazionali; di tipo giurisprudenziale, derivanti dalle elaborazioni delle corti europee – eurounitarie e convenzionali – che con le loro decisioni condizionano significativamente l'elaborazione giurisprudenziale domestica che si viene aggregando sul tema.

Un condensato di norme e precedenti di corti statuali e straniere che non può che sconcertare l'interprete di turno, chiamato d'ora innanzi ad un lavoro assai più impegnativo per l'individuazione del precedente o dei precedenti utili ed alla più corretta soluzione del caso.

<sup>6</sup> G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro italiano*, V/2012, p. 305.

<sup>7</sup> G. CANZIO, *op. cit.*, con richiamo alle note sentenze Corte Cost. 348 e 349 del 2007.



Ma si tratta di un processo conoscitivo assolutamente necessario cui l'interprete non può ormai abdicare, allo stato dei fitti rapporti che il nostro ordinamento intrattiene con quelli di matrice eurounitaria e convenzionale.



# Dalla Sicilia alla Lapponia, alla ricerca di una formazione giudiziaria europea

Pier Giovanni Traversa

---

## I propositi formativi delle istituzioni europee in favore degli operatori del diritto UE

È opportuno domandarci se, nella formazione giudiziaria in diritto UE e nelle sue attuazioni all'interno della legislazione domestica dei 28 Stati membri, concepita dalle istituzioni comunitarie in favore della magistratura e degli operatori giudiziari (c.d. *judiciary staff*) vi sia, o meno, spazio anche per la formazione continua degli avvocati europei. Anticipiamo la risposta positiva al quesito, focalizzando la nostra attenzione sull'ermeneutica delle fonti di cui disponiamo.

Con l'adozione del Trattato di Lisbona<sup>1</sup> del 2009, sono state poste le basi normative che consentono all'UE di assumere iniziative legislative, finalizzate a dare impulso allo sviluppo omogeneo della formazione giudiziaria in materia di diritto civile e penale.

Il disposto di cui all'art. 81.2 TFUE<sup>2</sup> testualmente prevede che: «Ai fini del paragrafo 1<sup>3</sup>, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano, in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno, misure volte a garantire: [...] h) un sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari».

L'art. 82.1 TFUE, inoltre, stabilisce che: «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure intese a: [...] c) sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari».

L'esigenza di sostenere e favorire una formazione giudiziaria europea, tuttavia, presuppone la sistematica costruzione di uno spazio giudiziario europeo, così come teorizzato nel 2010 dal Consiglio dell'Unione Europea nel c.d. Programma di Stoccolma<sup>4</sup>, attraverso il quale è stata scritta una nuova agenda per l'Unione Europea in materia di giustizia, libertà e sicurezza per il periodo

---

<sup>1</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:IT:PDF>

<sup>2</sup> Acronimo di "Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea", introdotto con il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:it:PDF>).

<sup>3</sup> «1. L'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri».

<sup>4</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:IT:PDF>

2010-2014, in continuità coi programmi di Tampere (1999-2004)<sup>5</sup> e dell'Aja (2004-2009)<sup>6</sup>.

In particolare, nel c.d. programma di Stoccolma e nel conseguente Piano d'azione per la sua attuazione<sup>7</sup>, una delle priorità che il Consiglio si è proposto di perseguire (preceduta solo dalla promozione della cittadinanza e dei diritti fondamentali), è rappresentata dalla realizzazione di un'Europa del diritto e della giustizia<sup>8</sup> intensificando, altresì, «la formazione e la cooperazione tra i professionisti del settore», come strumento utile a «promuovere un'autentica cultura europea in materia giudiziaria e di applicazione delle leggi»<sup>9</sup>.

Il Consiglio, al fine di promuovere un'autentica cultura europea in materia giudiziaria e di applicazione delle leggi, ha ritenuto «essenziale intensificare la formazione relativa alle tematiche connesse all'Unione, auspicando di renderla sistematicamente accessibile per tutte le professioni coinvolte nell'attuazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, tra cui sono da annoverare giudici, pubblici ministeri, personale giudiziario, polizia, agenti doganali e guardie di frontiera»<sup>10</sup>.

### E gli avvocati?

Se ci fermassimo al dato letterale del programma di Stoccolma, sembrerebbe che il Consiglio dell'Unione Europea non abbia ricompreso gli avvocati tra i soggetti destinatari dei programmi comunitari sulla formazione giudiziaria nel diritto UE anche se, come sopra riportato, laddove si parla nella premessa di «professionisti del settore», va da sé che la definizione sia comprensiva della categoria forense.

La Commissione europea, d'altro canto, con la Comunicazione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale ed al Comitato delle Regioni, intitolato *Alimentare la fiducia in una giustizia europea: una nuova dimensione per la formazione giudiziaria europea*, COM(2011)511 del 13 settembre 2011<sup>11</sup>, si è posta un obiettivo molto ambizioso da raggiungere entro il 2020, ossia la partecipazione di 700.000 operatori del diritto ad almeno una sessione di formazione in diritto comunitario nella loro carriera, attraverso l'effetto combinato di tre iniziative: «1. degli Stati membri, per trarre profitto dalle capacità

<sup>5</sup> [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_it.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm)

<sup>6</sup> Cfr. C 53/11, 3.2, su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:053:0001:0014:IT:PDF>, nonché <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0184:FIN:IT:PDF>

<sup>7</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0171:FIN:IT:PDF>

<sup>8</sup> Cfr. C 115/4, 1.1, su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:IT:PDF>

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Cfr. C 115/6, 1.2.6., cit.

<sup>11</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0551:FIN:IT:PDF>

esistenti al fine di sviluppare le attività di formazione sull'*acquis* dell'Unione promosse da scuole forensi o da professioni giuridiche; 2. dei partner a livello europeo, per aumentare la loro cooperazione, accrescere il numero di attività e scambi, tramite organizzazioni professionali a livello europeo, istituti di formazione o la REFG (rete europea di formazione giudiziaria, *n.d.r.*); 3. della Commissione europea, per aumentare il suo sostegno finanziario a progetti di formazione di alta qualità, promuovere consorzi di scuole giudiziarie, giungere ad offrire una formazione a 20.000 operatori del diritto ogni anno entro il 2020, sviluppare l'uso di tecnologie moderne e in particolare del portale europeo della giustizia elettronica (<https://e-justice.europa.eu>, *n.d.r.*)<sup>12</sup>.

Alla luce del chiaro e inequivoco allargamento della platea dei soggetti destinatari delle politiche di formazione giudiziaria, compiuto dalla Commissione europea con la comunicazione del 2011, il Consiglio dell'Unione Europea, nelle sue conclusioni del 27 ottobre 2011 ha accolto «con favore la comunicazione della Commissione intitolata *Alimentare la fiducia in una giustizia europea: una nuova dimensione per la formazione giudiziaria europea*, in cui si sottolinea l'importanza di migliorare la conoscenza del diritto dell'UE e la fiducia reciproca tra gli operatori del diritto per assicurare un'efficace attuazione del diritto dell'Unione ed un'agile cooperazione giudiziaria transfrontaliera in tutti gli Stati membri»<sup>13</sup>.

In particolare il Consiglio, se da un lato «3. Sostiene vigorosamente la realizzazione di ulteriori sforzi per la formazione di giudici, procuratori ed altri operatori giudiziari nel diritto europeo e nella sua applicazione», dall'altro «4. Accoglie con favore l'agevolazione della formazione di altri operatori del diritto, compresi gli ufficiali giudiziari, i notai e gli avvocati»<sup>14</sup> sottolineando, infine, che «la formazione non dovrebbe compromettere l'indipendenza delle professioni forensi».

Il cerchio sembra essersi finalmente chiuso con l'esplicitazione degli operatori del diritto destinatari delle attenzioni comunitarie alle tematiche della formazione giudiziaria e con lo studio sulla formazione giudiziaria negli Stati membri dell'Unione Europea, pubblicato dal Parlamento europeo nel mese di ottobre 2011<sup>15</sup>, con il quale è stato definitivamente sancito il ruolo attivo che, secondo le istituzioni comunitarie, l'avvocatura dovrebbe ricoprire tra gli operatori del diritto interessati dai programmi di formazione continua, aventi ad oggetto il diritto europeo ed il diritto comparato.

Già nella premessa all'elaborato commissionato dal Parlamento al consorzio composto dall'ERA (Accademia del Diritto Europeo)<sup>16</sup> e dall'EJTN (Rete Euro-

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>13</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:361:0007:0008:IT:PDF>

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> <http://www.europarl.europa.eu/delegations/en/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=60091>

<sup>16</sup> <https://www.era.int>

pea di Formazione Giudiziaria)<sup>17</sup>, una volta chiarito il senso della “formazione giudiziaria” sottostante lo studio condotto all’interno dei 28 Paesi membri<sup>18</sup>, si può leggere che «indubbiamente l’effettiva applicazione del diritto UE dipende anche dalla misura in cui gli avvocati, nell’esercizio della loro professione, siano consapevoli e ricevano una formazione sul diritto UE. In ossequio ai termini ed alle condizioni dell’avviso di gara (relativo al presente studio, ndr.) ed al fine di garantire la gestibilità del lavoro assegnato, nel presente studio non è stata presa in considerazione la formazione dei consulenti legali, eccetto i casi in cui i soggetti incaricati della formazione giudiziaria abbiano organizzato eventi formativi congiunti con gli ordini forensi o quelli nei quali sia consentita la partecipazione anche ai professionisti privati. Tuttavia, al fine di completare il quadro sulla formazione nel diritto UE, estendere la ricerca anche alla formazione degli avvocati europei nel diritto UE, sarebbe di estremo valore».

Nel solco tracciato dallo studio del 2011, il Parlamento ha approvato la realizzazione di un progetto pilota, finanziato dalla Commissione, che ha già avuto inizio nei primi mesi del 2013 e si concluderà nel 2014, con il proposito di realizzare una comune cultura giuridica attraverso lo scambio delle migliori prassi esistenti nei Paesi membri (Croazia compresa)<sup>19</sup> nel campo della formazione degli operatori del diritto europeo.

Il progetto pilota si suddivide in quattro lotti e, precisamente: Lotto 1: studio sulle migliori prassi nella formazione dei giudici e procuratori (contractor: EJTN); Lotto 2: studio sulla formazione degli avvocati in diritto europeo (contractors: EIPA e CCBE); Lotto 3: studio sulla formazione degli operatori giudiziari nel diritto europeo e promozione della cooperazione tra court staff e fornitori di servizi formativi a livello comunitario (contractor: consorzio con l’EIPA capofila); Lotto 4: promozione della cooperazione tra gli operatori del diritto coinvolti nella formazione giudiziaria europea (non ancora assegnato).

### **Commissione europea e comunicazione COM(2011)511 del 13 settembre 2011. Un cambio di marcia**

È del tutto evidente che la Commissione europea, con la comunicazione del 2011, ha dettato un importante cambio di marcia nell’approccio che le istituzioni comunitarie hanno avuto con la formazione continua e permanente degli operatori del diritto nelle tematiche di diritto europeo, sia nel senso stretto del termine (il riferimento è ai regolamenti ed alle direttive dettagliate o *self*

<sup>17</sup> <http://www.ejtn.net>

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 13, Tale intendendosi la formazione diretta ai magistrati togati, compresi quelli amministrativi; la pubblica accusa (comprese quei sistemi giudiziari dove le carriere sono separate rispetto a quelle dei magistrati); il c.d. “court staff”, ossia il personale giudiziario.

<sup>19</sup> Nelle more la Croazia, a far data dal 1° luglio 2013, è diventata il 28° Stato membro dell’Unione Europea.

*executing*), che nelle sue implementazioni all'interno del formante normativo<sup>20</sup> domestico dei 27 Paesi membri.

La stessa rubrica<sup>21</sup> della comunicazione COM(2011)511 è indicativa dell'obiettivo individuato dalla Commissione europea e dello strumento attraverso il quale perseguire questo fine: alimentare la fiducia nella giustizia europea, attraverso la formazione giudiziaria "europea" degli operatori del diritto interessati ed il riconoscimento delle reciproche esperienze. «Il riconoscimento reciproco è il fondamento della cooperazione giudiziaria in materia civile e penale quale sancita dagli articoli 67, 81 e 82 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. La corretta comprensione dei diversi ordinamenti giuridici nazionali è necessaria per garantire il riconoscimento delle decisioni giudiziarie, la cooperazione tra autorità giudiziarie e la rapida esecuzione delle decisioni, ma anche per accrescere la fiducia reciproca. I giudici nazionali, a tutti i livelli di giurisdizione e "in ogni luogo dalla Sicilia alla Lapponia", dovrebbero possedere una conoscenza adeguata del diritto dell'Unione e dei sistemi giudiziari nazionali»<sup>22</sup>.

Al fine di raggiungere entro il 2020 l'ambizioso obiettivo (la Commissione stessa ne parla in termini di *challenging goal*)<sup>23</sup> di far partecipare almeno 700.000 operatori del diritto ad eventi di formazione giudiziaria europea, la Commissione ha mobilitato tutti i soggetti interessati (*stakeholders*): Stati membri; istituzioni giudiziarie nazionali; istituzioni nazionali ed europee di servizi formativi; professionisti di settore.

Costoro dovranno, ciascuno in base alle proprie risorse e competenze: 1) integrare il diritto UE e le sue implementazioni nei programmi nazionali di formazione giuridica (iniziale e continua); 2) espandere al diritto UE il raggio di azione della formazione giudiziaria (intesa in senso ampio, ossia rivolta a tutti gli operatori del diritto interessati); 3) incrementare il numero dei soggetti fruitori di tale formazione professionale.

Negli auspici della Commissione, la formazione iniziale e continua dovrebbe sistematicamente coinvolgere gli operatori del diritto, spingendoli a riflettere su come interagiscano le legislazioni dei Paesi membri con quella europea, influenzando l'attività professionale giornaliera di ciascun operatore del diritto.

Ad esempio nel diritto delle obbligazioni, dovrebbe essere di comune dominio l'ulteriore distinzione esistente tra interessi legali ed automatici di mora. Questi ultimi sono stati introdotti con una fonte normativa comunitaria, la Direttiva 200/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 giugno

---

<sup>20</sup> Per una compiuta trattazione sulla teoria dei formanti (normativo, giurisprudenziale e dottrinale), si rinvia a R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino 1979; ID., *Legal formants. A dynamic approach to comparative law*, in *Am. J. Comp. Law*, 39/1991.

<sup>21</sup> "Alimentare la fiducia in una giustizia europea: una nuova dimensione per la formazione giudiziaria europea".

<sup>22</sup> Cfr. nota 13, COM(2011)511, p. 2-3.

<sup>23</sup> [http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/judicial-training-background\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/judicial-training-background_en.pdf)

2000, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali<sup>24</sup>. Benché la direttiva abbia ricevuto attuazione nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231<sup>25</sup>, nella prassi non è infrequente assistere ad applicazioni difformi della richiamata normativa in fattispecie assolutamente identiche.

Nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà<sup>26</sup>, la Commissione riconosce ai Paesi UE ed alle professioni legali il primato nell'organizzazione della formazione continua precisando, tuttavia, che l'istituzione europea ha posto in essere iniziative tese a supportare i loro sforzi, ossia:

- a) nel 2010 con l'adozione del Piano d'azione per l'attuazione del Programma di Stoccolma<sup>27</sup>;
- b) inserendo nel portale europeo sulla giustizia (<https://e-justice.europa.eu/home.do>) una sezione dedicata alla formazione giudiziaria europea (*European Judicial Training*);
- c) approntando materiale formativo sul diritto europeo dell'ambiente per supportare l'attività dei formatori;
- d) incoraggiando la formazione di network a livello nazionale ed europeo tra organizzazioni professionali e strutture formative, in modo che possano lavorare in sinergia allo scambio delle migliori prassi sui metodi formativi; costituire consorzi ed organizzare attività formative intersettoriali;
- e) incoraggiando, attraverso il bando di finanziamenti nel settore civile e penale, tutti i soggetti interessati (*stakeholders*) a presentare progetti innovativi e di alta qualità;
- f) considerando, a partire dal 2014, la formazione continua un'area prioritaria sulla quale far convergere importanti risorse finanziarie.

Gli sforzi operativi della Commissione partono da una fotografia scattata nel 2012 sullo stato dell'arte della formazione giudiziaria nel 2011, attraverso la redazione del c.d. *Report on European judicial training*<sup>28</sup>, oggetto di presentazione, dibattito ed approfondimento in occasione della recente conferenza orga-

<sup>24</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:200:0035:0038:it:PDF>

<sup>25</sup> "Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 249 del 23 ottobre 2002.

<sup>26</sup> Art. 5, §3 TUE: «In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo».

<sup>27</sup> Vedi nota 9.

<sup>28</sup> [http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/report\\_on\\_european\\_judicial\\_training\\_2011\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/report_on_european_judicial_training_2011_en.pdf)



nizzata dalla Commissione europea a Bruxelles il 10 marzo 2013 (*Stimulating European Judicial Training*)<sup>29</sup>, riservata agli operatori del diritto interessati dai programmi formativi in oggetto, ossia magistrati, avvocati, notai, ufficiali giudiziari e personale di cancelleria, provenienti da tutti i Paesi membri dell'Unione.

### **Il contributo dell'avvocatura italiana attraverso la Delegazione del CNF al CCBE e la Scuola Superiore dell'Avvocatura**

Il *challengin goal* che la Commissione europea intende perseguire<sup>30</sup> nel settore della formazione giudiziaria europea passa necessariamente attraverso un gioco di squadra con i destinatari del programma 2014-2020.

Uno degli interlocutori delle istituzioni europee costantemente coinvolto nei processi consultivi relativi alle tematiche dell'avvocatura a livello comunitario, è il CCBE<sup>31</sup> ossia il Consiglio degli Ordini Europei, che l'avvocatura italiana ha contribuito a fondare nel 1960, unitamente ai colleghi di Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi.

Il Comitato sulla formazione (*Training Committee*) presso il CCBE è stato richiesto dalla Commissione Europea di presentare esempi di attività ed iniziative formative, finalizzate alla realizzazione di un'autentica cultura giuridica europea, comprensiva della costruzione di una reciproca fiducia tra gli operatori del diritto ed i numerosi sistemi giudiziari nazionali.

Richiesta dalle istituzioni comunitarie e dal *Training Committee* del CCBE, l'avvocatura italiana ha dato concreto sostegno alle iniziative sopra richiamate attraverso una serie di contributi che, per motivi di brevità, qui possono essere solamente accennati.

La Delegazione del CNF presso il CCBE ha contribuito ad elaborare un progetto finanziato dalla Commissione europea, finalizzato alla realizzazione della c.d. Piattaforma Formativa Europea (di seguito anche solo "la piattaforma"), ossia uno strumento che, nell'ottica di contribuire a realizzare una vera cultura giuridica europea ed una reciproca fiducia (*mutual trust*), si propone di offrire agli avvocati una visione panoramica di tutti i corsi di formazione continua a livello europeo. Ciò consentirà di conoscere più facilmente le modalità con le quali il diritto comunitario è praticato ed amministrato negli altri Stati membri, unitamente alle peculiarità dei sistemi giudiziari degli altri stati membri.

A titolo esemplificativo, quindi, l'avvocato francese con clienti polacchi potrà trarre beneficio da un corso in diritto della concorrenza organizzato in Polonia e, nello stesso tempo, porsi in relazione con colleghi locali in modo da creare una rete di contatti in loco.

---

<sup>29</sup> [http://ec.europa.eu/justice/events/judicial-training-2013/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/events/judicial-training-2013/index_en.htm)

<sup>30</sup> Cfr. p. 4.

<sup>31</sup> Council of Bars and Law Societies of Europe - Conseil des barreaux européens (<http://www.ccbe.eu>).

Inoltre, fornire informazioni sui corsi di formazione organizzati in un Paese membro ad avvocati appartenenti ad altri Stati membri consentirà di programmare corsi formativi che trattino argomenti transfrontalieri e di stabilire un terreno comune per i professionisti che vogliono scambiare esperienze su specifiche questioni di diritto comunitario, anche relazionandosi con altri operatori del diritto (es. magistrati e funzionari comunitari).

In altre parole corsi di formazione che attualmente sono impostati secondo standard prettamente domestici, potranno diventare in un futuro prossimo concretamente europei dal punto di vista della forma del contenuto e dei partecipanti.

Il progetto ha avuto inizio il 1° febbraio 2013 e, una volta concluso (entro il 2015), vedrà l'inserimento della piattaforma all'interno del sito *e-justice* della Commissione europea<sup>32</sup>.

Ad oggi è stato individuato il soggetto che realizzerà materialmente il supporto informatico il quale, attraverso la costante interazione con i fornitori di servizi formativi a livello nazionale (per l'Italia contribuiscono fattivamente alla realizzazione del progetto la Scuola Superiore dell'Avvocatura, da un lato e il gruppo editoriale Wolters Kluwer Italia, dall'altro), si propone di raccogliere il *know-how* ed i suggerimenti dei c.d. *Training providers* sul migliore modo di dare forma concreta al progetto.

Un altro progetto che vede in prima fila la Delegazione del CNF presso il CCBE e la Scuola Superiore dell'Avvocatura, è quello condotto congiuntamente da CCBE e EIPA<sup>33</sup> sul Lotto 2 del progetto pilota finanziato dal Parlamento europeo<sup>34</sup>, avente ad oggetto lo studio sulla formazione degli avvocati in diritto europeo e del ruolo del diritto europeo e del diritto comparato nei programmi di formazione iniziale e continua, inaugurato con il *kick-off meeting* tenutosi a Lussemburgo il 20 marzo 2013.

Il progetto pilota ha due obiettivi principali: 1) fotografare lo stato dell'arte della formazione degli avvocati dei Paesi membri nel diritto europeo; 2) sviluppare scambi di "prassi virtuose" in materia.

Il progetto comprenderà: la realizzazione di schede informative sui sistemi formativi nazionali; una ricognizione dei fornitori di servizi formativi a livello nazionale (c.d. *Training providers*); una descrizione delle attuali attività formative che includano aspetti di diritto europeo (c.d. *EU law*); raccomandazioni su miglioramenti e realizzazione di un prontuario (c.d. *toolkit*) per la diffusione delle "prassi virtuose".

In tale progetto saranno coinvolti gli ordini (nazionali e locali), gli avvocati ed i fornitori di servizi formativi, ai quali verrà chiesto di fornire informazioni

<sup>32</sup> <https://e-justice.europa.eu/home.do>

<sup>33</sup> European Institute of Public Administration (<http://www.eipa.nl>).

<sup>34</sup> Cfr. p. 3.

e suggerimenti. La squadra responsabile del progetto intende fornire esempi e risultati realistici ottenendo, così, concreti progressi nel campo della formazione forense. Verranno diffusi questionari e documentazione in lingua francese ed inglese attraverso i consigli nazionali, spediti ai fornitori di servizi formativi e resi disponibili a tutti i soggetti interessati, attraverso un apposito sito internet. L'indagine costituirà la base per il primo ampio studio sullo stato della formazione forense europea (in particolare sul diritto europeo), che descriverà le attività esistenti e segnalerà le lacune da colmare.

Le raccomandazioni finali costituiranno la base per il miglioramento e lo sviluppo di specifiche risposte alle richieste degli avvocati nel settore della formazione forense.

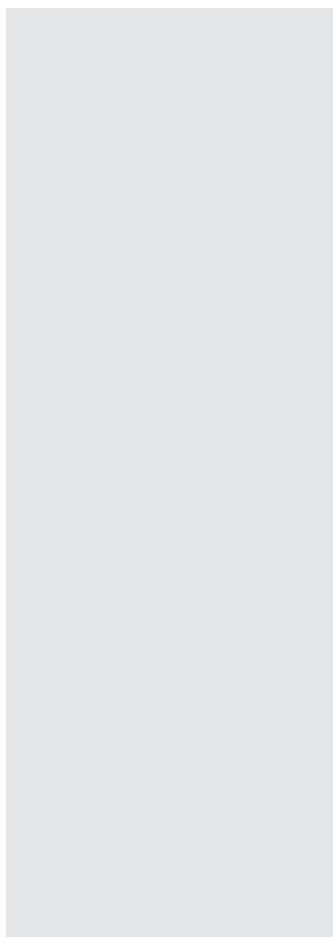
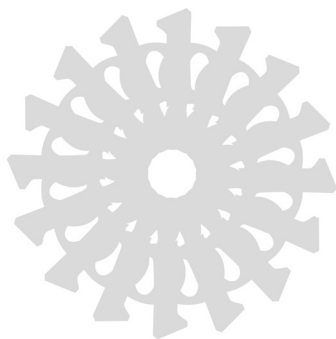
Vi saranno, altresì, benefici per i fornitori di servizi formativi i quali, grazie alla mole dei dati che verranno raccolti in tema di formazione continua forense, riusciranno ad offrire prodotti professionali aderenti al panorama giuridico europeo in continua evoluzione, oltre ad acquisire visibilità oltre confine.

La Scuola Superiore dell'Avvocatura e la Delegazione del CNF presso il CCBE, hanno organizzato il 16 giugno 2013 il primo seminario divulgativo tra i Paesi membri, tenutosi a Roma.

In tale occasione la signora Amélie Leclercq (già funzionario DG Justice della Commissione Europea ed attuale Project Manager presso l'EIPA) e la signora Emmanuelle Cretin-Magand (Responsabile della formazione giudiziaria presso la Direzione Generale della Commissione europea) hanno illustrato ai partecipanti i contenuti del progetto e l'attività richiesta ai *contact point* dei consigli nazionali degli Stati membri.



# ARGOMENTAZIONE E LINGUAGGIO





# La ricerca degli argomenti nelle banche dati: l'ars topica nel XXI secolo

Federico Puppo

---

## Introduzione

In questo scritto proporremo alcune riflessioni in tema di informatica giuridica, un campo di analisi piuttosto vasto e variegato che comprende settori di studio come, ad esempio, quelli relativi alla documentazione giuridica informatica, alla redazione dei documenti, alle prove informatiche, alla deontologia e via dicendo<sup>1</sup>: si tratta di materie piuttosto diverse tra loro, in cui tuttavia non si fatterà a riconoscere i connotati di attività o di problemi che tutti i giorni interessano gli avvocati. D'altra parte non possiamo non ricordare come ciò corrisponda a un'attitudine della disciplina più pratica di quanto non si possa pensare, manifestatasi sin dal «primo scritto sui rapporti tra cibernetica e diritto»<sup>2</sup> – quel *Jurimetrics. The Next Step Forward* dello statunitense Lee Loevinger, che di fatto ha segnato la nascita della materia –, il quale era anzi caratterizzato da un approccio fortemente pragmatista: lì veniva infatti avanzata la pretesa di applicare al diritto il metodo delle scienze matematiche e, grazie all'uso del calcolatore, di ottenere una conoscenza predittiva dei precedenti giudiziari per poter statisticamente indovinare il comportamento delle Corti. Da tale punto di vista, a dispetto di un sentire comune (e – va detto – della criticabilità delle proposte giurimetriche), l'informatica del diritto si “presenta sulla scena” vantando un immediato impatto sulla prassi, anche se alcuni sviluppi recenti sono senz'altro connotati da livelli di astrazione teorica molto complessi (basti pensare, tanto per fare un esempio, all'implementazione dei modelli di logiche non classiche per la rappresentazione dell'argomentazione giuridica). D'altra parte non va dimenticato che, per quanto l'informatica giuridica sia disciplina piuttosto recente (lo scritto di Loevinger è del 1949), le tracce della sua genesi

---

<sup>1</sup> Per maggiori approfondimenti sul tema si v. A.C. AMATO MANGIAMELLI, *Diritto e Cyberspace. Appunti di informatica giuridica e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2000; M. COSUTTÀ, *Questioni sull'informatica giuridica*, Giappichelli, Torino 2003; M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, vol. III, *Dal Novecento alla postmodernità*, Giuffrè, Milano 2002; P. MORO (a cura di), *Etica, informatica, diritto*, FrancoAngeli, Milano 2008; G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione. Corso di informatica giuridica*, Giappichelli, Torino 2012. Più in particolare, per il tema che discuteremo, v. P. MORO, *L'informatica forense. Verità e metodo*, San Paolo, Torino 2006; G. PASCUZZI, *Cercare il diritto*, Il Mulino, Bologna 2010.

<sup>2</sup> M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, cit., p. 44.

si perdono nel tempo se è vero, come è vero, che di applicazione meccanico-matematica del ragionamento si sente espressamente parlare almeno dall'Alto Medioevo, a partire dal diffondersi, in Occidente, del numero zero e dell'idea di algoritmo di al-Khwarizmi che, passando per le opere di Lullo e per le speculazioni di Leibniz e Cartesio, trionfa infine con l'analisi matematica delle leggi del pensiero di Boole.

Non è certo questa la sede per trattare tali temi e così, per quanto ci concerne, soffermeremo la nostra attenzione solo su alcuni profili connessi con quel ramo dell'informatica giuridica che si interessa, in estrema sintesi, della ricerca di informazioni (giuridiche) – quali legislazione, giurisprudenza e dottrina – attraverso l'interrogazione delle banche dati. Vorremo anzi dire alcunché sia sul funzionamento di queste ultime – e quindi sulle strategie di interrogazione che è opportuno adottare per svolgere delle ricerche in modo efficace –, sia sui profili più generali del metodo retorico – di cui la prima fase, quella topica, è tradizionalmente deputata proprio alla ricerca delle informazioni idonee a costituire gli argomenti del discorso di chi deve persuadere qualcun altro, come succede all'avvocato con il giudice.

### L'arte topica...

A tal proposito è bene ricordare come il momento della ricerca delle informazioni giuridiche, e cioè degli argomenti – che classicamente si indicano con i nomi di *éndoxa*, *topoi* o *loci argumentorum* –, si inserisce nel contesto di un procedimento logico articolato e complesso, quello topico-dialettico-retorico, in cui la fase topica è volta a rinvenire le premesse del ragionamento, che nel contesto della prassi forense sono, di regola, le norme di legge e le pronunce della giurisprudenza, le quali poi saranno difese in modo dialettico al fine di costruire un ragionamento retoricamente persuasivo.

Nella declinazione che tale attività ha assunto in epoca contemporanea, non si può ignorare il fatto che la ricerca dei *topoi* viene effettuata attraverso l'ausilio di sistemi informatici (dapprima su CD-ROM e DVD, oramai quasi esclusivamente per via telematica). Ciò che tuttavia resta immutato è il fatto che la topica si esercita in un contesto non assiomatico-deduttivo, in cui, cioè, non si dispone di premesse certe da cui trarre conclusioni necessarie: insomma, come tutti sanno, il problema dell'avvocato (ma anche del pubblico ministero o, in seconda istanza, del giudice) è quello di selezionare gli argomenti a sostegno del proprio discorso, per mostrare la plausibilità delle conclusioni che da essi è possibile trarre. Occorre quindi precisare i criteri grazie ai quali ciò avviene, perché la scelta degli argomenti (cui presiede il momento della *inventio*) non è privo di conseguenze, né arbitrari sono i criteri con cui collegarli e disporli (cui presiedono i momenti della *dispositio* e dell'*elocutio*).

A tale riguardo non va peraltro sottaciuto come l'utilizzo e l'implementazione di tecnologie informatiche, lungi dall'essere neutre e rappresentare una



mera evoluzione di “vecchi” strumenti cartacei, hanno profondamente cambiato il diritto<sup>3</sup> e il modo di lavorare di ciascuno, incidendo sulla natura stessa del metodo forense. Come una raccolta di giurisprudenza disponibile in una banca dati consultabile in remoto non è semplicemente la versione digitale dei “vecchi” volumi del Foro Italiano, così il metodo di ricerca degli argomenti non è rimasto lo stesso: quindi, il sapere cui è connaturato ne esce inevitabilmente mutato. I cambiamenti dovuti all'utilizzo di nuove tecnologie non riguardano, cioè, solo l'innovazione di alcuni strumenti, ma incidono sulla natura stessa del campo di esperienza in cui vengono importati: lo conferma altrimenti, proprio relativamente alla *dispositio* ed alla *elocutio*, la redazione di atti (sentenze comprese) che oggi non è raro vedere ridotti e sviliti ad una collazione di massime di giurisprudenza e articoli di legge facilitata dal comando “copia/incolla” che condiziona, in un faticoso “doppio click”, il metodo della scrittura<sup>4</sup>.

Tutto ciò ha ovviamente a che fare non solo con la natura dello strumento che si utilizza, ma anche con le modalità con cui esso viene impiegato: in ultima analisi, lo ripetiamo, si è in presenza di un problema di metodo. Per parte nostra riteniamo, peraltro, che coltivare, anche in tale ambito, la memoria del metodo retorico non sia inutile: anzi, come cercheremo di mostrare, secondo noi ciò non solo non confligge, almeno nel contesto della topica, con l'impiego delle banche dati, ma ne comporta anche una migliore fruizione. Per chiarire questo punto occorre spendere qualche parola sul modo di interrogazione di una banca dati per poi vedere come ciò si connetta con l'insegnamento della retorica classica.

### ...nell'utilizzo dei sistemi di *information retrieval*

In primo luogo dobbiamo così ricordare come i programmi per eseguire ricerche di dati sono incaricati di fornire all'utente i documenti richiesti e l'*optimum* sarebbe, ovviamente, quello di fornire tutti e solo questi documenti, senza cioè tralasciarne alcuno o produrne di estranei. L'efficacia di un sistema di *information retrieval* si misura pertanto sulla base di due fattori che sono il “richiamo” (cioè «la quantità di documenti pertinenti ritrovati, in rapporto a tutti i documenti pertinenti contenuti nella base documentale»<sup>5</sup>) e la “precisione” (cioè «la quantità di documenti pertinenti ritrovati, in rapporto a tutti i documenti recuperati»). Per parte loro, i difetti di un *software* di *information retrieval* si rappresentano

---

<sup>3</sup> Cosa che era stata messa in luce, fra i primi, già da uno dei fondatori dello studio dell'informatica giuridica in Italia, e cioè Vittorio Frosini: cfr. V. FROSINI, *Cibernetica diritto e società*, Edizioni di Comunità, Milano 1983.

<sup>4</sup> Si tratta evidentemente di un tema complesso, su cui qui non possiamo diffonderci ulteriormente; ci sia così concesso rinviare al nostro F. PUPPO, *Informatica giuridica e metodo retorico. Un approccio “classico” delle nuove tecnologie*, Tangram, Trento 2012, in part. cap. 1, e alla bibliografia ivi citata.

<sup>5</sup> G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, cit., p. 162 (corsivo dell'A.), da cui anche le definizioni che seguono su “precisione”, “silenzio” e “rumore”.

grazie a due parametri contrari al richiamo ed alla precisione, ovvero il “silenzio” ed il “rumore”, dove il «silenzio è il difetto del richiamo», che sussiste quando la ricerca non recupera dati pertinenti, mentre il «rumore è il difetto della precisione», che sussiste quando la ricerca produce dati non pertinenti.

Si comprende, dunque, come gli obiettivi di un sistema di *information retrieval* e dell’utente che lo utilizza siano quelli di massimizzare il richiamo e la precisione, contenendo il silenzio ed il rumore. A tal fine concorre non solo il modo in cui è progettato il sistema, ma anche, da parte dell’utente, il modo di svolgere una ricerca interrogando correttamente una banca dati: per far ciò si è costretti ad utilizzare la logica booleana, che «nell’informatica [...] è onnipresente»<sup>6</sup>, governando anche il funzionamento dei sistemi informatici e le modalità di interrogazione dei motori di ricerca<sup>7</sup>.

Per comprendere il modo in cui le “interrogazioni booleane” consentano di ottimizzare la fase dell’*inventio* informatica, basta ricordare come esse permettono di restringere o ampliare una ricerca su base sintattica, fornendo al sistema più informazioni e mettendolo così nella situazione di poter meglio soddisfare la richiesta dell’utente. Ciò avviene in primo luogo grazie all’utilizzo degli operatori logici booleani – “AND”, “OR” e “NOT” –, i quali corrispondono ai connettivi logici della “congiunzione”, “disgiunzione” e “negazione”: essi consentono di presentare ad un sistema di *information retrieval* la propria *query* in modo articolato, sulla base di più chiavi di ricerca il cui funzionamento replica quello delle regole della logica booleana, che è di tipo binario – ammette cioè due soli valori di verità (Vero e Falso), che corrispondono algebricamente alle cifre 1 e 0.

Per comprendere meglio il punto, si immagini di dover affrontare una ricerca di giurisprudenza in tema di locazione e, più in particolare, sul problema della durata del contratto. La ricerca si può effettuare chiedendo al sistema di presentare le sentenze o le massime con riferimento a singoli articoli di legge o, come di norma avviene, inserendo uno o più termini nell’apposito campo libero della maschera di ricerca. Il modo più semplice e immediato è inserire il termine “locazione”: il sistema produrrà però un numero estremamente alto di documenti, e cioè tutti quelli che contengono tale termine (la ricerca si effettua su base sintattica: il sistema trova, cioè, i testi in cui compaiono i termini richiesti)<sup>8</sup>. Per migliorare,

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 163 (corsivo dell’A.).

<sup>7</sup> La logica booleana è in effetti la logica dell’informatica, che si basa sulla base delle leggi del calcolo algebrico binario sviluppate da George Boole a metà dell’Ottocento e che, meno di un secolo dopo, Claude Shannon pensò di poter utilizzare per progettare i primi sistemi di calcolo digitale. Per un’analisi dei fondamenti logico-filosofici del pensiero booleano cfr. F. PUPPO, *Vaghezza del linguaggio e retorica forense. Saggio di logica giuridica*, Cedam, Padova 2012, in part. cap. 6, e la bibliografia ivi citata.

<sup>8</sup> Una ricerca effettuata in data 19 giugno 2013 utilizzando la banca dati *DeJure* inserendo come chiave di ricerca “locazione” nella maschera “giurisprudenza”, selezionando come tipologie di contenuti solo le “massime”, ha prodotto 18.532 risultati.

cioè restringere, la ricerca occorre quindi usare i connettivi logici, ad esempio il connettivo “AND” (che si esprime comunemente in logica con il simbolo “ $\wedge$ ”), il quale stabilisce che una proposizione composta (rappresentata da “ $P \wedge Q$ ”, che si legge “P e Q”) è vera se e solo se sono vere entrambe le proposizioni che la compongono (rappresentate da “P” e “Q”). La tavola di verità del connettivo della congiunzione è in effetti la seguente:

P	Q	$P \wedge Q$
0	0	0
0	1	0
1	0	0
1	1	1

Così, ad esempio, la proposizione «oggi è nuvoloso e piove» è vera se e solo se è vero che «oggi è nuvoloso» ed è vero che «oggi piove», mentre è falsa se è non è vero che «oggi è nuvoloso» ma è vero che «oggi piove» (a volte piove anche se c'è il sole), o se è vero che «oggi è nuvoloso» ma non è vero che «oggi piove» (non sempre piove anche se è nuvoloso), o se è falso sia che «oggi è nuvoloso» sia che «oggi piove».

Una ricerca effettuata con il connettivo “AND” ne restringe quindi l'ambito, perché chiede al sistema di reperire tutti i documenti in cui non compaia solo un termine, ma in cui compaiano entrambi. Così, per restare all'esempio della locazione con riguardo alla durata del contratto, invece di inserire come chiave di ricerca “locazione” è meglio inserire “locazione AND durata” (o, semplicemente, “locazione durata”). In questo modo il sistema offrirebbe tutti i documenti in cui compaiono entrambe le parole, indipendentemente dalla loro distribuzione all'interno del testo<sup>9</sup>.

Diverso il comportamento del connettivo logico “NOT” “, il cui simbolo è “ $\neg$ ”, e la cui tabella di verità è la seguente:

P	$\neg P$
0	1
1	0

L'interpretazione è immediata ed implica che la proposizione “P” è vera quando la proposizione “ $\neg P$ ” (che si legge “non P”) è falsa e viceversa. Ad esempio, la proposizione “oggi piove” è vera quando è falso che “oggi non piove” ed è falsa quando è vero che “oggi non piove”.

<sup>9</sup> Una riprova è data dal fatto che, sempre con riferimento ai parametri di cui alla nota 8, la ricerca “locazione AND durata” ha prodotto 1.584 risultati.

Per quanto riguarda il funzionamento delle banche dati tale regola ci dice che «la richiesta dei documenti che rispettino (per i quali risulta vera) una condizione di ricerca negata, troverà risposta nei documenti che non rispettano la condizione negata»<sup>10</sup>. In pratica, usare il “NOT” significa dire al sistema di escludere dalla ricerca i documenti in cui compare un certo termine, ad esempio “deposito”, perché il nostro utente non è interessato alle pronunce in tema di deposito e locazione, ma solo di locazione: basterà a tal fine inserire, nell’apposito spazio libero della maschera di ricerca che compare sullo schermo, la chiave di ricerca “locazione AND NOT deposito”, ottenendo così i documenti che contengono il termine locazione ma non quelli che contengono il termine deposito (se si chiedesse invece “locazione AND deposito” si otterrebbe il contrario, e cioè i documenti che contengono tanto il termine locazione quanto il termine deposito, indipendentemente dalla loro distribuzione all’interno del testo)<sup>11</sup>.

Questo nel caso in cui si intenda restringere un ricerca, e contenere così il rumore. Immaginiamo invece che una ricerca soffra del difetto contrario, cioè il silenzio, avendo prodotto un numero di documenti piuttosto basso: ebbene, per ampliarla è necessario utilizzare il connettivo della disgiunzione “OR”, che in logica si rappresenta con il simbolo “ $\vee$ ” – il quale corrisponde alla prima lettera del termine latino “*vel*” e di cui il simbolo “ $\wedge$ ” dell’“AND” è graficamente l’inverso – e che ha un senso inclusivo. Nella disgiunzione, a differenza di quanto accade nella congiunzione, la combinazione di due proposizioni “ $P\vee Q$ ” (che si legge “P o Q”) sarà vera quando almeno una delle due è vera, in accordo con la seguente tavola di verità:

P	Q	$P\vee Q$
0	0	0
0	1	1
1	0	1
1	1	1

Così, ad esempio, l’affermazione “oggi è caldo o c’è il sole” è vera sia quando è vero che “oggi è caldo” ma è falso che “c’è il sole” (come avviene in una

<sup>10</sup> G. SARTOR, *L’informatica giuridica e le tecnologie dell’informazione*, cit., p. 165.

<sup>11</sup> Una prova è data dal fatto che, fermi i parametri di cui alla nota 8, la ricerca “locazione AND NOT deposito” ha prodotto 18.188 risultati, mentre quella “locazione AND deposito” solo 344, che sommati esauriscono tutti i risultati in cui compare il termine “locazione”, ossia 18.532. Inoltre, la ricerca “locazione AND durata NOT deposito” ha prodotto 1.554 risultati: dovremmo quindi aspettarci che i risultati in cui compaiono i termini locazione, durata, deposito siano pari alla differenza fra 1.584 (il numero dei risultati per la ricerca “locazione AND durata”) e 1.554 (quelli in cui non compare “deposito”), ossia 30. Cosa che effettivamente è, e che basta verificare interrogando la banca dati inserendo “locazione AND durata AND deposito”.

nuvolosa giornata estiva), sia quando è vero che oggi “c'è il sole” ma è falso che “oggi è caldo” (come avviene in una limpida giornata invernale), sia quando è vero che “oggi è caldo” ed è vero che “c'è il sole” (come avviene normalmente d'estate); è falsa in un solo restante caso, quando è falso che “oggi è caldo” ed è falso che “c'è il sole”.

Applicato ad una ricerca, dicevamo, il connettivo “OR” la amplia, perché chiede al sistema di recuperare tutti i documenti in cui compaia almeno uno dei due termini inseriti nella maschera di ricerca. Così, ad esempio, se l'utente fosse interessato ai documenti che contengono indifferentemente sia il termine “locazione” che quello “deposito” egli dovrà inserire come chiave di ricerca “locazione OR deposito” per ottenere tutti i documenti in cui compaia almeno uno dei due termini. Il numero, ovviamente, sarà più alto di quello risultante da una *query* che utilizzi il connettivo “AND” e che chieda quindi solo i documenti in cui compaiono entrambi i termini<sup>12</sup>.

Queste sono le regole di base che governano l'uso ed il funzionamento degli operatori booleani, che però, come noto, «non esauriscono quelli comunemente disponibili. Di regola i motori di ricerca offrono anche la possibilità di specificare che i termini compresenti (richiesti in AND) debbono essere adiacenti, o di fornire termini di ricerca incompleti»<sup>13</sup>.

La ricerca in “AND” produce in effetti tutti i documenti in cui compaiono i termini inseriti indipendentemente dalla loro posizione all'interno del testo: così, ad esempio, se volessimo cercare giurisprudenza (massime) in tema di decreto penale di condanna, se inserissimo come chiave di ricerca semplicemente “decreto AND penale” otterremo anche, come risultato della ricerca, anche la massima della sentenza del TAR del Lazio n. 1159/2013 per la quale (evidenziamo in corsivo le parole interessate): «all'annullamento del “decreto” di destituzione consegue l'obbligo dell'Amministrazione della *restitutio in integrum*, mediante versamento delle somme non corrisposte all'interessato, con esclusione di quanto maturato nel periodo di efficacia delle misure cautelari disposte dall'autorità giudiziaria “penale” e nel periodo di pena comminata all'esito del processo “penale”. Alle somme dovute vanno aggiunti interessi legali e rivalutazione monetaria». Sentenza che, evidentemente, non ci interessa, ma che il sistema ci offre perché in essa compaiono i termini richiesti, e cioè “decreto” e “penale” (e adesso si capisce meglio perché la ricerca è su base sintattica e non semantica: il sistema non è in grado di capire il senso delle parole inserite, che cambia a seconda del contesto d'uso). Il modo per risolvere questo problema è utilizzare l'operatore di prossimità (simbolizzato normalmente da “ADJ”) e che consente di estrarre non solo i documenti che contengono i due

---

<sup>12</sup> In effetti, fermi i parametri di cui alla nota 8, la ricerca “locazione OR deposito” produce ben 33.917 risultati.

<sup>13</sup> G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, cit., p. 167.

termini (come avviene con l'“AND”), ma quelli in cui i due termini siano presenti l'uno accanto all'altro indipendentemente dall'ordine in cui compaiono. Così, ad esempio, per la nostra ricerca in tema di decreto penale di condanna è meglio inserire una stringa “decreto ADJ penale”, così evitando di ottenere i documenti in cui ci siano le parole “decreto AND penale” ma, come nel caso precedente, distanti tra loro<sup>14</sup>. Se invece si fosse interessati all'ordine di successione in cui compaiono i termini, sarebbe meglio usare un altro operatore di prossimità, ossia il “THEN”, da completarsi con il numero delle parole entro cui il secondo termine deve comparire<sup>15</sup>.

Per quanto concerne il secondo aspetto, quello delle strategie di ricerca con termini incompleti, «bisogna ricordare in particolare gli operatori di troncamento e di mascheramento»<sup>16</sup>. Il primo consente di inserire il termine da ricercare non nella sua interezza, potendo limitarsi a inserirne solo l'inizio: si chiede cioè al sistema di reperire tutti i documenti che contengano quella parte di termine. Se, ad esempio, l'utente fosse interessato ad una ricerca molto ampia in tema di debito, egli potrebbe inserire la chiave “debit\*” (dove “\*” è il simbolo per la funzione troncamento), così ottenendo tutti i documenti in cui compaiono tutti i termini che iniziano con “debit” indipendentemente dalla loro lunghezza, come “debit-o”, “debit-i”, “debit-a”, “debit-e”, “debit-ore”, “debit-ori”, “debit-oria”, “debit-orio”, “debit-orii”, ecc. (ma anche, ad esempio, il termine “debit-amente” che, in modo assai probabile, non interessa il nostro ipotetico utente).

<sup>14</sup> Si tenga poi presente che, fermi i parametri di cui alla nota 8, una ricerca effettuata con “decreto AND penale” ha prodotto 6.293 risultati, mentre quella con “decreto ADJ penale” solo 1.259.

<sup>15</sup> Così, per esempio, “decreto THEN penale” chiede al sistema tutti i risultati in cui il termine “penale” segue a quello “decreto”, che sono 5.581: un risultato inferiore a quello corrispondente a “decreto AND penale”, che contempla anche documenti in cui il termine “penale” precede “decreto”, ma che offre sempre documenti non rilevanti (come la massima della sentenza del TAR Brescia, n. 444/2013, per la quale: «È legittimo il *decreto* di ammonimento emesso dal questore, ai sensi dell'art. 8, d.l. n. 11/2009 in tema di stalking, nel caso in cui il marito, pur non avendo minacciato la moglie, ha inviato ad essa a seguito della separazione una serie di sms molesti e ha scritto messaggi ai figli con frasi gravemente offensive nei confronti della moglie stessa. Infatti la fattispecie dell'art. 8 comprende non solo azioni rivolte direttamente e fisicamente contro la vittima della persecuzione, ma anche atti che si riflettono indirettamente sulla vittima provocandole un perdurante e grave stato di ansia o di paura, o costringendola ad alterare le proprie abitudini di vita. In questo senso è interpretabile il collegamento tra l'istituto dell'ammonimento e il reato di atti persecutori (art. 612-bis c.p.). La fattispecie amministrativa e quella *penale* riguardano i medesimi comportamenti ma è diverso l'onere probatorio, in quanto per l'ammonimento, avendo finalità cautelare, sono sufficienti indizi coerenti»). Le cose cambiano se si usa “decreto THEN1 penale”, che chiede i documenti in cui il termine “penale” segua di un posto “decreto” (il numero può variare a seconda della distanza tra termini che a noi interessa) e che corrisponde, come si intuisce, a “decreto ADJ penale” e cioè 1.259.

<sup>16</sup> G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, cit., p. 167.

Invece, «la funzione di mascheramento consente di sostituire uno o più caratteri di ricerca con un carattere 'jolly', che indica un qualsiasi arbitrario carattere»<sup>17</sup>. Il carattere "jolly" è cioè ininfluenza e pertanto il sistema recupererà tutti i documenti che contengono il termine specificato più solamente il carattere "jolly": per restare all'esempio di prima, se l'utente scrivesse la chiave "debit?" (dove "?" è il simbolo per la funzione mascheramento) il sistema produrrebbe i documenti in cui compare il termine "debit" più il carattere "jolly" e quindi tanto "debit-o" quanto "debit-i" o "debit-a" o "debit-e" (ma non, ad esempio, "debitorio" perché in questo caso i caratteri, rispetto alla chiave di ricerca, sono in misura superiore ad uno)<sup>18</sup>. Infine, non va dimenticata la strategia di ricerca che prevede, invece dell'utilizzo dei connettivi logici o delle funzioni di mascheramento e troncamento, l'inserimento della frase esatta tra virgolette, comprensiva di articoli e preposizioni: il sistema cercherà così esattamente quei documenti in cui essa compare<sup>19</sup>.

### Ma allora Platone, Aristotele, Cicerone e Quintiliano servono ancora?

Abbiamo sin qui visto quali possono essere le strategie per una ricerca di dati produttiva ed efficace, che richiede la conoscenza della logica booleana, sulla base della quale "lavorano" i sistemi informatici. In quanto tale, essa sembra escludere l'interesse per il metodo retorico, poiché le abilità confutatorie e persuasive del retore-avvocato sembra possano essere eventualmente utili dopo che sia stata effettuata la ricerca dei dati che però, di per sé, pare svolgersi sulla base di un altro metodo, quello governato, appunto, dalle leggi della logica booleana. La questione non è di poco momento: infatti, se si seguisse questa linea di pensiero si finirebbe col ritenere che una delle fasi preminenti dell'attività forense non rientra più fra quelle governate dal metodo tipico dei contesti persuasivo-argomentativi, come ci sembra non possa non essere annoverato il diritto e, in particolare, il processo. Ma in questo modo ciò che verrebbe compromessa sarebbe, in ultima analisi, proprio l'identità dell'avvocato che, per motivi che qui possiamo solo invocare senza spiegare, è ontologicamente connaturata con la struttura retorica del processo<sup>20</sup>. Insomma: se manca una, manca anche l'altra e viceversa. Vale a dire: c'è processo solo se ci sono gli avvocati, ma gli avvocati ci sono solo se il metodo che loro adottano è quello del processo. A

<sup>17</sup> *Loc. ult. cit.*

<sup>18</sup> La ricerca "debit\*", fermi gli altri parametri di cui alla nota 8, ha prodotto 30.855 risultati; quella con "debit?" ne ha prodotti 15.182.

<sup>19</sup> Così, fermi i parametri di cui alla nota 8, una ricerca effettuata con "decreto penale di condanna" ha prodotto 754 risultati.

<sup>20</sup> Rimandiamo per il nostro dire, fra gli altri, a M. MANZIN, *Avvocati custodi del processo: alle radici della deontologia forense*, in M. MANZIN - P. MORO (a cura di), *Deontologia e retorica forense*, Giuffrè, Milano 2010, pp. 3-18; ID., *In principio era il contraddittorio*, in "La Giustizia Penale", 51/2010, pp. 397-406.

conferma di ciò si ricordi appena come alcune proposte di applicazione automatica delle legge, quali quelle sostenute ad esempio dal Presidente Aggiunto Onorario della Corte di Cassazione Renato Borruso<sup>21</sup>, partono proprio dall'idea di una legge-algoritmo e di sistemi informatici capaci di trovarla e applicarla in modo deduttivo, secondo i canoni di quel sillogismo pratico di illuministica memoria che contempla un "processo" fatto solo di giudici, ma senza avvocati (senza, cioè, discussione).

Ci sembra tuttavia che, per quanto ciò che precede sia in parte vero (per quanto, cioè, sia vero che il metodo della ricerca sia basato sulla logica booleana), l'attualità del metodo retorico si mostri (ci verrebbe anzi da dire: si debba mostrare) anche in tale contesto, potendo migliorare le stesse strategie di ricerca con i sistemi di *information retrieval*. Sussistono cioè, a nostro modo di vedere, le condizioni per una sorta di "collaborazione logica" fra il metodo retorico classico e quello booleano moderno che può con qualche ragione essere riguardato come una delle fasi del procedimento topico<sup>22</sup>. Ricomprendere la fase dell'interrogazione booleana all'interno dell'attività retorica consente peraltro di scoprire che, a ben vedere, essa migliora in forza di questo approccio "dialettico" al sistema informatico.

A tal proposito, si ricordi che, come abbiamo visto, l'interrogazione booleana si svolge attraverso l'inserimento di una o più chiavi di ricerca legate, in questo secondo caso, da uno o più connettivi logici, alla luce di scelte complesse che non sono evidentemente indifferenti per ottenere risultati il più possibili aderenti ai propri *desiderata*. Ebbene, a noi pare che queste scelte, per quanto si esprimano secondo schemi booleani, avvengano, per così dire, in "contraddittorio" fra il sistema informatico e l'utente, oltre che dell'utente con se stesso: le scelte avvengono cioè sulla base di una precisa "strategia di ricerca", che è frutto della valutazione (magari inconscia) delle possibili alternative che il soggetto soppesa fra sé e sé per decidere quali termini e quali connettivi siano plausibilmente i migliori. L'idea di un agire strategico rimanda peraltro, metaforicamente, ad un rapporto di tensione fra "parti" – una sorta, appunto, di "contraddittorio" – che è immediatamente un incontro e che quindi, in quanto tale, può evolversi in collaborazione dialogica o degenerare in uno scontro. Nel primo caso, si dice non per nulla che l'utente "dialoga" con il sistema, interrogandolo in modo corretto (cioè con gli strumenti adeguati della logica boo-

<sup>21</sup> Il riferimento è, ad esempio, a R. BORRUSO, *La legge, il giudice, il computer. Un tema fondamentale dell'informatica giuridica. Aggiornamento a Computer e diritto II*, Giuffrè 1988, Giuffrè, Milano 1997; R. BORRUSO - C. TIBERI, *L'informatica per il giurista. Dai bit ad internet*, II ed., Giuffrè, Milano 2001. Ci siamo occupati criticamente della cosa nel nostro F. PUPPO, *Alcune riflessioni sui limiti della c.d. giustizia automatica: l'esempio del decreto penale di condanna*, in P. MORO (a cura di), *Etica, informatica, diritto*, Franco Angeli, Milano 2008, pp. 152-192, cui rimandiamo per ulteriori approfondimenti, anche bibliografici.

<sup>22</sup> Cfr. P. MORO, *L'informatica forense*, cit., *passim*.



leana) ed ottenendo le risposte adeguate; nel secondo caso, il dialogo non ha luogo, dovendo constatare o il rumore o il silenzio (le parole non ci sembrano casuali) del sistema.

Così interpretato, il rapporto fra sistema ed utente non è più unilaterale e passivo, come potrebbe far pensare l'immagine di una macchina che fornisce *output* sulla base dell'inserimento di certi *input* (attivo sarebbe così solo l'utente) o l'immagine di un soggetto che è mero ricettore di questi *output* (attivo sarebbe solo il *computer*): il rapporto diventa invece reciprocamente attivo e collaborativo.

In effetti, una ricerca condotta in modo proficuo, in particolare per casi complessi, non è quasi mai una ricerca che si basa su una singola operazione di *query* o sull'immissione di una sola chiave di ricerca, ma spesso è una ricerca che subisce un processo di raffinazione a seguito delle risposte fornite dal sistema (ed ecco perché prima usavamo l'immagine del contraddittorio) o che si svolge sin da subito con l'immissione di più chiavi di ricerca che concorrono strategicamente e dialetticamente a restringere e precisare il *focus* delle domande dell'utente (nella modalità della c.d. "ricerca esperta").

Questo appare ancor più chiaro ove si ponga maggiore attenzione al fatto che, come accennavamo, la scelta della strategia di ricerca si precisa grazie al dialogo che il soggetto fa, prima che con il sistema, con se stesso: non si tratta di un momento schizofrenico dell'attività forense, ma solo del modo che ciascuno di noi ha di soppesare tra sé e sé le proprie opinioni e di valutare le proprie scelte. Si tratta, peraltro, di una forma di dialettica assai nobile ed antica se è vero, come è vero, che rientra fra quelle che lo stesso Aristotele aveva preso in considerazione. Ce lo ricorda chiaramente l'autorevole analisi proposta da Enrico Berti<sup>23</sup>, il quale riconduce il dialogo che il soggetto fa con se stesso (e che egli chiama "dialogo fittizio") ad una delle forme di dialogo autentico, o in senso forte: il dialogo è in questo caso fittizio solo perché si svolge in un contesto in cui non ci sono più soggetti, ma ne è presente uno solo che si immagina un ipotetico contraddittore per mettere alla prova la "tenuta" logica delle proprie opinioni e superare le obiezioni e gli attacchi della controparte, testando fra sé e sé la capacità di resistenza delle proprie difese argomentative.

Orbene, con riguardo alla fase della ricerca topico-informatica, tale dialogo in senso fittizio si presenta non solo (e questo è maggiormente evidente) nella fase successiva alla ricerca, quando un utente, una volta ottenuti i documenti ricercati, deve valutarli in modo dialettico per capire se le risposte ottenute dal

---

<sup>23</sup> Cfr. E. BERTI, *Logo e dialogo*, «*Studia Patavina*», 42/1995, pp. 31-42, disponibile on-line anche al sito consultato il 30 marzo 2013 <http://www.ilgiardinodeipensieri.eu/storiafil/ber-ti95.htm>. In tale scritto Berti precisa che il dialogo «va inteso in senso forte, cioè non come semplice conversazione, ma come discussione, come confronto fra tesi opposte, mirante a stabilire quale di esse è vera e quale è falsa» (*ibid.*, p. 33). Con "dialogo in senso fittizio" «si allude alla possibilità che qualcuno dialoghi con se stesso, cioè si rappresenti da solo la negazione della propria posizione e cerchi di confutarla» (*ibid.*, p. 35).

sistema soddisfino veramente le proprie attese e, nel caso di un avvocato che stesse predisponendo un atto difensivo, per prendere in esame dialettico anche gli argomenti sfavorevoli, che di certo potranno essere utilizzati da controparte e che la ricerca produrrebbe. Il dialogo può infatti essere definito fittizio anche pensando ad una fase precedente poiché, ancor prima di effettuare la *query*, il soggetto deve avere ben chiaro che tipo di chiavi di ricerca inserire, se usare dei connettivi logici ed eventualmente quali: egli dovrebbe così dialogare con se stesso per valutare le scelte strategiche da compiere e, attraverso un gioco di domande e risposte interiori, prendere le decisioni conseguenti.

La strategia, insomma, comporta sempre anche la predisposizione di una tattica, per mettere a punto la quale il soggetto deve vantare una conoscenza logico-informatica (il modo, cioè, in cui funziona l'interrogazione booleana) sposata con una capacità topico-dialettica, corroborata da una certa esperienza. Si parla non per nulla di "ricerca esperta", dove l'aggettivo è riferito alla capacità del soggetto e quindi alle modalità dell'interrogazione: per dirla in breve, per ottenere una risposta soddisfacente occorre sapere formulare buone domande. Ma questa è un'abilità precipuamente dialettica che tuttavia, dato il contesto in cui si svolge, deve anche utilizzare la logica informatica di tipo booleano, adattandola ai suoi fini.

## Conclusionione

Quanto precede consente di trarre alcuni brevi rilievi conclusivi. In primo luogo, a noi pare impensabile che un avvocato, oggi, possa svolgere bene il proprio lavoro senza conoscere il funzionamento degli strumenti informatici che utilizza e così anche la logica booleana: da tale punto di vista, il metodo subisce evoluzioni continue e l'aggiornamento professionale non può non riguardare anche tali settori.

In secondo luogo, questo cela però anche il rischio di snaturare l'attività defensionale, concorrendo insieme ad altri e più manifesti fattori a ridurre l'avvocato al rango di mero "operatore", così accelerando i processi di svilimento di questa nobile attività. Anche in questo caso, però, il modo per non permettere che ciò avvenga è ricordare il *proprium* del metodo forense e quindi le radici dell'avvocatura, che sono quelle classiche. Non è così certo un caso che, proprio discutendo della topica, Aristotele, «parlando delle 'utilità' della dialettica [...] aveva detto che la dialettica è utile per incontri occasionali, perché essa ci permette di persuadere gli altri a modificare [...] delle affermazioni che ci sembrano inaccettabili. Ciò dimostra che il metodo dialettico per Aristotele non consiste nell'accettare l'opinione della maggior parte degli uomini, in nome di un piatto conformismo, ma nel ricercare un vero consenso per mezzo della discussione»<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> E. BERTI, *L'uso "scientifico" della dialettica in Aristotele*, *Giornale di metafisica*, XVII, pp. 169-190: 179-184, disponibile on-line anche al sito, consultato il 30 marzo 2013, <http://www.ilgiardinodeipensieri.eu/storiafil/berti1.htm>.

Ecco: a noi pare che proprio questa sia una delle caratteristiche che più di altre dovrebbero connotare la figura dell'avvocato, che è chiamato a dover sempre discutere le opinioni altrui com'anche la sua, alla ricerca di un vero consenso, contro il piatto conformismo, che può ad esempio essere quello dei mass-media che già hanno condannato il proprio assistito prima del processo, ma anche quello di atti difensivi e sentenze che si riducano ad una collazione di opinioni invalse (quali, ad esempio, le massime delle sentenze della Corte di Cassazione), assunte in modo assolutamente a-critico, senza nessun esame dialettico.

D'altra parte, come abbiamo cercato di mostrare proprio attraverso gli esempi di interrogazione booleana, la padronanza di tecniche analitiche non è estranea al metodo che governa la razionalità dei contesti argomentativi, ma può esserne a pieno titolo ricompresa. Questo a patto, ovviamente, che si sia disposti ad assumere una prospettiva autenticamente critica e ad interrogarsi sui fondamenti del proprio agire. D'altra parte, solo in tal modo ci si può liberare dai facili conformismi o dalle imposizioni relativistico-dogmatiche di quanti, per ignavia o tornaconto personale, preferiscono adeguarsi alle opinioni dei più, abdicando però in tal modo all'esercizio autentico della ragione e quindi alla propria libertà: un comportamento di per sé esecrabile, ma inaccettabile ove a tenerlo sia un avvocato. Sullo sfondo resta infine il recupero della dimensione dialogica dell'esperienza giuridica, cioè della sua natura più profonda, da cui tutto quanto è stato sin qui detto discende per conseguenza e, vorremmo dire, necessità<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Non è così certo un caso che ancora Enrico Berti ci ricordi come il «dialogo, per il filosofo, non è una mera situazione di fatto, o soltanto un atteggiamento eticamente raccomandabile, perché segno di disponibilità all'ascolto, al rispetto dell'altro, all'autocritica. Esso è condizione imprescindibile dell'argomentare dialetticamente, e quindi del pensare filosoficamente. [...] [C]onsidero il dialogo non semplicemente un fatto, ma una struttura trascendentale dell'argomentazione filosofica, dato il carattere non apodittico, cioè monologico, ma dialettico, e quindi dialogico, di quest'ultima» (E. BERTI, *Logo e dialogo*, cit., pp. 35 ss.). Le somiglianze con la figura dell'avvocato e con le attività processuali ci sembrano così evidenti da non meritare altri commenti.



# Polveri d'amianto e responsabilità penale

## Il caso Verbania: quali argomentazioni per la causalità

Sibilla Cantarini e Sergio Novani

---

### Quali argomentazioni causali per l'amianto

Quale prova per il nesso di causalità? E, soprattutto, quali argomentazioni causali quando c'è di mezzo l'amianto? La letteratura che si sta da tempo formando in materia di responsabilità penale per esposizione all'amianto, le cui radici sono da rintracciarsi nella prima metà degli anni '90<sup>1</sup>, sostiene che la distinzione tra teorie scientifiche sia centrale nel nostro modo di parlare del nesso di causalità. Se diciamo che *X* è deceduto per l'esposizione all'amianto, in un senso comune, sociale, quel che diciamo è vero o falso a seconda che un certo *X* sia deceduto o meno per quelle ragioni; ma se diciamo che la malattia di *X* che l'ha portato al decesso è da legarsi causalmente all'amianto, e quello che asseriamo lo vogliamo esprimere in un'aula di Tribunale, allora quello che diciamo è vero o falso a seconda della teoria scientifica che riesce ad affermarsi e quindi a seconda che quel certo evento, la malattia mortale di *X*, sia legata o meno a quell'esposizione. La prima argomentazione riguarda *X* e il suo decesso, come lo possiamo subire e sentire noi, nel nostro quotidiano, nel nostro modo di vedere e vivere le cose che ci accadono, subendo e trasmettendo suggestioni nei nostri giudizi per (e su) un evento definitivo (la morte) così violento da offuscare le proprie riflessioni e considerazioni epistemiche. La nostra argomentazione non riguarda soltanto la malattia di *X*, ma il legame tra *X*, tra il decesso di *X* e una certa esposizione ad una certa sostanza, l'amianto, e la possibilità di sostenere quel nesso in un ambiente processuale. In questo lavoro non intendiamo però soffermarci molto sui fatti relativi ad una particolare vicenda; di questi daremo subito una versione processuale e ne faremo seguire una più discorsiva, argomentativa, per introdurre poi alcune riflessioni che derivano dall'analisi epistemologico-argomentativa del nesso causale contenuta nella sentenza della Cassazione n. 38991/2010<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sulla causalità la letteratura è davvero sconfinata. Ci limitiamo qui a mettere soltanto alcuni riferimenti. E. AGAZZI, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 393; O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 634; C. PIZZI, *Cause e cause omissive*, in *Cass. pen.*, 3/2009, p. 1306; L. MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 493; S. ZIRULIA, *Causalità e amianto: l'eterno "duello" tra i consulenti tecnici delle parti*, in *Corr. merito*, 3/2012, p. 275.

<sup>2</sup> Cassazione n. 38991 del 4 novembre 2010 in <http://www.amblav.it/download/Sentenza->

Il caso è abbastanza noto e riguardava la responsabilità penale di alcuni amministratori e dirigenti della società Montefibre per il decesso di alcuni lavoratori, causato da patologie scatenate dall'esposizione alle polveri d'amianto nello stabilimento di Verbania. In primo grado per i decessi, quelli per asbestosi, il Tribunale di Verbania aveva condannato gli imputati che all'epoca dei fatti avevano una posizione di garanzia; erano invece andati liberi tutti gli accusati per omicidio colposo per i decessi causati dal mesotelioma; in questo caso, non si riteneva provato che le fibre inalate avessero determinato l'insorgere o l'aggravamento della patologia, non essendoci alcuna certezza scientifica sulla validità della teoria della dose-risposta. La Corte di Appello di Torino aveva poi parzialmente rovesciato la prima pronuncia, condannando tutti gli imputati già prosciolti per i decessi causati dai mesoteliomi. Per spiegare l'accertamento del nesso causale tra l'esposizione all'amianto e l'insorgenza del mesotelioma, il giudice applicava la teoria della dose-risposta; l'applicazione di questa teoria veniva giustificata sulla base del prolungato periodo di esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto, in situazioni di precaria igiene del lavoro; insomma, dato il contesto lavorativo, solo dimostrando che la sola dose iniziale era stata di per sé sufficiente a fare insorgere la patologia, dimostrazione che non era stata fornita, si sarebbe potuto escludere l'applicabilità della teoria della dose-risposta; il giudice riteneva poi che la prolungata esposizione all'amianto avesse determinato l'aggravarsi del rischio di contrarre la patologia, e che essa costituisse pertanto almeno una concausa dei decessi; le considerazioni sul rapporto causale non erano comunque, secondo il giudice, espressioni di valutazioni scientifiche, ma semplicemente una ragionevole adesione ad una teoria scientifica, rispetto ad un'altra. Contro questa pronuncia ricorrevano in Cassazione gli imputati, contestando, tra gli altri punti, l'accertamento del nesso causale tra l'esposizione all'amianto e l'insorgere dei mesoteliomi letali.

### Le riflessioni epistemologico-argomentative del giudizio di merito

Una versione epistemologico-argomentativa processuale della motivazione sul nesso di causalità espressa della Corte di Appello di Torino<sup>3</sup> (in seguito, CAT), potrebbe essere articolata così:

- CAT1: Il giudice (*G*) sa che l'imputato (*I*) è colpevole oltre ogni ragionevole dubbio se e solo se i) il Signor *X* ha respirato fibre di amianto, e se sì, ii) se l'inalazione si è verificata all'interno della fabbrica di *M*, e se sì, iii) se l'inalazione è avvenuta quando *I* ricopriva una posizione sociale<sup>4</sup> e, se sì, iv)

Cassazione-Montefibre-38991-2010-pdf. Qui ci interessa soltanto svolgere alcune riflessioni epistemologico-argomentative sul nesso causale; non ci occuperemo, pertanto, dell'esistenza delle malattie professionali da amianto, di responsabilità, di prevedibilità-evitabilità in astratto o in concreto, di elemento soggettivo ecc.

<sup>3</sup> Corte di Appello di Torino, terza sezione penale, pubblica udienza del 25 marzo 2009.

<sup>4</sup> Corte di Appello di Torino, terza sezione penale, pubblica udienza del 25 marzo 2009, p. 4.

*I*, proprio in quella posizione sociale, può essere ritenuto responsabile della morte di *X* perché a) ha omesso di fornire ai dipendenti mezzi personali di protezione contro l'esposizione sia diretta che indiretta alle fibre di amianto; b) ha omesso di fornire maschere di protezione o altro idoneo dispositivo di protezione; c) non ha attuato le prescritte misure d'igiene; d) non ha messo al corrente i lavoratori del rischio d'inalazione delle fibre; e) non ha detto niente sulle modalità di prevenzione, f) non ha fatto effettuare le lavorazioni pericolose in luoghi separati; g) ha omesso di adottare provvedimenti per impedire o ridurre la diffusione delle polveri d'amianto in relazione agli interventi di manutenzione (decoibentazione)<sup>5</sup>.

Per ipotesi, solo per ipotesi, diamo i)-iii) come corroborate a sufficienza. Non rimane allora che iv). Come collego allora l'evento "il sig. *X* si è ammalato della malattia *M* ed è deceduto" con la condotta omissiva di *I*? Come argomentare e motivare il nesso causale? Quando una motivazione sul nesso causale è una motivazione sul nesso causale e non solo una apparente motivazione sul nesso causale?

La Corte di Appello di Torino<sup>6</sup> propone questa ulteriore argomentazione:

- CAT2: c'è una motivazione sul nesso causale se e solo se l'evento "il sig. *X* si è ammalato di *M* ed è deceduto" è causalmente legato all'omissione del soggetto-imputato (*I*), e questo si può spiegare dicendo che i) il signor *X* ha inalato fibre di amianto, per tutta la durata del suo lavoro, ii) se ci sono più leggi di copertura<sup>7</sup>, devo dar conto degli aspetti teorici che determinano; se sono ad esempio due, e una mi dice che basta una dose, una dose killer per morire e nessuna prova dimostra che le dosi successive siano determinanti anche solo per aggravare la malattia; l'altra mi dice, sì, passi pure che c'è una dose killer, ma se si continua a respirare veleno, si aggrava la malattia, si riduce la speranza di vita, io devo decidere tra le due. Tutto qui; iii) devo poi richiamare le argomentazioni delle parti.

Il gioco è fatto? Il discorso argomentativo motivazionale è chiuso? Insomma, abbiamo un'argomentazione causale se rispettiamo e riusciamo a soddisfare le condizioni i-iii? Così, non si direbbe. Non ci si accorge, infatti, che si sta dando, anzi CAT2 sta dando, solo quella che alcuni<sup>8</sup> definiscono una semplice spiega-

<sup>5</sup> Corte di Appello di Torino, terza sezione penale, pubblica udienza del 25 marzo 2009, p. 5.

<sup>6</sup> Corte di Appello di Torino, terza sezione penale, pubblica udienza del 25 marzo 2009, p. 6.

<sup>7</sup> Per legge di copertura si intende una «legge dotata di validità scientifica finalizzata a spiegare le relazioni tra eventi». Così E. AGAZZI, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, cit., p. 393. Per Fiandaca-Musco «occorre che l'accadimento particolare possa essere spiegato sulla base di una legge di copertura (universale o statistica), la quale permette di sussumere in se stessa il rapporto azione-evento concepiti non come fenomeni singolari o irripetibili, bensì come accadimenti riproducibili in presenza del ricorrere di determinate condizioni» (G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna-Milano 2007, p. 229).

<sup>8</sup> Qui riportiamo e ci riportiamo al lavoro di Varzi, Beebee e Lewis sull'argomento. Si veda H. BEEBEE, *Causing and Nothingness*, in J. COLLINS - N. HALL - L. PAUL (a cura di), *Caustion*

zione causale e non una spiegazione causale che sia un completo resoconto causale. Non si dice insomma, *S* ha causato *S'* (resoconto causale) ma *A* perché *B* (spiegazione causale). Si risponde solo al “perché” ma non si risponde sul “come” o sul “che cosa”.

È come se venisse detto:

*I* è condannato perché il signor *X* è morto per aver inalato fibre di amianto.

Qui si dice solo qualcosa sul “perché” *I* è condannato e sul “perché” il signor *X* è morto, ma non ci dice ancora niente di informativo ed esplicativo sul nesso causale che ha portato alla condanna. La vera ragione motivazionale non è espressa: non c'è quindi motivazione, ma solo motivazione apparente<sup>9</sup>. È qui che l'idea espressa dalla Cassazione<sup>10</sup> sembra identificarsi con gli argomenti logico-epistemologici di Varzi e, prima di lui, Beebe e Lewis. Si intende, in effetti, negare che in casi come questi si abbia a che fare con spiegazioni causali che siano davvero resoconti causali e quindi con motivazioni vere e proprie. In altri termini, si vuole negare che l'analisi corretta della forma logica di CAT2 manifesti una motivazione, una motivazione processuale. La cosa che si vuol dire con Varzi è che argomentazioni del tipo CAT2 siano soltanto spiegazioni causali. Si osservi: che ragioni ci sono per considerare tali argomentazioni alla stregua di resoconti causali e quindi “buone” motivazioni? Di sicuro un motivo banale potrebbe essere quello di ritenere che vi compaiono esplicitamente espressioni come “causa” o “causalmente”, ma questo non ci porta molto lontano. Che ragioni ci sono per pensare che tali espressioni debbano intendersi esaustive? La ragione principale, sostiene Varzi, è che siamo generalmente inclini a pensare che ogniqualvolta ci si esprime nel gergo causale lo si faccia parlando in termini di cause ed effetti.

Un conto è dire:

a) *X* è deceduto perché ha inalato fibre di amianto.

Un altro conto è aggiungere:

b) la causa *C* dell'evento *SC* è l'inalazione di fibre di amianto.

E altra cosa, anzi altra argomentazione, è dire “come” quell'evento spiegato in a) e b) sia “connesso” con quella causa.

Insomma, il resoconto causale non può essere una semplice risposta al “perché”, ma dev'essere una risposta sul “come”. E la risposta sul “come” può nascere, e lo vedremo subito, solo dalla versione polifonica delle varie espressioni argomentative delle parti e dei loro tecnici.

In fondo, con a) e b) si sta offrendo una spiegazione perfettamente ragionevole del decesso di *X*. E si tratta di una semplice spiegazione causale: risponde

---

*and Counterfactuals*, MIT Press, Cambridge 2004, p. 291; D.K. LEWIS, *Causation*, in *Journal of Philosophy*, 70/1973, pp. 556-567; A. VARZI, *Omissions and Causal Explanations*, in J. QUITTERER - F. CASTELLANI (a cura di), *Agency and Causation in the Human Sciences*, Mentis Verlag, Paderborn 2006.

<sup>9</sup> Come si dirà tra poco analizzando Corte di Cassazione n. 38991/2010.

<sup>10</sup> Sempre in Corte di Cassazione n. 38991/2010.



a una domanda sul perché, non sul come o sul che cosa. Eppure a) e b) come CAT2 non ci dicono niente rispetto alla vera causa del decesso di X: non si fa menzione con argomentazioni tecniche (mostrate sotto un profilo logico, dialettico, disputazionale<sup>11</sup>) direttamente o indirettamente, dell'evento specifico che lo ha causato, del nesso tra quell'evento e la causa, del luogo dell'evento, del tempo dell'evento, della o delle dosi di amianto che hanno determinato il tutto. Varzi ricorda come Lewis<sup>12</sup> abbia scritto che una spiegazione causale punta a fornire delle informazioni sulla "storia causale" di un certo evento, per darsi come e per dirsi "resoconto", e che ci siano molti modi per fornire informazioni di questa natura: possiamo farlo citando esplicitamente una causa di a) (nel qual caso la bontà della nostra spiegazione dipende principalmente dalle parole che usiamo per indicare tale causa), ma possiamo anche fornire informazioni che riguardano solo indirettamente la causa di a). Ciò che importa è che l'informazione fornita vada a colmare una lacuna significativa di ciò che sappiamo della storia causale di a). Per esempio, possiamo dire che a) ha avuto luogo perché un certo tipo di evento ha avuto luogo, senza specificare nessun esempio particolare. O possiamo dire che la storia causale di a) include eventi di vario tipo, legati fra loro in vario modo. L'informazione che forniamo su una storia causale può variare da molto specifica a molto astratta, e in alcuni casi può essere così astratta da riguardare, non ciò che appartiene alla storia causale, ma ciò che non vi appartiene (e quindi anche le stesse omissioni); ad esempio, nel nostro caso, non vi è alcun evento che sia la prevenzione concreta e astratta nei luoghi di lavoro di Verbania nella storia causale di X e questo è uno dei motivi del suo decesso. Naturalmente ciò non vuol dire che ogni informazione sia di egual valore ai fini di una spiegazione: quanto più direttamente e completamente possiamo descrivere la storia causale di un evento, tanto più è probabile che i nostri sforzi esplicativi abbiano successo.

### Come argomentare sul nesso di causalità? La "soluzione processuale suprema"

Tornando quindi al nostro discorso iniziale, riconsideriamo la prima argomentazione, CAT2 (che qui rimettiamo nuovamente per maggiore chiarezza argomentativa) e mettiamola in relazione con quella successiva, espressa dalla Corte di Cassazione (in seguito, CC):

- CAT2: c'è una motivazione sul nesso causale<sup>13</sup> se e solo se l'evento "il sig. X si è ammalato di M ed è deceduto" è causalmente legato all'omissione del soggetto-imputato (I), e questo si può spiegare dicendo che i) il signor X ha

<sup>11</sup> P. LORENZEN, *Logik und Agon*, in *Dialogische Logik*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1978, pp. 1 ss.

<sup>12</sup> Si vedano, ancora, H. BEEBEE, *Causing and Nothingness*, cit., p. 291; D.K. LEWIS, *Causation*, cit., pp. 556-567; A. VARZI, *Omissions and Causal Explanations*, cit.

<sup>13</sup> Corte di Appello di Torino, terza sezione penale, pubblica udienza del 25 marzo 2009.

inalato fibre di amianto, per tutta la durata del suo lavoro, ii) se ci sono più leggi di copertura, devo dar conto degli aspetti teorici che determinano; se sono ad esempio due, e una mi dice che basta una dose, una dose killer per morire e nessun prova dimostra che le dosi successive siano determinanti anche solo per aggravare la malattia; l'altra mi dice, sì, passi pure che c'è una dose killer, ma se si continua a respirare veleno, si aggrava la malattia, si riduce la speranza di vita, io devo decidere tra le due. Tutto qui; iii) devo poi richiamare le argomentazioni delle parti.

L'argomentazione della Cassazione<sup>14</sup> è questa (riportiamo prima il passo motivazionale della sentenza e poi una successiva versione epistemologico-argomentativa):

«Come osservato dalla dottrina, va precisato che la questione della attendibilità delle generalizzazioni scientifiche e del metodo della loro applicazione attiene alla sfera del fatto. Ne consegue che il giudizio della Cassazione non riguarda l'affidabilità della legge scientifica, ma la razionalità, la logicità dell'itinerario compiuto dal giudice di merito nell'apprezzare la validità del sapere scientifico e nell'utilizzarlo nell'inferenza fattuale. Fatte questa premesse, deve affermarsi che la Corte di merito, in relazione al riconoscimento del nesso causale tra le condotte omissive degli imputati ed i decessi per mesotelioma pleurico, non ha fornito un'adeguata motivazione in relazione all'accertamento del legame causale. Infatti la sentenza impugnata solo apparentemente motiva sulla sussistenza della legge scientifica di copertura, in quanto, dopo avere delineato i due orientamenti teorici prevalenti, della "dose risposta" (meglio conosciuta come "teoria multistadio della cancerogenesi") e quello contrapposto della irrilevanza causale delle dosi successive a quella "killer", dichiara di aderire al primo orientamento, senza però indicare dialetticamente le argomentazioni dei consulenti che sostengono detta tesi e le argomentazioni di quelli che la contrastano e le ragioni dell'opzione causale. In sostanza il giudice di merito, più che utilizzare la legge scientifica, se ne è fatto artefice. Nelle pagine della motivazione che si occupano dell'argomento (pp. 31-37), sono citati gli aspetti teorici del problema e richiamate le argomentazioni delle parti, ma non vengono citate le opinioni dei consulenti e dei periti ascoltati in dibattimento, né sono riportati brani delle loro relazioni o del loro esame onde fare una valutazione dialettica e comparativa delle rispettive argomentazioni. Pertanto, l'opzione della Corte di Appello finisce per essere apodittica e svincolata quindi da riferimenti specifici alle opinioni di coloro che, nel processo, hanno veicolato il sapere scientifico. Ne consegue che la sentenza deve essere annullata relativamente alla condanna degli imputati per i decessi da mesotelioma pleurico, con rinvio alla Corte di Appello di Torino, che dovrà, sul punto, procedere alla

<sup>14</sup> Corte di Cassazione IV Sezione Penale n. 38991/2010 sentenza pronunciata il 10 giugno 2010 e depositata il 4 novembre 2010.

rivalutazione del materiale probatorio, adeguando la motivazione in modo da evitare di incorrere nuovamente nel vizio rilevato, rispettando il seguente principio di diritto, enunciato ai sensi dell'art. 173 disp. att. c.p.p., comma 2: «Nella valutazione della sussistenza del nesso di causalità, quando la ricerca della legge di copertura deve attingere al “sapere scientifico”, la funzione strumentale e probatoria di quest'ultimo impone al giudice di valutare dialetticamente le specifiche opinioni degli esperti e di motivare la scelta ricostruttiva della causalità, ancorandola ai concreti elementi scientifici raccolti. Una opzione ricostruttiva fondata sulla mera opinione del giudice attribuirebbe a questi, in modo inaccettabile, la funzione di elaborazione della legge scientifica e non, invece, come consentito, della sola utilizzazione».

Questa la versione epistemologico-argomentativa:

- CC: c'è una motivazione sul nesso causale<sup>15</sup> se e solo se l'evento “il sig. X si è ammalato di *M* ed è deceduto” è causalmente legato all'omissione del soggetto-imputato (*I*), e questo si può spiegare dicendo che i) il signor *X* ha inalato fibre di amianto, per tutta la durata del suo lavoro, ii) se ci sono più leggi di copertura, devo dar conto degli aspetti teorici che determinano; se sono ad esempio due, e una mi dice che basta una dose, una dose killer per morire e nessuna prova dimostra che le dosi successive siano determinanti anche solo per aggravare la malattia; l'altra mi dice, sì, passi pure che c'è una dose killer, ma se si continua a respirare veleno, si aggrava la malattia, si riduce la speranza di vita, io devo decidere tra le due; iii) devo poi richiamare le argomentazioni delle parti; ii) nella valutazione della sussistenza del nesso di causalità, siccome la ricerca della legge di copertura deve prendere dal sapere scientifico, la sua funzione strumentale e probatoria impone al giudice di valutare dialetticamente le specifiche opinioni degli esperti e di motivare la scelta ricostruttiva della causalità, ancorandola ai concreti elementi scientifici raccolti.

La Cassazione insomma ci dice che solo l'argomentazione CC) può essere considerata un resoconto causale vero e proprio, quindi una buona motivazione del nesso causale. Solo CC) ci dice qualcosa che risulta direttamente informativo in merito alla storia causale (o così almeno si può ragionevolmente supporre). L'altra argomentazione, CAT2, è meno informativa: si limita a dire qualcosa in merito a quelli che sono gli aspetti teorici del problema e alle argomentazioni delle parti, ma non vengono citate le opinioni dei consulenti e dei periti ascoltati in dibattimento, né sono riportati brani delle loro relazioni o del loro esame per fare una valutazione dialettica e comparativa delle rispettive argomentazioni.

La Cassazione esce poi allo scoperto anche sotto un altro aspetto. Ci dice, senza mezzi termini, quanto sia importante (necessario) e determinante (suffi-

---

<sup>15</sup> Corte di Cassazione, IV Sezione Penale, n. 38991/2010.

ciente) il contenuto dialogico e discorsivo, insomma l'argomentazione dialogica, discorsiva, polemica<sup>16</sup>.

Rileggiamo l'argomentazione CC) nella parte finale: «Nella valutazione della sussistenza del nesso di causalità, quando la ricerca della legge di copertura deve attingere al 'sapere scientifico', la funzione strumentale e probatoria di quest'ultimo impone al giudice di valutare dialetticamente le specifiche opinioni degli esperti e di motivare la scelta ricostruttiva della causalità, ancorandola ai concreti elementi scientifici raccolti. Una opzione ricostruttiva fondata sulla mera opinione del giudice attribuirebbe a questi, in modo inaccettabile, la funzione di elaborazione della legge scientifica e non, invece, come consentito, della sola utilizzazione».

I due termini apparentemente polari su cui la CC) intende intrattenersi sono quelli di argomentazione fine a stessa e argomentazione dialogico-conflittuale, insomma disputazionale. In una prospettiva più ampia potremmo dire che con CC) si ripensa la distinzione tra l'argomentazione del semplicemente dire e l'argomentazione del contraddittorio, del disputare. La Cassazione non vuole semplicemente sentire le argomentazioni delle parti, ma vuole ascoltare l'intera disputa e quando questa coinvolge esperti, non si accontenta del discorso delle parti, ma vuole che siano gli stessi tecnici ad essere "presenti" e ad essere "sentiti" dialetticamente nella sentenza. Lo scontro processuale, dibattimentale, conflittuale, è quindi non solo cosa buona, espressione del contraddittorio, ma appunto perché edificante, è processualmente necessario e sufficiente perché la motivazione non sia solo apparente. Come sottolinea Cattani<sup>17</sup> che il processo sia *pólemos*, «padre e re di tutte le cose» secondo la definizione eraclitea, che il discutere sia insieme dibattito e combattimento, che per la verità si combatta una guerra a volte non solo con le armi della parola, è cosa documentata, risaputa e sviscerata. Il problema è che, ora, la Cassazione, pretende che quella conflittualità argomentativa sia presente, sia parte imprescindibile del discorso motivazionale. Insomma, il conflitto di argomentazioni deve emergere. Se non dovesse emergere la motivazione sarebbe solo apparente e la sentenza sarebbe nulla! Sembra proprio questo il discorso della Cassazione: a) se il discutere processuale è una forma di belligeranza che si attua con mezzi discorsivi; b) se una situazione dibattimentale si caratterizza per l'esistenza di una o più questioni sulle quale due interlocutori si trovano in conflitto e cercano di risolvere in modo processualmente accettabile, ossia con mezzi razionali e con strumenti verbali; c) se quindi in tale contesto sono sempre presenti tre elementi, una questione da decidere o un problema da risolvere, la volontà di

<sup>16</sup> Per ogni approfondimento si rimanda agli scritti dello studioso Adelino Cattani: A. CATTANI, *Sul diritto di argomentare e discutere polemicamente*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, XV/2010, pp. 137-148; A. CATTANI, *Dibattito, Doveri, Regole e Mosse*, Loffredo, Napoli 2012.

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp. 139 ss.

farlo, una divergenza più o meno forte sui dati, sulle regole, sulle teorie scientifiche che servono a farlo; d) se giudicare, motivare lo scontro processuale è cosa alquanto complessa perché i due criteri di valutazione, quello che riguarda il contenuto (quale tesi esce vincente?) e quello che riguarda i contendenti (chi ha dibattuto meglio, con maggiore abilità e capacità?) sono scindibili<sup>18</sup>; e) se la questione è ulteriormente complicata dal fatto che, oltre a discutere su una questione e fra controparti, lo si fa per persuadere qualcuno, appunto il giudice; se quindi a)-e), allora la conclusione c) è che non deve mai mancare l'espressione delle argomentazioni, delle divergenze, del dibattito, della disputa sia delle parti che dei tecnici.

## **Conclusioni**

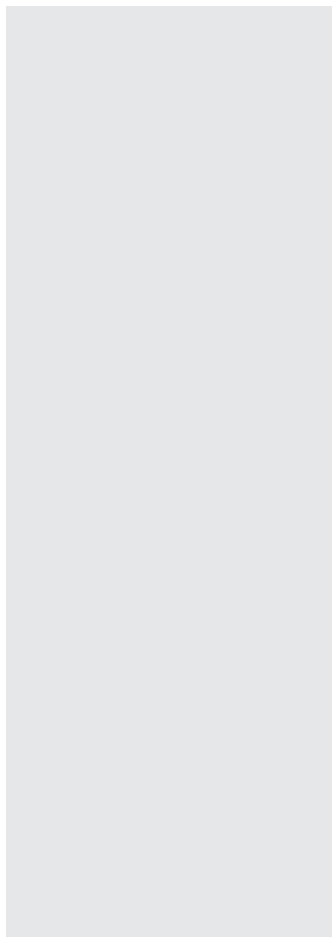
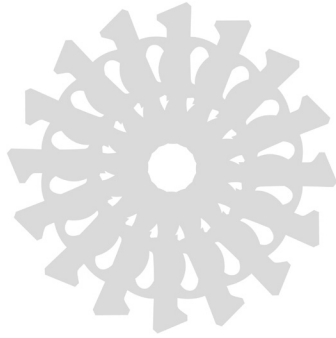
In conclusione, la Cassazione sembra sottolineare almeno due aspetti. Uno riguarda la causalità, e ha una sua caratterizzazione ontologica, impone una riflessione sulla differenza tra resoconto causale e spiegazione causale. Perché si possa parlare di nesso causale, abbiamo bisogno di resoconti causali e non solo di semplici spiegazioni causali. L'altra questione interessa, invece, la teoria dell'argomentazione, o meglio, l'argomentazione processuale, con riferimento alla quale emerge quanto segue: il discorrere in senso unilaterale, cioè l'argomentare inteso come limitarsi ad esprimere la propria tesi, è senz'altro cosa buona e giusta, ma non è sufficiente a meno che non ci sia una autentica conciliazione delle divergenze, ad esempio, per una successiva confessione. La scelta appare di "senso comune". Un invito a non dimenticare che ogni attività umana è di natura competitiva, benché in diversa misura, sia essa di tipo concorrenziale o marcatamente conflittuale, e che cooperazione e conflitto sono reciprocamente connessi: non è un paradosso, ma una constatazione, che dietro ad ogni conflitto c'è una componente di cooperazione e che «non si può discutere se non si è d'accordo», d'accordo su una qualche base di partenza, almeno d'accordo sull'oggetto sui cui contendere. Non si può quindi pensare di raggiungere o maturare una motivazione senza combinare gli opposti, senza dire come si siano espressi e come si siano combinati. Quello che non torna nel discorso della Cassazione è l'uguaglianza epistemologica e la differenza che viene fatta tra argomentazione delle parti e argomentazione dei tecnici. L'argomentazione delle parti e dei tecnici vengono poste sullo stesso piano teleologico e per questo differenziate. Non si può fare a meno di una, entrambe contribuiscono alla sufficienza motivazionale. A noi pare che questo "argomento" non torni. L'argomentazione delle parti, delle parti in lite quindi, è un insieme maggiore rispetto a quello caratterizzato dalle argomentazioni dei tecnici. Non c'è simme-

---

<sup>18</sup> Montaigne diceva che «quando ottenete la vittoria per merito del vostro argomento, è la verità che vince; quando ottenete la vittoria per merito dell'ordine e dell'esposizione, siete voi che vincete».

tria. L'argomentazione delle parti può contenere le argomentazioni dei tecnici. Non vale, invece, il contrario. Quelle argomentazioni sono già dentro le argomentazioni delle parti. Solo qualora le argomentazioni delle parti non facessero riferimento a questioni tecniche, solo allora, si dovrebbe pensare di inserire le argomentazioni tecniche. Diversamente, quando le parti hanno argomentato, quando il giudice ha riportato gli argomenti e i contro-argomenti delle parti, quando ha incastonato nella motivazione la disputa processuale, non c'è alcuna necessità che si inseriscano le argomentazioni dei tecnici.

# DIRITTI UMANI E FONDAMENTALI







# La persona nelle costituzioni: sintesi storica\*

Guido Alpa

---

Un volume di recente pubblicazione, frutto della fervida attività culturale della Scuola Superiore dell'Avvocatura diretta dall'avv. Alarico Mariani Marini che raccoglie le costituzioni "storiche" rappresenta un documento eccezionale perché recupera alla memoria gli aneliti di libertà, i fondamenti della democrazia, le aspirazioni, i successi e le sconfitte del lungo cammino che ha liberato l'umanità dal servaggio.

Le costituzioni storiche si possono leggere in diverse prospettive, ma quella che mi appassiona di più riguarda la costruzione della nozione giuridica di "persona" che traspare dai testi qui raccolti.

Nelle costituzioni di epoca moderna, frutto dell'Illuminismo, la persona è oggetto di normazione, ma la terminologia varia a seconda del contesto, sì che allo stesso termine non corrisponde il medesimo significato. Occorre dunque non fermarsi al significato letterale delle parole, ma verificarne il contenuto tenendo conto dell'epoca nella quale quelle parole sono state inserite nel testo normativo, occorre tener conto della "durezza" della fonte normativa, ed ancora dell'ambiente sociale a cui le disposizioni sono rivolte.

Una semplice ricognizione dei testi (che dovrebbero però essere letti con il corredo di dottrina e giurisprudenza, per verificare, al di là della loro formulazione, come erano intesi all'epoca in cui furono adottati e come si trasformarono nel significato con il passare del tempo) ci rivela che la costruzione giuridica della "persona" nelle carte costituzionali lascia trasparire spesso pregiudizi e distinzioni, ha creato false illusioni, ha codificato differenze, segregazioni, ingiustizie.

Ovviamente, è stata una conquista, dal punto di vista della civiltà giuridica, inserire disposizioni sulla persona in testi normativi che avevano – ordinariamente – valore superiore rispetto alla disciplina del codice civile. Ma la conquista delle libertà, la lotta contro le discriminazioni, l'affermazione di un principio di eguaglianza effettivo, sono state il frutto di un lungo cammino. Non dobbiamo dimenticare che Ugo Grozio, il grande giurista olandese che

---

\* Il testo qui pubblicato è tratto dalla introduzione scritta da Guido Alpa per il volume A. MARIANI MARINI - U. VINCENTI (a cura di), *Le Carte storiche dei diritti. Raccolta di Carte, Dichiarazioni e Costituzioni con note esplicative*, Pisa University Press, Pisa 2013. Per i primi riferimenti bibliografici v. G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione delle differenze individuali*, Laterza, Roma-Bari 1993; sono memorabili le pagine di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, ora in *Etica e politica*, Mondadori, Milano 2009, pp. 1168 ss.; e di S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Roma 2009.

aveva rielaborato i principi del giusnaturalismo nella sua opera *De iure belli ac pacis*, scritta nel 1625 e riedita nel 1646, non aveva incluso tra i diritti di natura il principio, annoverandovi invece il diritto alla vita, alla libertà, alla proprietà e il diritto di resistenza alla legge ingiusta. Il principio di eguaglianza tra gli “uomini” emerge, ad opera degli Illuministi, solo alla fine del Settecento.

Il documento più significativo del Settecento è approvato dall'Assemblea nazionale costituente francese il 26 agosto 1789 e prende il nome di *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*. È il primo segno normativo della Rivoluzione che consacra la fine dell'*Ancièn Régime*, fondato su una rigida ripartizione della società in categorie sociali denominate *status*, e addirittura espresse nel corpo politico sotto forma di Stati Generali (dei nobili, degli ecclesiastici e dei borghesi).

La Dichiarazione reca le tracce del pensiero di Jean Jaques Rousseau, ma anche del giusnaturalismo secentesco. Il suo titolo può trarre in inganno: è vero che l'espressione “uomo” è usata in senso neutro, cioè comprende sia gli uomini sia le donne e i minori, ma ciascuna di queste categorie aveva poi nel diritto civile (e di lì a qualche anno nel *Code civil*) uno statuto particolare, sì che la rappresentazione dell'individuo come “uomo” dà luogo ad una concezione astratta.

Il principio di eguaglianza è assicurato a tutti gli uomini che per l'appunto «nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti».

Si ammettono però le distinzioni sociali le quali possono essere fondate solo sulla utilità comune (art. 1). Accanto alle libertà personali si afferma la garanzia della proprietà, definito diritto inviolabile e sacro (art. 17).

Ciò che rileva, ai nostri fini, è in particolare l'art. 6, secondo il quale tutti i cittadini (non dunque tutti gli uomini) sono «egualmente ammissibili a tutte le dignità, posti e impieghi pubblici secondo la loro capacità e senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti».

Si sostiene che con queste affermazioni si abolì la schiavitù, ma nelle colonie francesi essa fu soppressa solo a metà dell'Ottocento. Le cariche continuano ed essere acquisibili mediante negoziazione, e nei fatti per via ereditaria. Ciò che interessava era confermare la caduta dell'*Ancièn Régime*, e quindi la soppressione della distinzione dei consociati in nobili, ecclesiastici, borghesi, e quarto stato. Essendo l'organizzazione sociale fondata sulla proprietà, la sostanziale distinzione era tra proprietari e non proprietari.

Pochi anni dopo viene approvata la costituzione giacobina (del 24 giugno 1793) che porta la medesima denominazione, ma differisce rispetto alla precedente perché l'influsso giusnaturalistico è più marcato. Essa codifica lo scopo della società inteso come “la felicità comune”, garantisce il godimento dei diritti naturali dell'uomo (art. 1), garantisce il principio di eguaglianza a tutti gli uomini che «sono uguali per natura e davanti alla legge» (art. 3) e specifica che questi diritti naturali sono l'eguaglianza, la libertà, la sicurezza e la proprietà (art. 2).

Il 22 agosto 1795, finito il periodo del Terrore, i Francesi si danno una nuova costituzione. Anche questa enuncia i diritti dell'uomo (libertà, eguaglianza, sicurezza, proprietà (art. 1), e tutela la proprietà come «il diritto di godere e disporre dei propri beni e delle proprie rendite, del frutto del proprio lavoro e della propria attività» (art. 5)

Ma la grande novità di questa costituzione è che accanto ai diritti enumera anche i “doveri”, il primo dei quali è il rispetto della legge (artt. 1 e 3 della sezione “doveri”). E si aggiunge: «Tutti i doveri dell'uomo e del cittadino derivano da questi due principi, dalla natura impressi in tutti i cuori: “Non fate agli altri ciò che non vorreste fosse fatto a voi. Fate costantemente agli altri il bene che voi vorreste ricevere”».

Le costituzioni rivoluzionarie italiane che seguono sull'onda della rivoluzione francese sono simili nella concezione e nel testo alla ultima costituzione francese del 1795: vedi ad esempio la Costituzione della Repubblica romana e la Costituzione della Repubblica cisalpina del 1799. Ma vi sono eccezioni.

Di intonazione più libertaria e garantista è la Costituzione della Repubblica napoletana, sempre del 1799, che distingue i “dritti”, secondo l'uso di allora, cioè i diritti e i doveri: i diritti dell'uomo, i diritti del cittadino, i “diritti del popolo”, e, corrispondentemente, analoghi doveri nella medesima sequenza.

Tutti gli uomini sono eguali e quindi sono eguali anche nei diritti; le distinzioni ammesse sono solo quelle derivanti dalle qualità morali (art. 1).

I diritti dell'uomo implicano l'esercizio libero delle sue facoltà fisiche e morali, e di «adoperare l'azione del corpo secondo i suoi bisogni»; sono riconosciuti i diritti di libertà, di opinione e di volizione, di manifestazione delle opinioni e delle volizioni, di proprietà e di “resistenza” a chi impedisce l'esercizio dei diritti così riconosciuti (artt. 2-9).

I diritti del cittadino sono protetti dalla pubblica forza: e si tratta di “dritti naturali e civili” (art. 10). I diritti civili non sono definiti, ma nel contesto culturale di allora essi riguardavano i rapporti patrimoniali e familiari. I diritti del cittadino comprendono anche l'eguaglianza nelle pene e nell'elettorato attivo e passivo alla carica di pubblico funzionario.

I diritti del “popolo” – che non è definito, ma concerne il complesso dei cittadini – riguardano lo stabilirsi una libera costituzione (art. 13), la forma di governo (art. 149, far la guerra (art. 15), l'imposizione delle contribuzioni (art. 16).

I doveri riguardano l'uomo (rispettare i diritti degli altri, soccorrere gli altri uomini, alimentare i bisognosi, illuminare e istruire gli altri). I doveri del cittadino derivano dalla volontà generale che riflette le volontà individuali; accanto ad essi sono enumerati i doveri dei pubblici funzionari.

Il principio di eguaglianza è ribadito in chiusura del testo – composto di 421 articoli (probabilmente questa è la costituzione più lunga del mondo) – in quanto si sottolinea che tra i cittadini non «esiste alcuna superiorità», salva quella dei pubblici funzionari, ma solo relativamente alle loro funzioni (art. 396). È evidente in tutto il testo l'oppressione del regime borbonico, l'anelito alla liber-

tà, il ripudio di ogni potere assoluto, la soppressione di abusi, in particolare di quelli della pubblica Amministrazione e della polizia.

La Restaurazione dà vita al ripristino delle leggi anteriori alla Rivoluzione francese e all'impero napoleonico. Ma dalle rivoluzioni del 1848, che sconvolsero l'assetto delle restaurate monarchie europee nacquero costituzioni meno generose e meno nobili di quelle settecentesche.

Lo Statuto albertino, cioè lo Statuto del Regno di Sardegna, del 4 marzo 1848, ne è l'esempio emblematico; nonostante il tripudio di sacrifici che costò ai patrioti italiani, uniti nella fede laica e libertaria, nonostante i tentennamenti di Carlo Alberto, il testo che fu approvato si segnala per l'angusto spazio riservato ai diritti del "cittadino". I diritti dell'uomo sono ignorati. Non vi è la proclamazione dei diritti dell'uomo, ma solo la declinazione dei diritti e dei doveri del cittadino.

L'uomo è visto come "regnicolo", cioè suddito di Sua Maestà. Il termine persona è usato solo quando riferito al Re: «la persona del Re è sacra e inviolabile»; è il Re che nomina a tutte le cariche dello Stato (art. 4).

L'eguaglianza riguarda i cittadini, che sono eguali non tra loro ma dinanzi alla legge: è la legge che conforma dunque il loro status, che può variare per titolo e grado (art. 24). Tutti godono dei diritti civili e politici salve le eccezioni determinate dalle leggi (art. 24).

Sono inviolabili il domicilio (art. 27) e la proprietà (art. 29), ma non la persona umana, ad eccezione, come si è detto, della persona del Re.

Ben diverso è il tenore della Costituzione della Repubblica francese dello stesso anno, che ci appare moderna e garantista, pur essendo coeva allo Statuto albertino. Ma è una costituzione repubblicana, approvata in uno Stato che pur rispettando la religione, appare laico nel suo complesso.

Già nel preambolo essa «riconosce dei diritti e dei doveri "anteriori e superiori alle leggi positive"» (art. III). Essa codifica cioè con legge la superiorità alla legge dei diritti e dei doveri: non dice a chi spettino questi diritti e doveri, se a tutti gli individui o solo ai cittadini, ma si intende che si allude ai cittadini (v. artt. VI ss.). La Repubblica protegge il cittadino "nella persona" (e ancora nella famiglia, nella religione, nella proprietà e nel lavoro: art. VIII). Vi sono analogie con la Costituzione del 1795, ma qui il tenore è più generale, si accoglie anche un programma di natura sociale, che si impernia sull'assistenza fraterna (art. VIII). Si proclama che la schiavitù non può esistere su nessuna terra francese (art. 6). E si impiegano termini e concetti che saranno utilizzati dalle costituzioni del Novecento: l'art. 4 recita infatti: «Nessuno sarà distolto dai suoi giudici naturali». Vengono aboliti "per sempre" i titoli nobiliari e le distinzioni "di nascita, di classe o di casta" (art. 10). Classe è un concetto socio-politico, casta è un termine non usato precedentemente e più fluido: il primo riflette evidentemente i valori socialisti che all'epoca cominciarono ad emergere (il Manifesto marxiano è proprio del 1848); il secondo è espressione di privilegi e di un corpo sociale separato elitario.

Analoga espressione – senza il riferimento alle classi sociali, però – è contenuta nel testo della Costituzione della Repubblica romana, mazziniana, del 2 luglio 1849: «il Regime democratico ha per regola l'eguaglianza, la libertà, la fraternità. Non riconosce titoli di nobiltà, né privilegi di nascita o di casta» (art. II). Seguendo l'esempio francese, questa Costituzione promuove «il miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti i cittadini» e riguarda tutti i Popoli come “fratelli” (art. IV). Assicura che dalla credenza religiosa «non dipende l'esercizio dei diritti civili e politici» (art. VII). Include tra i diritti garantiti il diritto alla cittadinanza, dettagliandone le modalità. E stabilisce che «le persone e la proprietà sono inviolabili».

È un'affermazione assai rilevante, questa, perché se si rileggono i testi fin qui esaminati si può riscontrare che è la prima volta che compare in un testo costituzionale il termine “persona”: si è parlato di “uomo”, di “cittadino”, di “regnicolo”, di “popolo”, di “bisognosi”, ma non si è usato il termine “persona” se non per il Re. Se ognuno ha pari dignità, ogni individuo è persona al pari del Re.

Alla persona si riferisce anche la Costituzione di Weimar, espressione del potere affermatosi in Germania dopo la fine rovinosa della I Guerra mondiale e il crollo dell'impero prussiano (dell'11 agosto 1919); è una costituzione modellata dalla concezione socialdemocratica della società e della persona. È il testo preso in considerazione dalla Assemblea costituente per redigere la Costituzione italiana.

Tra le notazioni più rilevanti si segnalano: l'impiego del concetto di principi fondamentali – non espressione del diritto positivo ma – del “diritto delle genti”, il *ius gentium* trasformatosi in diritto naturale nel corso dei secoli; il diritto delle genti ha valore di parte integrante del diritto (tedesco); l'impiego del concetto di “diritti fondamentali”, peraltro riconosciuti solo in capo ai tedeschi, che sono eguali “davanti alla legge” (art. 109); l'eguaglianza tra i sessi è stabilita “di regola”; sono aboliti i privilegi collegati con la nascita o l'appartenenza a ceti; i titoli nobiliari identificano ancora le persone, ma fanno parte del nome.

Si usa l'espressione “persona” riguardo alla libertà personale; la libertà è inviolabile; la disposizione si applica a tutti, non vi sono privilegi per i cittadini in questo campo; anche la casa e la corrispondenza sono inviolabili (artt. 114, 115, 117); tutti hanno accesso agli incarichi pubblici. E si segnalano tra i diritti che riguardano la “vita collettiva” (artt. 119 ss.) i diritti dei figli illegittimi equiparati a quelli dei figli legittimi (art. 121) e la considerazione del matrimonio come fondamento della famiglia e della nazione in cui è assicurata l'eguaglianza tra i due sessi (art. 119).

La Costituzione di Weimar enumera in modo dettagliato le libertà fondamentali e per la prima volta in un testo costituzionale associa al diritto di proprietà la nozione di “obbligo” (art. 153). In più, il testo fa riferimento al “bene comune”, quella considerazione della fruizione e dell'utilità dei beni visti in una dimensione pubblica che nella nostra Costituzione ha preso il nome di “funzione sociale”.

Molte di queste formule sono state riprese nel testo della Costituzione italiana del 1948, nella legge fondamentale di Bonn (la costituzione tedesca) del 1949, e pure nella Carta europea dei diritti fondamentali (la c.d. Carta di Nizza del 2000, diventata strumento giuridico con il Trattato di Lisbona del 2009).

Dietro queste formule che possono apparire neutre o peggio piatte e incolore si nascondono dunque valori etici, aspirazioni alla giustizia sociale, e, spesso, declamazioni che esprimono propositi poi non seguiti nella vita reale da applicazioni puntuali e concrete. La costruzione giuridica dell'uomo e della donna, la trasformazione dell'individuo in "soggetto di diritti" e poi in "persona" è stato anche un gioco letterario, ma nel linguaggio e nei testi giuridici le parole hanno un peso enorme, perché da esse derivano regole, comportamenti, sanzioni. Anche se declamatorie queste costituzioni sono state il frutto di lotte acerbhe, di sacrifici e di lutti. Per questo ciascuna di esse è circondata da un'aura di nobiltà ed è un proposito etico conservarne la memoria e il peso storico.

# Né sorveglianza né anomia: internet e diritti individuali nel caso *Vivi Down*

Federica Resta

---

## La sentenza d'appello

La rete non può certo rappresentare uno spazio dove impunemente violare i diritti altrui, ma non può nemmeno essere soggetta a forme di sorveglianza o controllo dei contenuti trasmessi. In estrema sintesi, sembra questo il tema essenziale attorno a cui si snoda la sentenza resa dalla Corte d'Appello di Milano, in relazione alla vicenda *Vivi Down*-Google esaminata, in primo grado e con esiti parzialmente diversi, dalla IV Sezione del Tribunale di Milano, con sentenza n. 1972 del 12 aprile 2010.

Il caso all'esame della Corte riguardava la diffusione in rete, attraverso il canale Google Video, e in assenza del consenso dell'interessato, di un filmato realizzato da alcuni studenti minorenni, ritraente atti vessatori commessi ai danni di un compagno (anch'egli minore) con ritardo mentale e frasi di scherno pronunciate nei confronti dell'associazione *Vivi Down*, per la ricerca scientifica e per la tutela della persona Down. Le immagini erano state rimosse da Google Video a circa due mesi di tempo dalla loro pubblicazione on-line e a ventiquattro ore dopo che Google era stata avvertita – da un privato e dalla polizia postale – della presenza del video sul canale in esame.

In primo grado, gli imputati (dirigenti di Google) erano stati assolti, per insussistenza del fatto, dall'imputazione di concorso (omissivo) nel reato di diffamazione (aggravata dal mezzo) commessa ai danni del minore e dell'Associazione *Vivi Down*, mentre erano stati condannati per trattamento illecito di dati personali, avendo in particolare omesso di effettuare gli adempimenti prescritti dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali, con relativo nocumento per il minore e al fine di trarne profitto mediante il servizio Google video.

La sentenza di appello – nel confermare l'assoluzione per il concorso nella diffamazione – riforma invece la pronuncia di primo grado sul punto del trattamento illecito, sancendo anche in tal caso l'assoluzione per insussistenza del fatto, fornendo peraltro importanti indicazioni, in particolare, sulla configurabilità, in capo all'*internet provider*, della responsabilità penale per reati commessi in rete.

Anzitutto, la sentenza conferma la giurisdizione del giudice italiano e, quindi, la propria competenza, con riferimento al caso di specie, disattendendo le eccezioni avanzate dalla difesa. In particolare, la Corte rileva come la giurisdi-

zione del giudice nazionale si radichi in ragione del verificarsi dell'evento del reato in Italia, nonostante il "caricamento del server" (e dunque una frazione della condotta) si verifichi all'estero. In relazione al delitto di diffamazione, infatti, l'evento si è verificato nel territorio nazionale – nella forma della percezione dell'espressione ingiuriosa da parte di persone che si trovavano in Italia – come pure gli effetti pregiudizievoli del delitto di trattamento illecito di dati personali (art. 167 d.lgs. 196/2003). Quanto alla competenza territoriale, poi, essa è correttamente attribuita all'autorità giudiziaria milanese ai sensi degli artt. 8 e 9 c.p.p., trovandosi a Milano la sede di *Google Italy*, responsabile della condotta contestata. Tale localizzazione consente poi di ritenere applicabile alla società la disciplina in materia di protezione dei dati personali, ai sensi dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. 196/2003. Del resto, anche qualora non si dovesse ritenere rilevante, nel caso di specie, il principio di stabilimento enunciato da tale disposizione, l'applicabilità della disciplina in materia di protezione dei dati personali deriverebbe dal disposto di cui al comma 2 del citato art. 5, secondo cui è sufficiente che nel territorio dello Stato si trovino strumenti anche non elettronici impiegati per il trattamento in questione.

È del resto principio ormai consolidato che il fatto che il server del sito non si trovi fisicamente in Italia non esclude la giurisdizione italiana, laddove almeno una parte del comportamento contestato avvenga nel nostro Paese. Come ad esempio avviene quando chi carichi sul sito delle immagini o dei contenuti illeciti si trovi in Italia. Si è quindi affermata la regola *no server but law*, contro l'altra: *no server no law*, al fine di impedire che la legge possa essere aggirata sfruttando la stessa assenza di confini che caratterizza la rete.

### **Il concorso (omissivo) nel delitto di diffamazione**

La sentenza appellata assolveva il responsabile privacy per l'Europa di Google, il presidente del consiglio di amministrazione di *Google Italy* e il suo amministratore delegato, nonché il responsabile del progetto Google video per l'Europa, dall'accusa di concorso omissivo (ex art. 40, cpv., c.p.) nel reato di diffamazione per avere, in sostanza, omissivo di impedire la divulgazione in rete di simili immagini dal contenuto diffamatorio (definito di "bullismo mediatico" in sentenza).

L'assoluzione, sul punto, si fondava sulla ritenuta insussistenza, in capo agli imputati (nella loro qualità di *content provider*), di una posizione di garanzia da cui derivi un obbligo di attivazione volto a impedire altrui condotte illecite commesse in rete, mediante il controllo preventivo sul contenuto dei dati immessi nel relativo spazio web, non potendo tale posizione di garanzia rinvenirsi, ai fini in esame, negli adempimenti prescritti al titolare del trattamento dal codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 196/2003).

La Corte di Appello di Milano conferma l'assoluzione dal concorso nella diffamazione, rilevando come l'appello proposto dal pubblico ministero non



fornisca elementi di ordine “logico o probatorio” suscettibili di fondare una diversa decisione, ma non senza fornire ulteriori indicazioni sul tema della responsabilità del *provider* per i reati commessi in rete. Rileva infatti la Corte come, anzitutto, ai fini dell'imputabilità, all'*host* o al *content provider*, a titolo di concorso omissivo, dei reati da altri commessi in rete, sia necessario individuare a suo carico un obbligo giuridico d'impedimento dell'evento e, dunque, da un lato la sussistenza di una posizione di garanzia e, dall'altro, la concreta possibilità di effettuare un controllo preventivo sulla rete.

Ebbene, riguardo alla posizione di garanzia, la Corte ribadisce l'assenza di una previsione normativa in tal senso, non essendo d'altro canto estensibile analogicamente il disposto di cui agli artt. 57 e 57-*bis* c.p., a ciò ostando il divieto di analogia *in malam partem* in materia penale, quale corollario del principio di stretta legalità e tassatività di cui all'art. 25, cpv., Cost.

Né, d'altro canto, una posizione di garanzia correlata a un dovere di attivazione da parte del *provider* potrebbe fondarsi sugli adempimenti prescritti al titolare del trattamento dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali, che non contempla specificamente le condotte in questione e persegue finalità diverse (dalla violazione degli obblighi *privacy* non deriverebbe, peraltro, l'evento verificatosi, con conseguente interruzione del nesso eziologico tra condotta ed evento).

Del resto, la posizione di garanzia in questione non potrebbe rinvenirsi – come pure ammesso dalla giurisprudenza – dall'esistenza di un «potere giuridico o di fatto attraverso il corretto uso del quale il soggetto garante sia in grado, attivandosi, di impedire l'evento», in quanto anche la predisposizione dei vari sistemi di filtraggio dei contenuti all'epoca dei fatti disponibili non avrebbe consentito, ad avviso della Corte, l'impedimento dell'evento. In altri termini, anche ravvisando in capo al *provider* – come prospettato dal P.G. – quale fonte dell'obbligo di impedimento di illeciti altrui, il carattere pericoloso dell'attività compiuta da Google Video<sup>1</sup>, «si finirebbe per richiedere un comportamento inesigibile e di conseguenza non perseguibile penalmente ai sensi dell'art. 40 cpv., c.p.», in ragione della carenza di poteri impeditivi in capo all'*host provider*.

Infatti, in ogni caso, un obbligo di impedimento dell'evento rispetto al fornitore di un servizio quale Google video rappresenterebbe, ad avviso della Corte, una condotta inesigibile (e dunque non penalmente rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv., c.p.), presupponendo l'esercizio di un controllo pieno ed efficace (una sorta di filtro preventivo) sulla «massa dei video caricati da terzi» in concreto impossibile e dalle conseguenze dirimenti (aggiungo) in punto di tutela del diritto alla libertà di espressione, risolvendosi in una forma di censura o quan-

---

<sup>1</sup> [http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-societa/-/-/2115-la\\_corte\\_d\\_\\_\\_appello\\_ assolve\\_i\\_manager\\_di\\_google\\_anche\\_dall\\_\\_\\_accusa\\_di\\_illecito\\_trattamento\\_dei\\_dati\\_personali/-\\_ftn16](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-societa/-/-/2115-la_corte_d___appello_ assolve_i_manager_di_google_anche_dall___accusa_di_illecito_trattamento_dei_dati_personali/-_ftn16)

tomeno di sindacato del *provider* sulle opinioni diffuse in rete dagli utenti, di dubbia compatibilità con l'art. 21 Cost.

D'altro canto – pur ritenendo Google video un *hoster attivo* – da tale qualifica non conseguirebbe comunque, in capo agli imputati, un obbligo di impedimento degli altrui reati, essendo tale obbligo impossibile sia sotto il profilo “quantitativo” – per la quantità di materiale caricata in rete – sia “qualitativo”, non potendo un mero dispositivo tecnico di filtraggio procedere a una verifica “semantica e contenutistica” del tipo di dati personali divulgati. Ciò, fermo restando che, come espressamente afferma la Corte, Google video, in quanto capace di organizzare e selezionare il materiale trasmesso dagli utenti, non può «continuare ad insistere nella sua pretesa neutralità».

In capo agli imputati difetterebbe poi comunque, ad avviso della Corte, il dolo che deve caratterizzare il concorso, nella forma della “coscienza e volontà di concorrere con altri nella realizzazione del reato”.

### **Il trattamento illecito di dati personali**

In primo grado, il Tribunale di Milano aveva condannato gli imputati per trattamento illecito di dati personali (art. 167 d.lgs. 196/2003), avendo essi, in concorso, omesso di effettuare gli adempimenti prescritti dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali, «consentendo il caricamento del file video incriminato in data 8 settembre 2006 ed il suo mantenimento sul sito Google video.it», con relativo nocumento per il minore e l'Associazione e al fine di trarne profitto mediante il servizio Google video (attraverso gli introiti derivanti dalle inserzioni pubblicitarie ad esso correlate).

In particolare, secondo il giudice di prime cure, la disciplina in materia di protezione dei dati personali «sancirebbe un obbligo non di controllo preventivo dei dati immessi nel sistema, ma di corretta e puntuale informazione, da parte di chi accetti ed apprenda dati provenienti da terzi, ai terzi che questi dati consegnano». Nella specie, gli imputati avrebbero omesso di ottemperare, tra gli altri, all'obbligo di informativa di cui all'art. 13 d.lgs. 196/2003, non potendo ritenersi a tal fine sufficiente, «nascondere le informazioni sugli obblighi derivanti dal rispetto della legge sulla privacy all'interno di “condizioni generali di servizio” il cui contenuto appare spesso incomprensibile, sia per il tenore delle stesse che per le modalità con le quali vengono sottoposte all'accettazione dell'utente». Tale inadempimento avrebbe quindi determinato l'integrazione degli estremi del delitto di cui all'art. 167 d.lgs. 196/2003, sebbene la sentenza non si soffermi sull'efficacia causale di tale omissione rispetto alla condotta illecita tenuta dall'inserzionista.

In relazione alla contestazione del trattamento illecito di dati personali, la sentenza d'appello rileva una parziale asimmetria tra il capo d'imputazione e le considerazioni del Tribunale, in quanto mentre il primo sottende una “partecipazione attiva” nel reato da parte degli imputati, le seconde «finiscono per ravvisare

un concorso costituito da una condotta omissiva», non immaginabile rispetto a un illecito di pura condotta quale quello di cui all'art. 167 d.lgs. 196 cui, come tale, non è applicabile la clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p.

Sembrirebbe, in effetti, che il Tribunale abbia costruito l'imputazione per trattamento illecito nella forma del concorso omissivo, implicitamente ravvisando una posizione di garanzia nella precedente condotta illegittima (Cass., sez. IV, 6 luglio 2006 n. 32298), per non avere gli imputati adempiuto agli obblighi d'informativa, secondo una ricostruzione che sarebbe stata poi in parte ripresa dal Procuratore generale in sede di appello.

Inoltre, la Corte contesta l'insussistenza, in capo agli imputati, del dolo specifico richiesto dalla norma (nella forma alternativa del profitto per sé o altri o dell'altrui danno), ritenendo che il giudice di prime cure lo abbia in sostanza «confuso» con il mero fine di profitto «costituito dalla palese vocazione economica di Google», non potendosi invece, nel caso di specie, riscontrare alcun vantaggio direttamente conseguito, quale oggetto del dolo sotteso alla condotta in esame. Né potrebbe ritenersi compatibile con il previsto dolo specifico la forma eventuale del dolo, ravvisata in capo agli imputati per aver serbato una «voluta disattenzione» nelle *privacy policies* aziendali, per fini di massimizzazione del profitto. Infatti, rileva la Corte, la struttura del delitto di cui all'art. 167 d.lgs. 196 presuppone la necessaria «partecipazione psichica intenzionale e diretta del soggetto al raggiungimento di un profitto», non integrata dalla mera accettazione del rischio «concreto di inserimento e divulgazione di dati, anche e soprattutto sensibili, che avrebbero dovuto essere oggetto di particolare tutela; non solo, ma anche dell'interesse economico ricollegabile a tale accettazione del rischio».

In linea generale, tuttavia, la Corte (oltre a sottolineare correttamente l'irrelevanza della violazione dell'obbligo d'informativa ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 167 d.lgs. 196, che tale norma non richiama, tra i requisiti di illiceità speciale previsti) contesta che gli imputati fossero tenuti – quali fornitori del servizio Google video – ad adempiere agli obblighi richiamati dal capo d'imputazione e previsti dall'art. 167 d.lgs. 196 quali, in particolare, l'acquisizione del consenso dell'interessato e l'interpello al Garante per la verifica preliminare. Infatti, «nel caso, toccava all'*uploader* che, caricando il video, si assumeva la responsabilità del trattamento dei dati personali dell'interessato, chiedere e ottenere il consenso prescritto».

È questo, effettivamente, il punto dirimente della sentenza, che consente di escludere già sul piano oggettivo la sussistenza del delitto di cui all'art. 167 d.lgs. 196, per la cui integrazione è necessario procedere al trattamento di dati in violazione di taluni adempimenti prescritti dallo stesso codice in materia di protezione dei dati personali. Ebbene, tra le norme richiamate dall'art. 167 quali parametri normativi dei previsti requisiti di illiceità speciale, quelle contestate agli imputati nel capo d'imputazione non prevedono adempimenti cui nella specie poteva ritenersi tenuta Google video, spettando invece agli inserzionisti i quali, sotto la propria diretta responsabilità (anche penale), hanno caricato il

video in questione in rete. Erano dunque, nella specie, gli *uploaders* i soggetti tenuti a richiedere il consenso dell'interessato (da prestarsi in forma scritta perché inerente dati sensibili) ed, eventualmente, a effettuare l'interpello al Garante ai sensi dell'art. 17.

Adempimenti di questo tipo – che presuppongono oltretutto la consapevolezza della natura sensibile dei dati trattati – non potrebbero imputarsi al fornitore di un servizio quale Google video che, per quanto configurabile – come afferma la Corte – quale *boster attivo* non può comunque ritenersi, secondo la Corte, autonomo titolare dei dati personali dei soggetti protagonisti del video e come tale tenuto agli obblighi di cui agli artt. 17, 23 e 26 d.lgs. 196. Soprattutto perché, a prescindere dalla configurabilità del *provider* (sia pure nella forma dell'*hosting* attivo) come titolare autonomo o meno del trattamento dei dati dei protagonisti del video, egli è comunque estraneo al contenuto del video stesso, la conoscenza del quale è invece necessaria anche per poter configurare in capo al fornitore un obbligo di intervento e specifici adempimenti – quali quelli di cui agli artt. 26 e 17 d.lgs. 196 – diversamente modulati in ragione del tipo di dato trattato.

Secondo la Corte, infatti, «la responsabilità per il trattamento dei dati è legata al mancato adempimento di specifiche condizioni che rendono lecito l'uso di tali dati, ma tali condizioni non possono che essere messe in capo al titolare, al *controller* dei dati medesimi. In effetti trattare un video, acquisirlo, memorizzarlo, cancellarlo, non può significare di per sé trattamento di dati sensibili. Esistono due distinte modalità di trattare dei dati che non possono essere, a parere di questa Corte, considerati in modo unitario». In particolare, osserva ancora la Corte, «trattare un video non può significare trattare il singolo dato contenuto, conferendo ad esso finalità autonome con quelle perseguite da chi quel video realizzava. Sarà il titolare del trattamento ad avere l'obbligo di acquisire il consenso al trattamento dei dati personali» e dunque l'*uploader* e non già Google Video, la cui estraneità rispetto ai contenuti del video ospitato emerge anche, secondo la Corte, dalla disciplina di cui agli articoli 16 e 17 del d.lgs. 70/2003, alla cui stregua il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a condizione che non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e che, non appena a conoscenza di ciò, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

### Prospettive di riforma

Sono probabilmente quegli obblighi di attivazione analoghi a quelli di cui all'art. 17 d.lgs. 70/2003 gli elementi su cui è necessario fondare, anche in prospettiva di riforma, una disciplina a tutela dei diritti fondamentali in rete, che contemperi i vari interessi in gioco e in particolare i diritti alla dignità e alla protezione dei dati personali da un lato e, dall'altro, la libertà di espressione

e la segretezza delle comunicazioni. Il bilanciamento tra questi diritti fondamentali dev'essere, ovviamente, tracciato dal legislatore e non può certamente essere rimesso non solo alla discrezionalità di soggetti privati, quali i *provider*, non tenuti a conoscere e sindacare il contenuto dei dati divulgati. Come ben rileva la sentenza in commento, infatti, “demandare ad un *internet provider* un dovere/potere di verifica preventiva, appare una scelta da valutare con particolare attenzione in quanto non scevra da rischi, poiché potrebbe finire per collidere contro forme di libera manifestazione del pensiero».

Ma un così delicato bilanciamento tra diritti fondamentali non può essere delegato neppure, integralmente, alla tecnica, attribuendo a sistemi di filtraggio automatico dei dati trasmessi il potere di inibirne la divulgazione. Infatti, se simili sistemi possono – come ad esempio previsto in materia di pedopornografia dal c.d. decreto Gentiloni – inibire l'accesso a “siti” previamente segnalati dall'autorità competente e, per l'effetto, bloccare la divulgazione di dati che, per la loro stessa struttura estrinseca, si presentano illeciti, essi non possono invece compiere un'autonoma valutazione in ordine alla legittimità o meno “del contenuto” delle informazioni in questione.

Tuttavia, per evitare che la rete divenga appunto – come osservava il giudice di prime cure – la “sconfinata prateria” dove tutto è permesso e niente può essere vietato», uno spazio anomico in cui gli stessi diritti fondamentali siano impunemente violati (anziché promossi), è necessario prevedere – adeguatamente bilanciando i vari interessi in gioco – specifici obblighi di attivazione del *provider*. Il quale, informato dell'illiceità dei contenuti trasmessi e su richiesta dell'interessato o dell'autorità giudiziaria, sia tenuto a rimuovere le informazioni contestate, pena un suo concorso nel reato sottostante, indubbi essendo, a questo punto, non solo il contributo agevolativo fornito sul piano soggettivo, ma anche la consapevolezza del carattere illecito dell'altrui condotta favorita. Si tratterebbe, in linea generale, di immaginare un sistema di *notice and take down* con adeguate garanzie procedurali per assicurare agli interessati il necessario contraddittorio e il rispetto del diritto di difesa, prevedendo un intervento (anche solo in funzione consultiva) del Garante per la protezione dei dati personali, così da evitare azioni di tipo meramente censorio da parte dei *provider*. Si consideri del resto che simile modello si conformerebbe a quanto affermato, già *de jure condito*, dalla Corte di Giustizia, secondo cui un intermediario deve essere considerato responsabile degli illeciti commessi in rete qualora abbia contezza di attività o informazioni illecite sia a seguito di esami effettuati di propria iniziativa, sia a seguito di notificazione (sentenza 12 luglio 2011 della Grande Sezione, causa C-324/09, *L'Oréal c. E-bay*). Ancora, la Corte, con sentenza del 23 marzo 2010, ha precisato che l'art. 14 della direttiva 2000/31/Ce si applica al prestatore «di un servizio di posizionamento su internet qualora detto prestatore non abbia svolto un ruolo attivo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati. Se non ha svolto un siffatto ruolo, detto prestatore non può essere ritenuto responsabile per i dati che egli

ha memorizzato su richiesta di un inserzionista, salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o attività di tale inserzionista, egli abbia omesso di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l'accesso agli stessi».

Sarebbe auspicabile prevedere allora una fattispecie contravvenzionale, punita con sanzioni interdittive congiuntamente a pene pecuniarie, sostenuta dal dolo diretto, per le ipotesi di omesso impedimento, da parte del *provider* (che non si limiti, tuttavia, alla mera fornitura di accesso alla rete), della trasmissione di dati del cui carattere illecito abbia consapevolezza, e in presenza del requisito della tecnica possibilità ed esigibilità della misura impeditiva. Sarebbe poi opportuno introdurre una clausola di non punibilità per i *providers* i quali abbiano adottato sistemi di controllo – da prevedersi in via legislativa – o, al più, regolamentare, sulla base, tuttavia, di principi e criteri direttivi sufficientemente precisi, stabiliti dalla fonte primaria – idonei ad impedire la diffusione di informazioni illecite. Tale soluzione, che in parte si modella sulla disciplina dei *compliance programs*, di cui al d.lgs. n. 231 del 2001, ben si attagierebbe, peraltro, alle ipotesi di responsabilità delle *imprese-providers*, i cui amministratori, ad esempio, commettano reati per avvantaggiare la società ed essa non si sia premunita con l'adozione dei suddetti modelli “anticrimine”.

Si potrebbe, in linea generale, immaginare un sistema che responsabilizzi i *provider*, non imponendo loro un obbligo di preventivo e generale controllo dei contenuti divulgati in rete, ma un onere di attivazione di dati illecitamente raccolti o illecitamente diffusi, in presenza di apposita istanza.

Si consideri del resto che quello della previsione di obblighi di rimozione, su segnalazione, di contenuti illegittimi, è modello in linea generale non dissimile da quanto previsto dall'art. 17 del *draft* di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (COM(2012)11), destinato a sostituire la direttiva 95/46/CE. Tale norma, al fine di «rafforzare il diritto all'oblio nell'ambiente on-line» (cons. 54) sancisce appunto, in capo al “responsabile del trattamento” – il quale, avendo pubblicato dati personali altrui, abbia ricevuto dall'interessato espressa richiesta di cancellazione – un duplice dovere di attivazione. Dovere consistente da un lato nella rimozione, senza ritardo, delle informazioni in questione (salvo vi ostino ragioni di tutela del diritto alla libertà di espressione; motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica; finalità storiche, statistiche e di ricerca scientifica; esigenze di adempimento a specifici obblighi legali di conservazione dei dati) e, dall'altro, nell'informazione dei terzi che stiano trattando tali dati della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei propri dati personali. Fermo restando che, qualora abbia autorizzato un terzo a pubblicare dati personali, il responsabile del trattamento sarà ritenuto responsabile di tale pubblicazione.

# Migranti: l'ora di scelte consapevoli e condivise

Lucia Tria

---

## La poliedricità del tema

È noto che la questione dei diritti fondamentali da riconoscere ai migranti extracomunitari deve essere affrontata con una prospettiva necessariamente molteplice, internazionale, sovranazionale e nazionale.

Nei Paesi europei, inoltre, si deve tenere conto del diverso percorso che hanno seguito nella materia rispettivamente il sistema CEDU (che, com'è noto, fa riferimento al Consiglio d'Europa) e il sistema UE.

Va comunque considerato non solo che gli strumenti giuridici che regolano, sia a livello internazionale (e sovranazionale) sia al livello nazionale, la condizione dello straniero sono coordinati e complementari, ma anche che l'efficacia di tali strumenti rappresenta, in un certo senso, il banco di prova delle democrazie contemporanee. Si tratta, infatti, dell'ambito in cui più di ogni altro emerge la necessità di assicurare un ragionevole bilanciamento tra libertà e sicurezza e tra i diversi diritti che ne conseguono e che comunque risultano essere compresi tra i diritti e le libertà fondamentali. Ciò significa che un ruolo determinante per consentire tale difficile operazione è quello che hanno svolto e svolgono i giudici, principalmente su sollecitazione degli avvocati.

Tra i giudici comuni la nostra Corte di Cassazione ha contribuito in modo significativo a rendere migliore il livello di tutela degli stranieri nel nostro Paese, con decisioni di grande interesse, sintomo dell'apertura dell'istituzione all'internazionale e al sovranazionale.

Dal punto di vista istituzionale, il primo giudice chiamato a dare un importante contributo alla suddetta difficile impresa è stata ed è la Corte Costituzionale. Non va dimenticato, del resto, che molti anni fa Luigi Mengoni – sul finire del suo mandato di giudice costituzionale – significativamente sottolineò che il «problema centrale della giurisprudenza costituzionale» è quello di pervenire ad un equo bilanciamento tra principi o diritti fondamentali, avendo l'«abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato e in pari tempo di ridurlo là dove occorre dare spazio a nuovi punti di vista». Infatti, «non c'è nessun diritto – nemmeno i *preferred rights* o “valori supremi” – che, a partire da un determinato contesto, non possa essere limitato sulla base di un test comparativo con altri diritti o principi divergenti».

In ambito europeo un ruolo di grande rilievo ha avuto la Corte di Giustizia UE, la quale ha dimostrato, nel lungo, faticoso e non lineare cammino dell'integrazione europea cominciato più di cinquanta anni fa, di essere «l'istituzione che più di ogni altra ha tenuto fermo il timone della visione originaria della

costruzione europea e ne ha garantito il graduale, deciso progredire». Del resto, anche Jacques Delors ha di recente sostenuto che «l'Europa di Robert Schuman non sarebbe stata possibile senza la giurisprudenza», rilevando come proprio il diritto e la giurisprudenza abbiano «posto su basi nuove – pacifiche, di reciproca comprensione, di rispetto di regole comuni – i rapporti tra gli Stati riconosciutisi nel progetto europeo» e come proprio il diritto debba restare «alle fondamenta della costruzione europea».

Anche la Corte di Strasburgo ha avuto un ruolo molto significativo non solo per l'innalzamento del livello di tutela dei diritti umani in generale, ma soprattutto per l'ampliamento dell'ambito di tutela degli stranieri, principalmente grazie al suo «indomabile dinamismo interpretativo», che – ancorché sia inserito in un sistema che purtroppo non sempre ne garantisce l'effettiva utilità per l'interessato – ha portato la Corte EDU ad emettere, soprattutto negli ultimi tempi, significative sentenze in questa materia, molto innovative rispetto alla sua precedente giurisprudenza e che sono fra le cause del pesante attacco che l'istituzione ha subito da parte del Primo Ministro inglese David Cameron, nel suo intervento svolto al Parlamento del Consiglio d'Europa, all'inizio della presidenza inglese del Consiglio stesso (presidenza ha avuto termine il 14 maggio 2012). Infatti, nel corso dell'intervento, formalmente diretto a rendere più efficiente il lavoro della Corte di Strasburgo, Cameron ha anche affrontato un argomento «cruciale» nei rapporti tra Regno Unito e Corte dei diritti dell'uomo, rappresentato dalle numerose sentenze di condanna emesse dalla Corte nei confronti del Regno Unito (così come nei confronti dell'Italia) a causa dell'inesistenza nella normativa nazionale di strumenti che impediscano di effettuare il rimpatrio di soggetti colpiti da provvedimenti di espulsione verso Paesi ove l'incolumità personale dell'espulso sia in pericolo.

### **Necessità (e convenienza) di una migliore comprensione del fenomeno migratorio**

È però evidente che l'importante lavoro svolto dalle Corti e dai giudici non basta: i giudici, per quanto sensibili e competenti, non hanno, per definizione, il ruolo di operare scelte politiche, che sono quelle di cui non si può più fare a meno, nell'ambito della UE e, quindi, in ambito nazionale.

Infatti, come risulta dai dossier statistici annuali sull'immigrazione della Caritas Migrantes, la metà dei nordamericani e degli europei vede l'immigrazione come un problema e la motivazione di questo atteggiamento deriva dall'ancora fortemente misconosciuta entità del contributo che la componente immigrata della popolazione continua a offrire allo sviluppo dei Paesi industrializzati; ciò significa che è necessario che al livello informativo e soprattutto politico tale contributo emerga in modo più chiaro.

Gli immigrati residenti in Italia, rivela la Caritas, sono pari a un dodicesimo della totalità dei residenti (attestandosi intorno a 5 milioni di persone) e sono in prevalenza d'origine romena, albanese e marocchina, ma anche cine-



se e ucraina e rappresentano una componente della popolazione sempre più costante e strutturata, benché non sempre assecondata dalla legislazione sia per quanto riguarda l'offerta di pari opportunità per l'inserimento sia per la garanzia della stabilità del soggiorno. Inoltre, anche in un momento di forte crisi economica, gli stranieri regolari appaiono come una risorsa per il Paese e complessivamente rendono di più (incidendo positivamente sull'equilibrio demografico e sulle nuove forze lavorative disposte ad inserirsi in tutti i settori) di quel che costano allo Stato.

Viceversa molto costosi risultano i rimpatri forzati degli irregolari, la gestione dei Centri di identificazione ed espulsione (CIE) e il sovraffollamento delle carceri, determinato dall'uso frequente della detenzione nei confronti degli stranieri extracomunitari, al quale è diventato urgente porre rimedio dopo la nota sentenza della Corte di Strasburgo 8 gennaio 2013 sul caso Torreggiani e altri c. Italia. A ciò va aggiunto che il forte nesso tra immigrazione irregolare ed economia sommersa incrementa l'evasione fiscale e contributiva e si traduce in forme di deprecabile sfruttamento.

In tale situazione, sarebbe necessaria una diffusione sempre più capillare dell'importanza e anche della "convenienza" di una tutela più efficace a tutti i livelli dei migranti, tanto più che i maltrattamenti che facilmente si possono infliggere agli immigrati possono creare sensi di vendetta o comunque di ribellione. Basta pensare, a titolo di esempio, alla rivolta delle *banlieues* in Francia (cominciata nell'autunno 2005, durata per oltre 20 giorni e che, ogni tanto, rischia di riesplodere) e alle scene di guerriglia urbana verificatesi a Rosarno (nella Piana di Gioia Tauro) nel gennaio 2010, per la ribellione di alcune centinaia di lavoratori extracomunitari impegnati in agricoltura e accampati in condizioni inumane in una vecchia fabbrica in disuso e in un'altra struttura abbandonata (situazione che, come risulta da reportage giornalistici di fine gennaio 2013, è tuttora potenzialmente "esplosiva", visto che purtroppo, a tre anni dalla rivolta, tutto è rimasto invariato, benché per un breve periodo sembrava che si potesse riuscire a migliorare le condizioni di vita degli immigrati africani, grazie all'interessamento congiunto del Ministro dell'Interno, del Ministro per la Cooperazione internazionale e l'integrazione e della Regione Calabria). E, da ultimo, ai disordini che si sono registrati in Svezia nel maggio 2013 (durati più di sette giorni).

Naturalmente essere consapevoli dell'importante contributo dell'immigrazione per il nostro Paese non significa negare il problema della limitatezza delle risorse. Tuttavia, è anche evidente che è impossibile avere "frontiere ermetiche" sicché la strada migliore da percorrere è quella di incentivare i flussi regolari, visto che la presenza irregolare nel territorio nazionale, nella maggior parte dei casi non è dovuta all'ingresso senza autorizzazione ma alla permanenza protratta oltre il dovuto (c.d. *overstaying*). Al contempo sono necessarie anche altre misure come quella della intensificazione del dialogo con i Paesi di provenienza degli immigrati, salvo restando che nella gestione del fenomeno

è opportuno creare una rete di maggiore solidarietà tra gli Stati UE, secondo la logica cui risponde il c.d. nuovo codice dei visti Schengen (Regolamento CE n. 810/2009), in vigore dal 5 aprile 2010. Tale codice ha, infatti, ampliato le disposizioni comuni da applicare a tutto il territorio europeo in materia di visti, favorendo la collaborazione tra le sedi diplomatico-consolari degli Stati membri della UE onde concordare comportamenti omogenei, anche attraverso incontri periodici.

Bisogna, a livello europeo, affrontare, con particolare attenzione, la questione dell'identificazione del Paese responsabile della prima accoglienza dei migranti, nella consapevolezza che la normativa attualmente vigente ha dimostrato molti problemi applicativi, alcuni dei quali stigmatizzati dalle Corti EDU e UE, principalmente per la non rispondenza alla realtà del presupposto su cui si fonda, rappresentato dall'equivalenza dei sistemi di accoglienza dei diversi Paesi europei.

### **Effetti dell'attuale crisi economico-finanziaria sulle scelte dei Governi degli Stati europei in materia di immigrazione**

Va amaramente osservato che negli ultimi anni, in conseguenza della crisi economica globale, gli Stati europei tendono ad assumere scelte non coerenti con la suddetta necessità di coordinamento delle politiche dell'immigrazione e che appaiono andare in controtendenza anche rispetto alle dichiarazioni di consapevolezza del ruolo determinante da attribuire al rafforzamento della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali al fine di sviluppare e consolidare l'azione politica di pace all'interno dello spazio europeo e al livello mondiale.

Ciò, ad esempio, è accaduto in Francia con le espulsioni dei Rom in blocco, in Germania con l'amara dichiarazione della Cancelliera Angela Merkel sul fallimento del multiculturalismo nel proprio Paese e l'attribuzione della relativa responsabilità agli immigrati, e ciò avviene normalmente negli scambi commerciali intrattenuti dai Paesi europei e occidentali con la Cina.

Sappiamo che la Repubblica popolare cinese ha, ormai da diverso tempo, una posizione di grande rilievo nell'ambito dei cosiddetti Paesi emergenti e che effettua cospicui investimenti in Africa e in molte altre parti del mondo, oltre ad essere ormai il più grande finanziatore dell'economia USA e ad essere diventata nel giro di pochi anni la seconda potenza economica del mondo. Per queste ed altre ragioni, la Cina l'11 dicembre 2001 è entrata a far parte della *World Trade Organization* (WTO) - Organizzazione mondiale del commercio, il cui obiettivo principale è quello di abolire o ridurre le barriere tariffarie nel commercio internazionale e, quindi, favorire la massima concorrenzialità del mercato globale.

Orbene tutto ciò è accaduto e accade benché da molti anni sia noto che il sistema giuridico e carcerario cinese prevede diverse forme di lavoro forzato, nel mondo occidentale conosciute con il termine onnicomprensivo di *laogai*

(parola cinese la cui traduzione è “riforma, rieducazione attraverso il lavoro”), in seguito alla diffusione dei libri che Harry Wu (in cinese Wu Hong) ha scritto dopo aver trascorso diciannove anni nei campi di lavoro, solo per aver manifestato le sue simpatie per la democrazia. Gran parte dei prodotti fabbricati in Cina vengono fabbricati nei campi di lavoro, originariamente istituiti da Mao Zedong negli anni cinquanta del novecento, sull'esempio dei gulag sovietici. In realtà il sistema del lavoro forzato cinese si articola in due diversi tipi di situazioni: a) la condanna al *laogai* (in senso stretto), che presuppone un processo giurisdizionale e viene applicata a soggetti riconosciuti dalla legge come criminali, cui sono irrogate pene di media e lunga durata che comportano per i detenuti la privazione dei diritti civili, senza ricezione di alcun salario per il lavoro svolto; b) la condanna al *laojiao* che è riservata a coloro che hanno compiuto reati minori, per cui non sono legalmente classificati come criminali, tanto che conservano i diritti civili e percepiscono un modesto salario. Peraltro, i detenuti *laogai* e *laojiao* non raramente vivono negli stessi complessi e lavorano insieme e si distinguono soprattutto perché solo i primi indossano un'uniforme e hanno i capelli rasati.

È il sistema del *laojiao* quello che viene considerato come maggiormente lesivo dei diritti umani e civili. Si tratta, infatti, di un sistema di “detenzione amministrativa” che prevede la possibilità di essere imprigionati direttamente dalla polizia senza nessuna sentenza, per un periodo di tempo fino a tre anni. Dato questo iter “semplificato”, il *laojiao* è principalmente usato per le persecuzioni contro i dissidenti politici, religiosi e i credenti di tutte le religioni, oltre che nei confronti di persone responsabili di piccoli crimini.

Nei primi giorni di gennaio 2013 si è diffusa la notizia – non ufficiale – secondo cui Meng Jianzhu, segretario per gli affari politici e legali del Partito comunista cinese avrebbe dichiarato che è intenzione della Cina di mettere fine entro il 2013 ai *laojiao* (e non anche ai *laogai*), che secondo stime aggiornate ospitano, in centinaia di campi sparsi in tutto il territorio cinese, fino a due milioni di persone che con una paga infima lavorano per 15 ore al giorno.

Va, però, considerato che il tema della riforma dei *laojiao* è da anni nell'agenda legislativa cinese, visto che da anni le organizzazioni umanitarie chiedono la sostituzione della normativa vigente con una nuova disciplina che sia perfettamente in linea con gli standard internazionali sui diritti umani, compresi il diritto a un giusto processo e la libertà dagli arresti arbitrari.

Quel che è certo è che nei “gulag cinesi” si trovano milioni di persone – uomini, donne e bambini – che, essendo costretti al lavoro forzato in condizioni disumane, avvantaggiano molto l'economia e il Governo cinese, ma in modo tale da fare anche concorrenza sleale ai Paesi e alle imprese che operano nel rispetto dei diritti umani dei lavoratori.

Diverse organizzazioni internazionali che promuovono la tutela dei diritti umani, tra cui Amnesty International e Human Rights Watch, lottano da tempo per impedire questa orribile realtà. Inoltre, diverse denunce per ciò che accade

nei *laogai* sono giunte da tempo dai Parlamenti di Australia, Italia, Germania, dal Congresso statunitense e dalla stampa internazionale.

Anche il Parlamento europeo, dopo aver adottato nel 2006 una Risoluzione sulle relazioni UE-Cina nella quale è stato anche affrontato l'argomento della tutela dei diritti umani, il 23 settembre 2010 si è occupato, in particolare, della questione dei *laogai* nel tentativo di trovare una soluzione per evitare l'acquisto dei beni prodotti dai prigionieri cinesi.

Tutti questi sforzi non hanno però portato a risultati concreti e anzi le relazioni economico-commerciali della Cina con gli altri Paesi continuano ad intensificarsi, anche perché non è facile distinguere i prodotti nati dal lavoro forzato. Infatti, la maggior parte di essi hanno etichette europee o statunitensi e ciò ne impedisce la precisa individuazione e il conseguente boicottaggio.

Tutto ciò dà, emblematicamente, l'idea di come i diritti umani o fondamentali possano avere una pregnante valenza anche economica.

Non bisogna, però, scoraggiarsi, ed è anche necessario rimanere vigili e mantenersi informati, soprattutto per evitare l'errore di pensare che le violazioni dei diritti umani o fondamentali riguardino solo gli "altri", e che i Paesi con una tradizione democratica ed economica maggiormente consolidata ne siano esenti.

Ciò, nello spazio europeo, è smentito sia dalla circostanza che molte condanne della Corte di Strasburgo riguardano proprio questi Paesi, sia dai fatti di cronaca riportati dai mass media, mentre, nello spazio globale, è smentito principalmente dal fatto che gli USA (e il Canada) non hanno ancora accettato di sottoporsi al controllo giurisdizionale della Corte di San Josè, che svolge, nell'ambito dei Paesi dell'Organizzazione degli Stati Americani (OAS), la funzione di interpretare e applicare le disposizioni contenute nella Convenzione Interamericana dei diritti dell'uomo, emanata il 22 novembre 1969 a San Josè in Costa Rica. È noto, infatti, che tale presa di posizione degli USA rispetto al controllo delle violazioni dei diritti umani nel proprio territorio ha anche influenzato il sistema di difesa di tali diritti nell'ambito ONU in genere, visto che, da più parti, nel corso degli anni, tale sistema è stato considerato inadeguato, soprattutto perché troppo politicizzato e influenzato dalla «presenza egemone» degli USA, come sappiamo da molti vivacemente contestata specialmente in conseguenza del suddetto rifiuto, in riferimento, fra l'altro, alla situazione dei detenuti negli USA.

### **Conoscere, per combattere la "globalizzazione dell'indifferenza"**

Nonostante le molte contraddizioni, il tema particolarmente delicato e sensibile della regolamentazione della condizione giuridica degli stranieri extracomunitari deve essere considerato centrale sia per i singoli Paesi europei sia per l'Europa nel suo complesso, dal momento che si tratta di un ambito nel quale l'integrazione dei diversi sistemi nazionali ed comunitari è inevitabile e quindi la ricerca di una soddisfacente soluzione dei problemi che esso pone rappresenta la sfida che tutti noi e, per primi, la UE, il Consiglio d'Europa, l'OSCE

(Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa), siamo chiamati a vincere nei prossimi decenni e che mette in gioco lo stesso ruolo del vecchio continente nel mondo e la sua capacità di partecipare da protagonista alla ridefinizione degli equilibri globali, salvaguardando i propri interessi, ma anche riscoprendo la “sua anima”, cioè i propri nobili valori fondanti.

Per quel che riguarda il nostro Paese va comunque ricordato che l'art. 2 Cost. stabilisce che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». E tale tutela, come più volte sottolineato dalla giurisprudenza anche di recente, riguardando diritti fondamentali, deve essere riconosciuta indipendentemente dalla cittadinanza del beneficiario, in quanto pur riferendosi il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. vale anche nei confronti degli stranieri quando viene in considerazione il rispetto dei diritti fondamentali tutelati dall'art. 2 Cost. nonché dalle norme e dai trattati internazionali richiamati dall'art. 10, secondo comma, Cost. (secondo un orientamento ormai consolidato della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, vedi per tutte: Corte Costituzionale: sentenze n. 454 del 1998; n. 172 del 1999; n. 432 del 2005 e n. 306 del 2008; Corte di Cassazione: 7 maggio 2009, n. 10504; 24 febbraio 2010, n. 4484; 11 gennaio 2011, n. 450).

Analoghi riconoscimenti sono contenuti nelle principali Carte internazionali ed europee che costituiscono le fondamenta dell'attuale sistema di tutela dei diritti umani nel mondo occidentale, così come in gran parte delle Costituzioni degli Stati membri della UE.

Peraltro, nella valutazione delle modalità attraverso le quali, in Europa e in Italia, si attribuisce un contenuto concreto al principio di uguaglianza nei confronti degli stranieri, si deve partire dalla premessa che il termine generico di «straniero extracomunitario migrante» accumuna realtà molto diverse (per Paesi di provenienza e situazioni soggettive), che ovviamente richiedono differenti discipline, pur dovendo tutte rispondere al canone fondamentale del rispetto della dignità umana.

La prima – generale – partizione tra le suddette diverse situazioni soggettive è quella tra soggetti che possono richiedere una delle diverse forme di protezione internazionale e soggetti che non possono richiederla.

Va anche tenuto presente che quello dei soggetti che non possono chiedere la protezione internazionale è il settore nel quale entra maggiormente in crisi la distinzione tra stranieri regolari, irregolari (stranieri che hanno perduto i requisiti necessari per la permanenza sul territorio nazionale, per esempio perché è scaduto e non è stato rinnovato il permesso di soggiorno di cui erano però in possesso all'ingresso in Italia) e clandestini (entrati in Italia senza regolare visto di ingresso).

Inoltre, si deve evitare lo stesso uso indiscriminato del termine “clandestino” – normalmente adoperato per indicare qualcosa che «ha carattere di segretez-

za in quanto difforme dalla legge o dalle norme sociali e quindi perseguibile giudizialmente o condannabile moralmente» – che porta a fare ricorso a tale termine, che ha una valenza di per sé negativa, per indicare situazioni molto diverse tra loro e anche nei confronti dei soggetti che si limitano a fuggire da realtà nazionali molto critiche per cercare semplicemente di sopravvivere.

Anche solo da quest'ultima notazione linguistica si comprende come, in Europa e in Italia, sia necessario cambiare rotta, perché la "politica dello struzzo" fin qui seguita non ha portato buoni frutti da nessun punto di vista, come è dimostrato da quanto è accaduto e accade in tutti i Paesi UE e, quindi, anche in Italia, negli ultimi anni, con pesanti ricadute di ordine pubblico.

E l'attuale momento di crisi economico-finanziaria non può costituire un alibi all'immobilismo dei Governi, in quanto, come ha sottolineato anche Dean Spielmann, Presidente della Corte di Strasburgo, nell'inaugurazione del presente anno giudiziario della Corte, tra le notevoli ripercussioni della crisi economico-finanziaria anche sui diritti umani (aggiuntive rispetto a quelle sui diritti sociali ed economici) vi è l'emersione di atteggiamenti di intolleranza e di rifiuto per gli altri, con manifestazioni di ostilità verso l'accoglienza dei migranti e con la tendenza sia ad applicare la legge del più forte sia, talvolta, a mettere da parte i diritti umani, considerati da alcuni Governi come «un lusso che non ci si può permettere in periodi di crisi».

Se questi sono i risultati che abbiamo ottenuto con politiche migratorie – della UE e dei vari Stati membri – fortemente sbilanciate sul versante dei controlli delle frontiere e della repressione dell'irregolarità, con progressivo incremento della disciplina del trattenimento nei Centri di permanenza per immigrati, allora vuol dire che non si può più procrastinare il cambiamento di rotta.

Pur nella consapevolezza che non esistono soluzioni univoche in materia, tuttavia sarebbe necessario affrontare, in modo chiaro e coraggioso, in primo luogo le questioni quantitative, cioè di capienza: che investono le effettive capacità di accoglienza e di integrazione di un Paese, e che dunque legittimano limiti e selezioni degli ingressi.

Se tali questioni fossero considerate non dai singoli Stati isolatamente, ma dalla UE nel suo complesso nell'ambito di una politica comune in materia di migrazione e di asilo, che invece stenta ad affermarsi, forse si potrebbe arrivare a soluzioni più sostenibili dal punto di vista economico, e soprattutto maggiormente rispettose della normativa internazionale, comunitaria e nazionale in materia.

In questo cammino – che vede in prima linea i giudici, gli avvocati e, in genere, gli operatori giuridici impegnati nel settore insieme a tutti coloro che, con competenza e sensibilità, vi si dedicano tra mille difficoltà – ognuno di noi deve sentirsi coinvolto nel concorrere direttamente o indirettamente all'adozione di un sistema UE e nazionale più equo, più chiaro ma anche più sostenibile, umanamente ed economicamente.

Per farlo in modo adeguato si deve partire dalla conoscenza delle regole che disciplinano la condizione degli immigrati, onde maturare un'idea consapevole

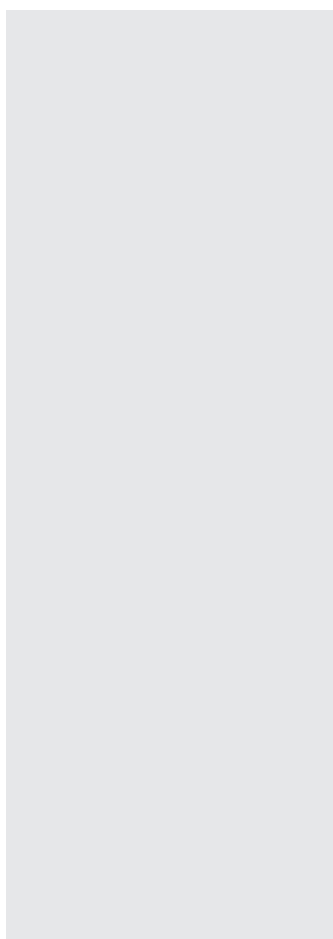
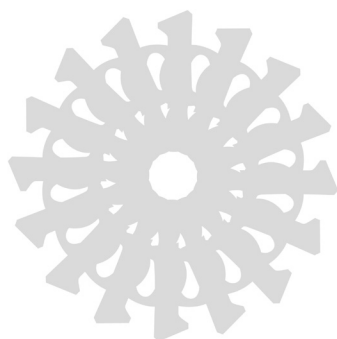
al riguardo e non rimanere schiavi dei soli sentimenti, pro o contro gli stranieri, che certamente non aiutano ad affrontare questioni così complesse che riguardano anche il futuro anche dei nostri figli, come a volte dimenticano i nostri rappresentanti nazionali e quelli UE.

Del resto, come diceva John Ruskin, «l'arte migliore è quella in cui la mano, la testa e il cuore di un uomo procedono in accordo».





# ETICA PROFESSIONALE E DEONTOLOGIA





# Una deontologia comune tra avvocati e magistrati?

## I codici etici ed il loro coordinamento\*

David Cerri

---

Per poter discutere delle prospettive di una maggiore collaborazione tra magistratura ed avvocatura anche sul piano deontologico, occorre avere un quadro aggiornato dei riferimenti positivi; scopo di questi incontri, del resto, è anche quello di contribuire alla formazione dei partecipanti e creare strumenti idonei alla diffusione delle conoscenze, il cui possesso non può darsi per scontato.

Sono infatti in gioco due profili: il primo si potrebbe definire l'“autocoscienza” deontologica della categoria: quel che si è appreso del “proprio” sistema deontologico; l'altro, qui più rilevante, consiste in quel che si sa (o non si sa...) della deontologia “degli altri”.

### Le fonti deontologiche per la magistratura

Volendo iniziare una sinteticissima rassegna delle fonti, e pur volendo restringerla al campo europeo ed italiano, non si può trascurare l'importanza di alcuni strumenti internazionali la cui conoscenza non è certamente inutile neppure per gli avvocati.

Mi riferisco in particolare, per i giudici, a:

- i Principi fondamentali sull'indipendenza della magistratura, adottati dal settimo Congresso dell'ONU per la prevenzione del crimine ed il trattamento dei criminali (Milano 26 agosto - 6 settembre 1985), poi confermati dall'Assemblea generale con la risoluzione 40/32 del 29 novembre 1985 e 40/146 del 13 dicembre 1985, cui è seguita nel 1989 l'approvazione delle procedure per la loro efficace applicazione;
- lo Statuto universale del giudice, approvato dal Consiglio centrale dell'Unione internazionale dei magistrati a Taipei il 17 novembre 1999;
- e soprattutto ai Principi di Bangalore (la bozza del Codice di condotta giudiziaria, redatta nel 2001, fu adottata dal Gruppo dei giudici per il rafforzamento dell'integrità giudiziaria e rivista alla Tavola rotonda dei *Chief Justices* tenutasi all'Aia il 25/26 novembre 2002).

Per la giustizia minorile si può ricordare il Codice etico dei magistrati minori, approvato dall'assemblea generale dell'AIMJF (*Association Internationale*

---

\* Rielaborazione dell'intervento all'incontro organizzato da CSM, CNF e Consiglio d'Europa a Roma il 13 giugno 2013: *Una rinnovata collaborazione tra magistratura e avvocatura nel quadro europeo*.

*des Magistrats de la Jeunesse et de la Famille*), organismo cui aderisce la AIMMF (Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e per la famiglia).

Nel quadro europeo, non senza aver ricordato l'art. 47, 2 c. della Carta di Nizza e l'art. 6 della CEDU (che quasi con la stessa formula ripetono che «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, pre-costituito per legge») i riferimenti più importanti sono dati da:

- la Carta europea sullo statuto dei giudici, approvata dal Consiglio d'Europa l'8/1 luglio 1998;
- la raccomandazione del comitato dei ministri CM/R(1994)12 «sull'indipendenza, l'efficacia ed il ruolo dei giudici», poi sostituita dalla raccomandazione CM/R(2010)12 «sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità» del 17 novembre 2010;
- la *Magna carta dei giudici* (principi fondamentali) elaborata dal CCJE (Consiglio consultivo dei giudici europei, organo consultivo del Consiglio d'Europa) il 18 novembre 2010.

Per i pubblici ministeri, che godono ovunque di una considerazione separata, si possono ricordare:

- la raccomandazione CM/R(2000)19 sul ruolo dell'ufficio del pubblico ministero nel sistema della giustizia penale;
- le linee guida di Budapest, adottate dal CCPE (Consiglio consultivo dei pubblici ministeri europei) il 31 maggio 2005;
- la c.d. Dichiarazione di Bordeaux (giudici e procuratori in una società democratica) elaborata dal CCJE e dal CCPE in incontri avvenuti nella città francese e poi approvata il 18 novembre 2009 a Brdo (Slovenia).

In Italia i principali testi sono costituiti da:

- il codice etico dell'ANM, approvato nel 1994 e rivisto dagli organi dell'associazione il 13 novembre 2010, che è stato il primo codice europeo della categoria<sup>1</sup>;
- il codice etico dei magistrati del Consiglio di Stato adottato il 28 aprile 1994 e modificato il 6 giugno 2007 dall'Assemblea generale dell'Associazione magistrati del Consiglio di Stato<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Sul punto v. R. SABATO, *Il codice etico dei magistrati italiani: un esempio per l'Europa*, in E. BRUTI LIBERATI - L. PALAMARA (a cura di), *Cento anni di Associazione magistrati*, Ipsoa, Milano 2009. Utile anche L. ASCHETTINO - D. BIFULCO - H. ÉPINEUSE - R. SABATO (a cura di), *Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, Jovene, Napoli 2006, e in particolare A. PIZZORUSSO, *Il "codice etico" dei magistrati italiani*, *ibid.*, pp. 51 ss., e R. DANOVÌ, *Luci ed ombre della deontologia nella "lotta per il diritto"*, *ibid.*, pp. 193 ss.

<sup>2</sup> La raccomandazione CM/R(2010)12, la Magna carta dei giudici ed il Codice etico dell'ANM si leggono in *I recenti strumenti del consiglio d'Europa in tema di indipendenza e responsabilità dei giudici; Il codice etico dell'associazione nazionale magistrati*, con una premessa di R. SABATO, in *Foro it.*, V/2011, pp. 116 ss. Tutti i testi citati sono facilmente reperibili in rete.

## **Le fonti per l'avvocatura**

Anche a questo proposito è bene far precedere la breve rassegna dal richiamo all'art. 47, 2 c., u.p., della Carta di Nizza: «Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare» ed all'art. 24 della Costituzione, non senza ricordare come il silenzio sulla difesa “tecnica”<sup>3</sup> sia stato ben “compensato” dalle decisioni della Corte Costituzionale, anche se una sua obbligatorietà al di fuori del processo penale non è mai stata affermata. Qui si parla di diritti, non (soltanto) di affari...

In ambito europeo è il CCBE (il Consiglio degli ordini forensi europei) ad aver guidato la redazione dei documenti fondamentali frutto dell'autoregolamentazione:

- il Codice deontologico degli avvocati europei risale al 28 ottobre 1988 ed è stato modificato tre volte, l'ultima delle quali nella sessione plenaria tenutasi ad Oporto il 19 maggio 2006;
- la Carta dei principi fondamentali dell'avvocato europeo, adottata all'unanimità nella sessione plenaria tenutasi a Bruxelles il 24 novembre 2006.

In Italia il Codice deontologico forense è stato approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 17 marzo 1997 ed aggiornato con le modifiche introdotte il 16 ottobre 1999, il 26 ottobre 2002, il 27 gennaio 2006 (ulteriori modifiche sono state apportate il 14 dicembre 2006, in attuazione della legge 4 agosto 2006, n. 248), il 18 gennaio 2007, il 12 giugno 2008, il 15 luglio ed il 16 dicembre 2011.

Oggi è la l. 31 dicembre 2012, n. 247 (Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense) a richiamare la funzione del Codice deontologico (art. 3, c. 3. «L'avvocato esercita la professione uniformandosi ai principi contenuti nel codice deontologico emanato dal CNF ai sensi degli articoli 35, comma 1, lettera d), e 65, comma 5. Il codice deontologico stabilisce le norme di comportamento che l'avvocato è tenuto ad osservare in via generale e, specificamente, nei suoi rapporti con il cliente, con la controparte, con altri avvocati e con altri professionisti), a prevederne il periodico aggiornamento» (art. 35), e la riformulazione entro un anno dall'entrata in vigore della riforma (art. 65. 5 c.).

## **Due nodi**

Volendo segnalare solo alcune caratteristiche essenziali, vista la sede, è indubbio che l'attenzione per l'indipendenza e l'imparzialità sia insieme mezzo e scopo principale della regolamentazione deontologica della magistratura, cui è strettamente e comprensibilmente legato il richiamo alla responsabilità; e se già sul profilo dell'indipendenza si riconosce un chiaro punto di contatto con la deontologia forense (seppur declinato, com'è ovvio, in altri termini), quello

---

<sup>3</sup> Benché la ragione della disposizione fosse ben chiara al costituente: v. le discussioni del 17 luglio 1946 in seno alla 1 Sottocommissione presieduta da Tupini (p. 60 Resoconti).

che più di ogni altro accomuna le due categorie è la responsabilità verso la collettività, iniziando dall'efficienza del sistema giustizia, ma con estensione ad un concetto assai più vasto di "responsabilità sociale" così largamente discusso negli ultimi anni.

Proprio questo profilo può esser preso a spunto per un'ulteriore riflessione relativa alla realtà italiana.

Vi è una tensione che si manifesta a partire da alcuni valori che avvocati e magistrati considerano della massima importanza, come quello dell'autoregolamentazione. Che le norme deontologiche provengano dalla stessa categoria è principio costantemente affermato nella regolamentazione deontologica della magistratura – CM/Rec (2010)12 § 73 s.p., Magna carta dei giudici § 18 – e non meno presente agli avvocati, i quali però negli ultimi tempi hanno visto l'intervento diretto del legislatore a sanzionare alcuni specifici comportamenti (per esempio – che non riguarda solo loro, peraltro – sono così qualificate le violazioni degli obblighi imposti ai mediatori che siano iscritti ad albi professionali, ai sensi dell'art. 6 del d.m. 180/2010).

In realtà, una ulteriore distinzione è necessario compiere: quella tra le norme deontologiche in generale e quelle di "dichiarato" rilievo disciplinare, ed oggi – per gli avvocati – più che mai, giacché l'art. 3, c. 3 della l. 247/12 recita che «Il codice deontologico espressamente individua fra le norme in esso contenute quelle che, rispondendo alla tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione, hanno rilevanza disciplinare...».

A questa prima "tensione" ne corrisponde un'altra, ben collegata: quella tra la diversa considerazione della natura dei codici etici della magistratura, comunemente ritenuta "non giuridica" (seppur resi obbligatori da una norma primaria come art. 58-*bis*, 4° comma, d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, come modificato dall'art. 26 d.lgs. 23 dicembre 1993 n. 546), e la diversa opinione – sia pur riferita "all'interno" dell'ordinamento forense – seguita da numerose decisioni della S.C. per le quali «Le norme del codice deontologico forense costituiscono fonti normative integrative del precetto legislativo che attribuisce al consiglio nazionale forense il potere disciplinare con funzione di giurisdizione speciale appartenente all'ordinamento generale dello Stato, e come tali sono interpretabili direttamente dalla Corte di legittimità» (Cass. civ., sez. un., 20 dicembre 2007 n. 26810). La Corte ha altrimenti sottolineato che si tratta «di norme giuridiche obbligatorie vevoli per gli iscritti all'albo degli avvocati che integrano il diritto oggettivo ai fini della configurazione dell'illecito disciplinare» (Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2004, n. 5776), ovvero che «le norme del codice deontologico approvato dal consiglio nazionale forense il 14 aprile 1997 si qualificano come norme giuridiche vincolanti nell'ambito dell'ordinamento di categoria, che trovano fondamento nei principi dettati dalla legge professionale forense» (Cass. civ., sez. un., 6 giugno 2002, n. 8225).

## Come sciogliere queste tensioni?

Su un piano strettamente pratico (e che più interessa alla collettività): quello della funzione interpretativa dei codici deontologici.

Intendo seguire quindi l'opinione di chi ha sostenuto<sup>4</sup>, riferendosi ai codici della magistratura, che «Per quanto concerne il rilievo dei codici etici nell'ordinamento giuridico, appare che, alle regole contenute in tali codici, l'interprete possa far riferimento, per riempire di significato clausole generali contenute in disposizioni di legge, quali, ad esempio, “prestigio”, “buona considerazione”, “correttezza”»<sup>5</sup>.

Abbiamo or ora ricordato la qualificazione data dalla Cassazione al codice deontologico forense come fonte normativa del precetto legislativo che attribuisce al CNF il potere disciplinare, che “integra” il diritto oggettivo; con la riforma il problema interpretativo si pone di nuovo visto che all'art. 3, c. 3 della l. 247/2012 si precisa che «Tali norme, [quelle di rilevanza disciplinare] per quanto possibile, devono essere caratterizzate dall'osservanza del principio della tipizzazione della condotta e devono contenere l'espressa indicazione della sanzione applicabile». Oggi, lo si ricorda solamente, la “norma di chiusura” è l'art. 60 del Codice deontologico: «Le disposizioni specifiche di questo codice costituiscono esemplificazioni dei comportamenti più ricorrenti e non limitano l'ambito di applicazione dei principi generali espressi».

Encomiabile in via di principio, il riferimento al principio di legalità, se è accettabile per il riferimento alla pena, lo è assai di meno per l'individuazione della fattispecie astratta se inteso con rigidità; il deficit di tutela per i cittadini si potrebbe determinare a causa dell'impossibilità di prevedere espressamente tutti i comportamenti illeciti, laddove – appunto – sono invece clausole generali come quelle del decoro e della dignità a garantire i mezzi per una pronta risposta a comportamenti in continua evoluzione. A proposito dell'ordinamento previgente era del resto questa la convinzione anche della S.C.: «In tema di procedimenti disciplinari nei confronti degli avvocati, il comportamento illecito del professionista perseguibile con il procedimento di cui al r.d.l. n. 1578 del 1933 non consiste esclusivamente in condotte contrarie a prescrizioni di legge civile o penale, e neppure si esaurisce nelle ipotesi individuate dal codice deontologico approvato dal CNF, potendo essere sanzionati disciplinarmente, in quanto contrari alla deontologia professionale, anche comportamenti atipici...; né la rilevanza di condotte atipiche può suscitare dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 56 cit. r.d.l. n. 1578 del 1933, in quanto la discrezionalità dell'organo

<sup>4</sup> G. BARBAGALLO, *I codici etici delle magistrature*, in *Foro it.*, III/1996, p. 36

<sup>5</sup> L'Autore prosegue: «Questo rilievo, non deriva da una particolare giuridicità di tali codici; anzi, al contrario, esso è fondato proprio sulla natura non giuridica delle regole in essi contenute. Le clausole generali esprimono, infatti, nel corpo delle disposizioni di legge, nozioni che devono essere definite con riferimento ad elementi giuridici, quali quelli che possono essere tratti dal costume morale o sociale».

rappresentativo della categoria nella ricostruzione dei principi deontologici si svolge all'interno dei binari tracciati dalla legge ed in primo luogo dalla legge costituzionale» (Cass., sez. un., 7 febbraio 2006 n. 2509<sup>6</sup>).

È quindi utilizzando in pieno i codici che si potrà assicurare – in un ambito e nell'altro – il rispetto “concreto” dei valori costituzionali in quell'esperienza quotidiana che è il ricorso alla giustizia.

### L'occasione e la proposta

Avviandoci alla conclusione è il momento di una “modesta proposta” (non così crudele né satirica *à la Swift*, beninteso): l'avvocatura deve elaborare il nuovo Codice deontologico; perché non approfittare dell'occasione per chiamare ad una lettura comune – una volta di più, costituzionalmente orientata – dei reciproci rapporti?

Nel codice forense vigente, la norma di riferimento è l'articolo 53:

Art. 53 - Rapporti con i magistrati.

I rapporti con i magistrati devono essere improntati alla dignità e al rispetto quali si convengono alle reciproche funzioni.

I. Salvo casi particolari, l'avvocato non può discutere del giudizio civile in corso con il giudice incaricato del processo senza la presenza del legale avversario.

II. L'avvocato chiamato a svolgere funzioni di magistrato onorario deve rispettare tutti gli obblighi

inerenti a tali funzioni e le norme sulla incompatibilità.

III. L'avvocato non deve approfittare di eventuali rapporti di amicizia, di familiarità o di confidenza con i magistrati per ottenere favori e preferenze. In ogni caso deve evitare di sottolineare la natura di tali rapporti nell'esercizio del suo ministero, nei confronti o alla presenza di terze persone.

Nel Codice etico dei magistrati italiani i riferimenti si trovano nell'art. 9 sull'imparzialità, e soprattutto nei c. 1 e 2 dell'articolo 11:

Art. 11 - La condotta nel processo

Nell'esercizio delle sue funzioni, il magistrato, consapevole del servizio da rendere alla collettività, osserva gli orari delle udienze e delle altre attività di ufficio, evitan-

<sup>6</sup> Cfr. anche Cass., sez. un., 5 gennaio 2007, n. 37 che ha affermato che «la predeterminazione e la certezza dell'incolpazione ben può ricollegarsi a concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività in cui il giudice opera e poiché all'esercizio del potere disciplinare, quale espressione di potestà amministrativa, sono estranei i precetti costituzionali concernenti la funzione giurisdizionale» mentre neppure «può ritenersi violato l'art. 24 Cost., giacché per la garanzia del diritto di difesa è sufficiente la presenza di un nucleo centrale di norme che tutelano il principio del contraddittorio e prevedono la facoltà per l'interessato di impugnare dinanzi ad un organo giurisdizionale le decisioni del consiglio dell'ordine»; Cass., sez. un., 15 luglio 2005, n. 14985; Cass., sez. un., 7 luglio 2009 n. 15852, in *Diritto e formazione*, 2009, p. 751.



do inutili disagi ai cittadini e ai difensori e fornendo loro ogni chiarimento eventualmente necessario.

Svolge il proprio ruolo con pieno rispetto di quello altrui ed agisce riconoscendo la pari dignità delle funzioni degli altri protagonisti del processo assicurando loro le condizioni per esplicarle al meglio.

I cui principi vengono poi declinati separatamente per il giudice ed il pubblico ministero agli art. 12 e 13, ma senza diversità su un punto che qui ci interessa: quello dell'astensione da commenti o critiche sulle capacità professionali dei difensori.

Ancora meglio, forse, il Codice dei magistrati del Consiglio di Stato all'art. 2, u.c., prescrive un modello di comportamento bivalente: «Rapporti di amicizia con gli avvocati sono espressioni di esercizio delle libertà della vita di relazione, nella certezza che mai l'avvocato li dichiarerà con clienti o possibili clienti; ove questo dovesse accadere il magistrato è tenuto ad interrompere tali rapporti».

E non senza ricordare come il valore della correttezza (*Propriety*, ora il 4°, con le dettagliate applicazioni che seguono: v. in particolare 4.3, 4.4 e 4.5 sui rapporti con i difensori) dei Principi di Bangalore fosse addirittura il valore di "apertura" della bozza originaria.

Non si tratta di scambi di cortesie (anche se la cortesia non guasta mai); ma di norme dirette a rendere semplicemente più efficiente, più imparziale, più corretta l'amministrazione della giustizia, per l'indubbio vantaggio dei fruitori.

È utopico pensare ad una elaborazione congiunta almeno di questo non irrilevante settore della deontologia giudiziaria, così da tradurre in "fatti" (in norme) quelli che apparentemente e da tempo sono gli auspici di entrambe le categorie?

Unico lo scopo; unico il criterio, quello del richiamo dei valori delle Carte dei diritti fondamentali e della Costituzione.

A mo' di conclusione, uno sguardo ad una realtà ed una civiltà giuridica che sembrano lontane, ma non lo sono affatto, anche per le radici romanistiche che le accomunano al nostro *civil law*.

Il *Código Iberoamericano de Ética judicial* all'art. 1 (Indipendenza) afferma chiaramente (e con un "piglio" che merita tutta la nostra ammirazione) «Le istituzioni che, nel quadro dello Stato costituzionale, garantiscono l'indipendenza giudiziale non sono dirette a collocare il giudice in una posizione di privilegio. La loro ragion d'essere è quella di garantire ai cittadini il diritto ad essere giudicati secondo parametri giuridici, come modi di evitare l'arbitrarietà e di realizzare i valori costituzionali, e salvaguardare i diritti fondamentali»<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Ns. trad.: *Independencia - ART. 1. - Las instituciones que, en el marco del Estado constitucional, garantizan la independencia judicial no están dirigidas a situar al juez en una*

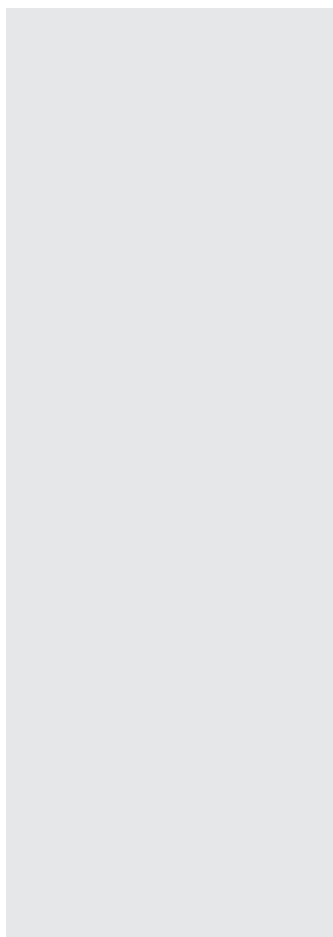
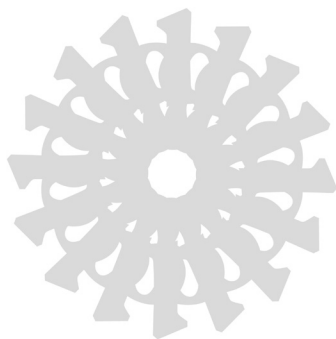
«Parole non ci appulcro», direbbe il padre Dante.

E niente di diverso si può dire al riguardo degli avvocati, che come – e talvolta più – dei magistrati devono tenere comportamenti che si riflettono sulla vita degli altri.

---

*posición de privilegio. Su razón de ser es la de garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales.*

## APPROFONDIMENTI





# BCE, Spread, Fiscal compact e Mes: la “finanziarizzazione” della democrazia, ovvero di Serse e Leonida alle Termopili

Carlo Calvieri

---

ὦ ξείν', ἀγγέλλειν Λακεδαιμονίοις ὅτι τῆδε  
κείμεθα τοῖς κείνων ῥήμασι πειθόμενοι  
O viandante, annuncia agli Spartani che qui noi  
giacciamo per aver obbedito alle loro parole  
(Erodoto, *Storie*, VII, 228)

## PIL, Bond, Spread

Se in passato era il concerto tra governatore della Banca d'Italia e Ministro del Tesoro, volto a fissare il tasso di sconto, a dettare le linee di indirizzo della politica economica complessiva del nostro Paese, oggi la politica monetaria si muove a livello di Unione Europea ed è guidata dalla BCE.

La BCE controlla, infatti, la quantità di moneta legale circolante nel sistema dell'eurozona costituita dai 17 Paesi aderenti e stabilisce il tasso di riferimento (quello che una volta si chiamava il tasso di sconto), vale a dire il tasso di interesse al quale concede in prestito moneta alle banche nazionali e che attualmente (nel maggio di quest'anno) è stato ulteriormente ridotto allo 0,50.

Merita ricordare che le valute dei vari Paesi oggi non sono più convertibili in oro e quindi non è più necessario approntare riserve auree al fine di conoscere a quanto ammonta la possibilità per uno Stato di battere moneta. L'ultima moneta ad abbandonare tale modello di conversione è stato il dollaro nel 1971. Da quella data si può dire dunque che le valute dei vari Paesi in tanto sono considerate validi mezzi di pagamento in quanto sono riconosciute tali perché rientranti in determinati parametri fissati negli accordi internazionali tra i paesi aderenti al Fondo Monetario Internazionale (FMI).

La moneta circolante in un Paese non è quindi quella resa possibile in forza della presenza, in qualche *caveau* segreto, di una certa quantità di riserve di metalli preziosi, ma la rappresentazione cartacea di quanto un'economia di uno Stato è in grado di produrre in termini di beni e servizi in un dato periodo.

Ne consegue che tanto più un Paese produce e vende, tanto più la sua moneta sarà considerata a livello internazionale come valido mezzo di pagamento. Viceversa se uno Stato produce e vende poco sarà povero e ciò indipendente-

mente dalla denominazione della moneta che adotta. Se poi quel Paese non solo produce e vende poco, ma consuma anche di più di quel che produce saremo di fronte ad uno Stato povero ed indebitato e sempre indipendentemente dalla moneta che dovesse adottare, sia questo il tallero, il doblone, il dollaro o l'euro.

Infatti, la garanzia che una moneta sia effettivamente accettata negli scambi nazionali ed internazionali è data dal fatto che chi accetta quella moneta ha fiducia nel sistema paese che adotta quella valuta, per cui se viene meno tale fiducia, quella moneta si trasforma immantinentemente in un pezzo di carta.

Per quanto riguarda l'euro abbiamo visto come questa sia la moneta di un'area geografica di libero scambio, comprendente 17 Paesi dell'UE caratterizzata dalla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali.

Gli Stati che aderiscono a questa area non hanno però uguali capacità produttive o comuni sistemi fiscali e tributari né analoghi sistemi di contabilità o di Welfare, solo per citare fattori di grande rilevanza ed in grado di generare profonde asimmetrie. Questo significa che ciascun Paese concorre a sostenere e rendere affidabile la moneta circolante e quindi l'euro con le proprie capacità, ovvero con quanto produce e quanto consuma in beni servizi in un dato periodo.

La capacità produttiva e di spesa diventa un fattore fondamentale e tali informazioni si traggono dalla contabilità nazionale espressa dal PIL (Prodotto Interno Lordo) di uno Stato, ma anche dalla bilancia dei pagamenti internazionali, ovvero dalla conoscenza di quanto quello Stato importa ed esporta, nonché dall'ammontare del debito pubblico (il c.d. debito sovrano) e dall'ammontare degli interessi che deve pagare per ottenere prestiti da altri Stati o dal mercato finanziario.

Molti Stati, infatti, per far fronte alle loro necessità, ricorrono al mercato privato dei capitali per ottenere prestiti concedendo in cambio titoli di debito, i c.d. titoli di stato, che prendono il nome di Buoni del Tesoro, Certificati di Credito, oppure Bund, Bond, Bonos a seconda dei Paesi che le emettono, tedeschi, americani o spagnoli.

In pratica così come un privato in caso di necessità si trova ad emettere cambiali in garanzia dei debiti contratti, lo Stato emette titoli pubblici a garanzia dei propri debiti e tenta di venderli a soggetti privati che si definiscono "investitori istituzionali".

L'investitore ovviamente al momento di acquistare tali titoli si domanderà se lo Stato che ha emesso il titolo sarà in grado di restituire il capitale e gli interessi alla scadenza e se gli interessi saranno sufficienti a remunerare il rischio del mancato pagamento e se conviene comprare i titoli di uno Stato economicamente più solido ma con minori rendimenti a titolo di interessi oppure acquistare titoli di uno Stato economicamente debole ma con rendimenti maggiori.

La differenza tra i tassi di rendimento dei vari titoli è quello che comunemente è definito lo *spread* che tanto ha interessato l'opinione pubblica nell'ultimo biennio. Ad esempio la differenza del rendimento dei titoli italiani rispetto

a quelli tedeschi è attualmente di ca. 250 *bp* (punti base) ma abbiamo conosciuto forti oscillazioni che hanno toccato anche quote prossime ai 500 *bp*.

Lo *spread* non è dunque un'invenzione giornalistica ma corrisponde e fotografa quanto uno Stato come l'Italia deve pagare in più rispetto alla Germania (che pure aderisce all'UE) di interesse sull'emissione di propri buoni del tesoro.

Attraverso lo *spread* appare dunque ancor più evidente come indipendentemente dal nome della moneta circolante il Paese che produce meno, che offre meno garanzie, che ha un'economia fragile e che è anche indebitato, dovrà pagare (come qualsiasi comune cittadino) un tasso di interesse maggiore a chi gli presta denari avviluppandosi sempre di più nella spirale negativa dell'incremento del proprio debito pubblico (ma che anche per il privato sarebbe lo stesso).

Ad aggravare questa situazione influiscono anche altre realtà molto meno istituzionali che si affiancano agli investitori istituzionali e creano le condizioni per ritrarre maggiori profitti dalle crisi o dalle difficoltà temporanee di uno Stato, intervengono cioè quei soggetti che operano nella c.d. speculazione finanziaria.

Gli economisti liberisti non ci vedono nulla di male, speculare sui cambi, sui tassi di interesse, sugli stock di merci è nella logica del mercato, così come deve essere accettata la scelta fatta da un venditore di bibite di aumentare il prezzo delle proprie bevande in una giornata particolarmente calda.

Ma le cose non possono essere lette solo attraverso la logica del profitto e non sono sempre così neutrali sul piano etico e legale.

La speculazione finanziaria muove ingenti capitali attraverso gli *hedge fund* (fondi speculativi) e ad alto rischio che, intanto possono essere sottoscritti in quanto si parta da una base di investimento minimo di 500.000,00 euro in UE e 1000.000,00 di dollari in USA. E occorre anche tener presente che su questi mercati finanziari circolano ingenti capitali che non sono sempre connessi ad attività lecite, ma frutto dell'evasione fiscale, di proventi da traffico di stupefacenti, di armi, di attività criminali, fondi di servizi segreti, capitali esportati illegalmente ecc., e a queste si affiancano altri ingenti importi che derivano da *junk bond* (titoli spazzatura) che ancora sono detenuti nelle contabilità patrimoniali di istituti bancari e finanziari anche italiani.

### **Non solo profitto: il lato oscuro**

La stima di 80 miliardi di euro di evasione fiscale in Italia (46 miliardi di sola IVA), può rendere l'idea della enorme entità di tali risorse che sotto varie foggie ed espressioni cartacee gravitano nei conti correnti delle istituzioni bancarie e finanziarie private.

E dato che «*pecunia non olet*» queste istituzioni finanziarie hanno l'unico scopo di realizzare il massimo profitto e guadagno per i capitali che si trovano a gestire. Ed è così che stuoli di consulenti finanziari danno vita ad una quotidiana battaglia per il profitto senza esclusione di colpi e sotterfugi pur di torchiare il debito pubblico di un Paese.

Possiamo esemplificare tali manovre attraverso il seguente esempio.

- il Paese debitore più debole viene individuato, classificato e isolato;
- poi scattano le manovre d'assalto che servono a stressare quel Paese ed isolarlo dalla comunità;
- infine lo Stato si trova costretto a sottoscrivere impegni vessatori o a cedere quote di patrimonio pubblico o consimili valori immobiliari in cambio dei fondi di cui ha bisogno: si dà vita ad una sorta di *mobbing* finanziario coordinato da predatori verso il membro più debole.

Questo lato oscuro della finanza internazionale che si affianca a quella istituzionale utilizza le stesse tecniche che si attuano nella borsa, solo che anziché colpire una società commerciale si concentra sulle economie di interesse nazionale!

Crisi così prolungate e acutizzate dal *mobbing* finanziario, oltre a mettere in difficoltà un'intera economia di uno Stato, si trasferiscono anche sulla moneta in cui quel debito si esprime! Da qui la necessaria cautela nel ritenere che l'attuale crisi sia "colpa" dell'euro, pensiamo a che punto sarebbe la nostra esposizione a tali aggressioni se avessimo ancora una moneta "nazionale".

Oggi la speculazione vive di *spread* e di profitto portato all'estremo da questi investitori senza scrupoli e che giuocano sulla necessaria interdipendenza dei mercati e delle economie dei vari Paesi in un'economia globalizzata. Se un Paese cade in rovina anche i suoi partner subiranno conseguenze e contraccolpi, ma se c'è una moneta comune tutto il sistema ne resta coinvolto.

Per evitare il contagio ed il coinvolgimento i Paesi dell'area euro, proprio come le gazzelle attaccate dalle iene, hanno pensato ad una forma di autodifesa che consiste ancora una volta in un accordo internazionale di natura economica.

## Il Fiscal compact

Il Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell'UE (meglio noto come "Fiscal compact") è entrato in vigore da gennaio 2013.

In cosa consiste?

- il *deficit* pubblico strutturale non deve essere superiore allo 0,5% del PIL;
- gli Stati assumono l'obbligo di raggiungere entro 20 anni un debito pubblico non superiore al 60% del PIL (oggi per l'Italia si parla del 130%);
- ciascuno Stato assume l'impegno di garantire correzioni automatiche quando si avvedesse di non poter raggiungere gli obiettivi di bilancio previsti;
- l'impegno a rendere queste norme di rango costituzionale (vedi art. 81 TSCG);
- l'obbligo di rendere permanente il livello del *deficit* generale (ciclico) al di sotto del 3% del PIL accettando sanzioni semiautomatiche in caso di inottemperanza;
- l'impegno a tenere almeno due vertici annuali con i paesi dell'area euro.

Il denominatore comune è quindi il PIL, la capacità complessiva di produrre reddito, che per l'Italia è stata di circa 2.055,00 milioni di dollari nel 2010.



Ed è curioso notare come tale accordo abbia imposto una modifica costituzionale degli articoli 81 e 119 della nostra Costituzione, del tutto ignorata dai media e passata in silenzio, senza coinvolgimento dell'opinione pubblica e avallata in Parlamento, nonostante l'enorme peso sul piano economico e finanziario che essa comporta condizionando in futuro l'intera politica economica di investimento del nostro Paese.

Ma non basta.

Nel luglio del 2012 l'Italia ha sottoscritto anche un altro trattato ESM o MES (il c.d. "meccanismo europeo di stabilità") in vigore dal 1° luglio di quest'anno.

Di cosa si tratta?

La decisione mira ad aggiungere all'articolo 136 del Trattato un paragrafo che prevede che gli Stati membri, la cui moneta è l'euro, possano istituire un meccanismo di stabilità che sarà attivato, se reso indispensabile, per preservare la stabilità della zona euro nel suo insieme e che la concessione di ogni assistenza finanziaria necessaria, subordinata ad una stretta condizionalità, sarà attivata per far fronte a situazioni nelle quali la stabilità finanziaria della zona euro sia minacciata, come è il caso di questi mesi.

Il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES) sostituirà quindi il Fondo Europeo di Stabilità Finanziaria (FESF) ed il Meccanismo Europeo di Stabilizzazione Finanziaria (MESF), che sono stati creati nel 2010 e sono stati mantenuti fino giugno 2013.

Il nuovo Meccanismo Europeo di Stabilità affida la sua *governance* ad un organo politico il *Board of Governors*, formato dai ministri delle Finanze dell'area euro.

L'erogazione dei fondi avverrà attraverso una complicata procedura, che coinvolgerà i governi degli Stati membri, la Commissione, la BCE e l'FMI.

I tassi applicati ai prestiti saranno penalizzanti, prevedendo l'applicazione di due o tre punti percentuali di *mark-up*, cioè in più (a seconda della scadenza) rispetto al costo del *funding* per il Fondo. I prestiti saranno condizionati, oltre che all'adozione di programmi di aggiustamento fiscale, ad interventi sul piano costituzionale dei Paesi aderenti ed anche alla rinegoziazione del debito sul mercato: i creditori privati dovranno così contribuire al risanamento del bilancio pubblico.

### **Lo Stato federale: via di salvezza**

Il Fondo godrà dello *status* di creditore privilegiato e sarà rimborsato prima dei privati.

Come se non bastasse, il versamento del capitale di 80 miliardi da parte dei Paesi al nuovo Fondo (l'Italia dovrà versarne 14,3) verrà spalmato in cinque *tranche* annuali mentre il resto delle disponibilità del Fondo, per un totale di 700 miliardi, di cui 500 effettivamente elargibili, sarà composto da *callable capital* e dalle garanzie offerte dai Paesi partecipanti all'euro.

A ben vedere è un mezzo pasticcio. Il MES ha una dotazione che è insufficiente e tardiva. Ammonta a 700 miliardi che garantiscono però una capacità effettiva di erogazione di 500, ma i Paesi dell'euro ne sborseranno effettivamente solo ottanta, diluiti in rate annuali, il resto sarà sottoscritto sotto forma di garanzia e *callable capital* a partire dal 2013.

Insomma, "*Too little, too late*", se si pensa che durante il corrente anno sono già scaduti più di 500 miliardi di debito di Portogallo, Irlanda, Grecia, Spagna e Italia, e che i requisiti finanziari della sola Spagna, contando governi centrali e locali, sono stimati intorno a 470 miliardi.

In secondo luogo, l'attivazione delle garanzie rischia di produrre effetti moltiplicativi e di contagio della crisi. Per ogni 100 euro che si rendessero necessari per salvare gli altri Paesi dell'euro, il bilancio di ciascun Paese contribuente sarebbe gravato di un numero di euro pari alla sua percentuale di partecipazione al MES. Ancora, il meccanismo di voto ingenera la possibilità di veti reciproci. Infatti, a differenza del Fondo monetario internazionale, le cui decisioni richiedono la maggioranza semplice delle quote, lo statuto del MES stabilisce che per approvare un prestito, determinarne i tassi d'interesse e le condizioni (le manovre di aggiustamento che il debitore deve attuare), la decisione debba essere presa con una maggioranza tale da rendere gli Stati più importanti titolari di un potere di veto enorme, potenzialmente paralizzante e distorsivo. Il Paese che gode di buona salute finanziaria, potrebbe, infatti, barattare il proprio consenso al prestito al Paese bisognoso, con la disponibilità di quest'ultimo ad adottare proprio le misure di politica economica che più fanno comodo a chi sta meglio. Inoltre lo statuto prevede che la Commissione europea effettui una valutazione di sostenibilità del debito pubblico del Paese con difficoltà di accesso ai mercati finanziari. Se l'esame dovesse concludere che il Paese è tecnicamente insolvente, come è verosimile che avvenga nella maggior parte dei casi concreti, e cioè valuti che manovre realistiche di aggiustamento non siano sufficienti a garantire la solvibilità, allora il Fondo europeo potrà erogare i prestiti a una sola condizione: che il Paese beneficiario ottenga il "coinvolgimento del settore privato", ovvero il consenso dei propri creditori a subire una riduzione del valore dei propri crediti. Si vuole evidentemente evitare di salvare Paesi insolventi, premiando quegli investitori che hanno ottenuto alti rendimenti con prestiti azzardati.

La verità è che un mercato unico, una moneta unica e 17 debiti pubblici sovrani non possono stare in piedi. Per uscire da questo circuito vizioso e pericoloso si dovrebbe avere il coraggio di cambiare prospettiva all'intero modello dell'UE: occorre cioè passare dal funzionalismo proprio dei Trattati, alla creazione di una vera e propria struttura federale, l'unico in grado di offrire un bilancio unico, un debito unico, unici Bond e un unico Ministero del Tesoro. E quello che colpisce ancor di più è l'assenza assoluta del coinvolgimento del δῆμος (*demos*), del popolo, desinenza fondamentale di ogni sistema democratico. Assente in Italia è ogni dibattito ed il Parlamento è messo fuori circuito.

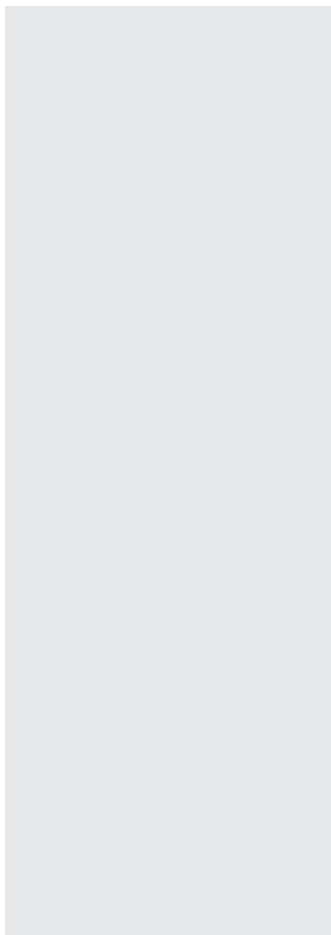
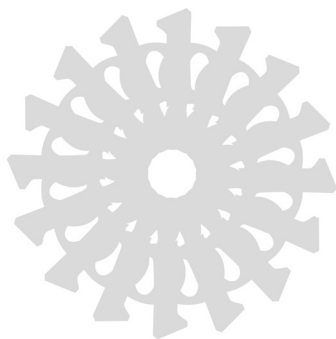
Nel mentre, le attuali manovre diversificate Stato per Stato, con differenti soglie di rigore creano asimmetrie fra ordinamenti e finiscono per gravare sui Paesi e sulle classi più esposte, con oneri che vanno ben oltre quelli a cui siamo stati abituati, sia sul piano economico che sul piano sociale, creando tensioni future assai poco compatibili con il vero spirito dell'Unione Europea.

Ecco allora il richiamo ad Erodoto ed al martirio di Leonida che nel 480 a.c. si è sacrificato con i suoi trecento spartani affrontando lo straripante esercito di Serse, alle Termopili. Quel sacrificio ritardò l'azione militare del satrapo asiatico consentendo la riorganizzazione delle città stato greche, impedendo l'affermazione della cultura del re dio e ponendo le basi storiche e culturali dell'Europa.

Ma non so quanto oggi ne possa valere la pena, se il prezzo è la ricaduta, in negativo, sul tasso di effettiva democraticità degli ordinamenti.



# CULTURA E PROFESSIONE





## Quel caffè tra Gezi Park e Piazza Taksim

Elena Borsacchi

---

Mi piacerebbe che le prime righe del “flusso di coscienza” di una curiosa osservatrice delle vicende che hanno caratterizzato nell’ultimo mese la vita del popolo turco fossero dedicate ad un grande amante della toga (tra le altre mille caratteristiche che lo qualificano) che insieme alle amiche e agli amici, che con me condividono l’esperienza del Movimento per una Avvocatura Europea, abbiamo “celebrato” in una delle ultime lettere da noi firmata e indirizzata ai colleghi turchi.

«Per questo amiamo la nostra toga: per questo vorremmo che, quando il giorno verrà, sulla nostra bara sia posto questo cencio nero, al quale siamo affezionati perché sappiamo che esso è servito a riasciugare qualche lacrima, a risollevarne qualche fronte, a reprimere qualche sopruso, e, soprattutto, a ravvivare nei cuori umani la fede, senza la quale la vita non merita di essere vissuta, nella vincente giustizia. Beati coloro che soffrono per causa di giustizia... ma guai a coloro che fanno soffrire con atto di ingiustizia!

Negli anni '30 del secolo scorso veniva alla luce *Elogio dei giudici*, scritto da un avvocato di Piero Calamandrei.

L'11 giugno 2013 decine di avvocati turchi venivano tratti in arresto nella città di Istanbul nel corso di una manifestazione di fronte alla Çağlayan Courthouse, indetta nel tentativo di contrastare i soprusi e le ripetute violazioni dei diritti fondamentali di cui il governo turco e la *longa manus* delle forze dell'ordine si sono resi tristemente autori ai danni di migliaia di persone.

La cornice ci è stata presentata per settimane dalla stampa e dalle fonti d'informazione diretta che oggi costituiscono, grazie anche ai mezzi di comunicazione di massa, una finestra sul mondo accessibile ai più. Siamo stati così catapultati nei cortei e nei *sit-in* di protesta non violenta dei giovani (e meno giovani) di Gezi Park e Taksim Square, per rimanere, poi, increduli di fronte a quelle immagini, a quelle dichiarazioni e, in ultimo, alla notizia di decine di colleghi che hanno vissuto, e magari ancora vivono in queste ore assieme ad altre migliaia di persone, lontano dal fragore della notizia di prima pagina, la negazione dei diritti minimi, fondamentali ed inalienabili di cui nessun individuo può vedersi spogliato.

Uno di questi, ed è fatale pensare all'esperienza-manifesto degli avvocati coinvolti, è rappresentato senza dubbio dal diritto di difesa e dalle garanzie ad esso connesse, in assenza delle quali non può parlarsi di stato di diritto e di democrazia liberale.

Intense, categoriche e di un'elegante, ma brutale, fermezza sono le parole spese sull'accaduto dall'Istanbul Barosu (Istanbul Bar Association), nel comunicato pubblicato sul sito dell'ente: «*We make a call to all the relevant authori-*

*ties and to the political power and we warn: Terminate the attacks, unlawful practices and violence against lawyers and bar associations fulfilling judicial function and the people straight away. Otherwise, depending on the level of unlawfulness and violence, a “proper” answer will surely be given. The only language that we comprehend and that we always will is “law”. The ones who do not speak or comprehend this language will definitely learn it»* («Lanciamo un appello a tutte le autorità competenti e al potere politico e vi avvertiamo: cessate subito gli attacchi, le pratiche illegali e le violenze contro gli avvocati e gli ordini forensi che svolgono funzioni giudiziarie nonché contro civili. In caso contrario, a seconda del livello di illegalità e violenza, sarà sicuramente data una risposta “adeguata”. L’unico linguaggio che comprendiamo e che comprenderemo è quello della legge. Coloro che non parlano o non comprendono tale linguaggio dovrebbero decisamente impararlo»)<sup>1</sup>.

Prendendo le distanze da ogni immagine retorica e nostalgica che risulterebbe, pertanto, ben poco efficace, non vi è dubbio che veder opporre la legge come unica via di dialogo e di “trattativa”, in risposta alla violenza e al sopruso inauditi e gratuiti di questi giorni, riporta alla mente quell'icona intramontabile dell'immagine sfocata di quel cittadino con le buste della spesa in piazza Tienanmen.

Ma Piazza Taksim e Gezi Park non hanno bisogno di chiedere in prestito immagini ed icone ad altre tristemente note ed indimenticate piazze della storia.

Il secondo diritto minimo, fondamentale ed inalienabile, rimasto tra le pieghe di quel cingolato, secondo quell'immagine-simbolo che abbiamo mutuato da Piazza Tienanmen, come anche su qualunque jeans strappato, occhio infiammato e sulle membra doloranti dei manifestanti di Gezi Park e di Taksim Square altro non è che la libertà di manifestazione del pensiero ridotta a brandelli.

E, con essa, la libertà “satellite” d’informazione che, maltrattata nella sua grandezza e nella sua dignità, grida giustizia attraverso occhi, camere e penne di giornalisti, fotogiornalisti e *free-lance* di ogni nazionalità, estrazione, genere e cultura.

Non vi è e mai vi sarebbe *chance* di difesa alcuna, individuale, collettiva, istituzionale senza che fosse garantito in prima battuta il diritto ad una piena e trasparente informazione, scevra da qualsivoglia filtro e/o condizionamento.

Ho scritto e cancellato decine di volte questo *incipit*, con la stessa frenesia del passo di quei fidanzati di una volta che, in attesa che si apra la porta di casa dei futuri suoceri, camminano in lungo e in largo non riuscendo a decidersi sulla formula di saluto più adeguata.

\* \* \*

<sup>1</sup> “Police violence against people and lawyers should be terminated straight away” (La violenza nei confronti dei civili e degli avvocati dovrebbe terminare immediatamente): <http://www.istanbulbarosu.org.tr>



In quei giorni alla notizia dell'arresto dei colleghi turchi e alla lettura delle decine di lettere e comunicati di solidarietà che gli Ordini, i Consigli nazionali e le Associazioni di categoria di ogni parte del mondo inviavano all'Istanbul Bar Association, un'altra *breaking news* mi lasciava senza parole.

I primi giorni di luglio Mattia Cacciatori, fotoreporter di guerra, veronese, venticinquenne, mio quasi coetaneo, veniva prelevato coattivamente e arrestato in strada durante uno dei cortei Piazza Taksim - Gezi Park, nel pieno della sua attività di fotogiornalista: quella di documentazione, "testimonianza" e libera informazione, primo terreno di coltura per l'opportunità di difendersi e battersi per l'affermazione dei diritti fondamentali, laddove violati.

Un po' per un caso della vita, un po' grazie ai potenti canali di comunicazione di cui disponiamo (o, forse, dovremmo dire da cui dipendiamo) e un po' grazie al suo ammirevole spirito di solidarietà volto a non scontentare molti dei "curiosi" che a poche settimane dal suo rientro in Italia lo hanno disturbato, oggi sono seduta davanti a Mattia in Piazza Verdi a La Spezia per ascoltare quel racconto davanti ad un caffè.

Nel frattempo il caffè che ci eravamo ripromessi è diventato una Coca Cola gelata nella cornice di una bella e sentita manifestazione di una parte dei cittadini per la conservazione della piazza, nell'ambito della quale è stata allestita l'esposizione fotografica "*No way out*" di Mattia<sup>2</sup>.

Sullo sfondo, dunque, Piazza Verdi in un rovente pomeriggio di luglio e dietro le mie spalle gli ultimi scatti di Mattia, rubati durante il corteo ad Istanbul, subito prima dell'arresto.

Probabilmente per lo stesso motivo per cui, nonostante i buoni propositi, ho sempre abbandonato a metà strada l'idea della famosa "attività di sbobinatura" delle lezioni all'università, ho deciso di non registrare il 90% della nostra chiacchierata: da una parte la predilezione per lo *stream of consciousness*, da rielaborare sulla carta in un secondo momento e, dall'altra, l'assai meno lusinghiera consapevolezza che quello dell'"intervistatore" non sia esattamente il mio lavoro e, dunque, di non essere assolutamente all'altezza del mestiere.

La sensazione è che il mio ospite non abbia disdegnato questa scelta che è apparsa, forse, sposarsi più facilmente con il suo stile sobrio, con il suo atteggiamento, almeno dapprima, piuttosto riservato, quasi guardingo, e con la sua attitudine ad un raccontarsi nitido, lineare ed estremamente asciutto, benché piuttosto intenso.

Non vi è alcuna domanda d'introduzione, quasi non vi è alcuna presentazione. Ci sediamo e quasi immediatamente atterriamo ad Istanbul.

---

<sup>2</sup> Manifestazione "BELong LAS PEZIA", organizzata dal comitato del "No al Progetto Buren/Vannetti di riqualificazione di Piazza G. Verdi". Organizzatori e referenti: Hans Bruger, Katia Galante e Anna Vespa, luglio 2013, piazza Verdi, La Spezia.

Mattia, che, da quanto ho potuto intuire, è solito trascorrere periodi medio lunghi nella maggior parte dei luoghi che visita per i suoi reportage di guerra e conflitti armati, subito mi parla di due “Turchie”: la prima, conosciuta e vissuta quattro anni fa, prodotto di una rivoluzione culturale che, da Atatürk in poi, ha avuto il coraggio di farsi largo e di resistere nel tempo; la seconda, quella della Istanbul 2013, simbolo del volto “restaurato” di una società governata da un potere esecutivo nostalgico e desideroso di riportare alla ribalta e agli antichi splendori quel processo di islamizzazione che con Atatürk aveva vissuto un potente dietro-front.

Istanbul “capitale europea della cultura 2010”, oggi cantiere aperto di nuove moschee *in fieri*, terreno di scontro, e non di scambio, tra culture ancora troppo diverse, passerella urbana di un numero crescente di giovani e meno giovani donne avvolte nei loro veli scuri.

Perché io riesca a costituirmi un’idea di questa contro-rivoluzione più possibile prossima al vero mi chiede di immaginare che ad un certo punto nelle nostre case, sui nostri giornali e per le nostre vie tornasse ad essere introdotta a cascata tutta una serie di limitazioni e vincoli dati ormai per “perduti”, perché appartenenti ad altra civiltà. Un salto indietro nel tempo in piena regola, sotto una pioggia battente di contro-riforme che, goccia a goccia, mutano quell’aria di libertà, naturalmente respirata fino a quel momento, in una progressiva asfissia da “perdita di diritti”.

E poi ci sono Piazza Taksim e Gezi Park. Vulcano in attività di una contestazione pacifica che tenta di ricordare al proprio esecutivo che la cosa pubblica non si governa imbavagliando le bocche e sgombrando le strade e che, inesorabilmente, l’abisso storico-culturale che intercorre tra un sultanato imperiale e la Repubblica di Turchia non può più essere ignorato.

«L’età media di quella “piazza” è probabilmente la più alta che io abbia mai visto in tutte le mie esperienze di reportage», Mattia risponde deciso a questa mia curiosità circa l’“assortimento” dei manifestanti in piazza.

Ed è altrettanto netto e perentorio quando, alla faticata, oltre che retorica ed inflazionata, domanda successiva, mi risponde: «No, non è primavera araba. Assolutamente no. Non ha niente a che fare e sarebbe un grave errore confondere le due realtà».

Tra Gezi e Taksim Square non sono scesi in corteo uomini, donne, giovani e anziani per una rivoluzione armata alla conquista di libertà da sempre negate, bensì un popolo che all’alba del nuovo millennio si è risvegliato privato dei diritti e delle libertà fondamentali fino ad allora riconosciuti ed oggi violati. Quello che intravedo nelle parole di Mattia che, ben presto entrerà nel vivo del racconto per poi portarci, inevitabilmente, a parlare della sua forte esperienza, è l’immagine di un moto pacifico, sorto per la tutela di uno spazio cittadino, ben lungi dal trasformarsi in un’occasione di tafferugli e violenza inaudita da parte di contestatori in cerca di “rissa” ed improvvisamente diventato, invece, teatro degli orrori di uno Stato burattinaio che di fronte alla possibilità di sce-

gliere se porsi in ascolto o reprimere ha scelto di demolire con forza la libertà di manifestazione del pensiero.

Ecco il nervo scoperto. Tralasciando per un momento ogni (ovvia) considerazione in merito ai trattamenti disumani e degradanti riservati dalle forze dell'ordine alla generalità dei manifestanti e degli arrestati, vado a focalizzare il punto nevralgico: Mattia è un fotogiornalista, è un fotoreporter, è un giornalista e il suo mestiere è quello di documentare per poi informare. Informare la gente, i giovani, l'Europa, l'Occidente, i capi di stato, come le madri e i padri di famiglia, su tutto ciò che sta accadendo in un preciso angolo di mondo: per farlo condizione imprescindibile è la libertà di azione.

\* \* \*

Il 6 luglio 2013 durante gli scontri tra Parco e Piazza, Mattia, rifugiatosi tra uno scatto e l'altro in una delle vie traverse per ripararsi dal *pepper-gas* e dalle fucilate di lacrimogeni cui neanche la maschera antigas riusciva a far fronte, veniva arrestato e condotto in cella dalle forze dell'ordine.

La sensazione agghiacciante che mi attraversa ascoltandolo parlare del suo arresto è connessa al terribile, vago sospetto che in quelle nubi di gas lacrimogeni e orticanti, rappresentate nei suoi scatti esposti ieri in Piazza Verdi, gli arresti fossero, per così dire, totalmente *random*.

Abituato, probabilmente, ad intuire e, quindi, anticipare le domande che gli verranno poste, precisa subito dopo che a niente è servito esporre i vari tesserini di riconoscimento da giornalista, accrediti stampa, attrezzatura, passaporto italiano. Dopo qualche minuto concessogli prima di disfarsi degli effetti personali, che gli ha consentito di inviare un sms di avviso ad una delle sue responsabili di agenzia, Mattia è entrato a tutti gli effetti a far parte del novero dei "contestatori arrestati".

Arrivato in quella che sarà per i successivi due giorni e mezzo la sua prigione, è stato sottoposto ad una prima informale "chiacchierata-interrogatorio" da parte delle forze dell'ordine turche, per poi essere raggiunto dai suoi avvocati del luogo, con cui è ancora in contatto, probabilmente inviatigli e allertati dalle autorità consolari.

«Eravamo circa una sessantina in tutto... più o meno quattordici nella mia cella. Credo che fossi l'unico fotogiornalista, per di più uno tra i pochi europei, dato che la maggioranza di cittadini intorno a me era turca».

Tra i primi dettagli che sottolinea quasi istintivamente parlando di quelle ore vi è quello di una difficoltà di approccio linguistico all'interno del carcere, visto il livello basico di lingua inglese con cui solo un'esigua minoranza cercava di, e riusciva a, comunicare.

Subito dopo colgo un altro tratto caratterizzante questo suo composto e lucido racconto. Senza dubbio, è quello del ricordo di una variopinta pluralità di manifestanti: «Ho vissuto due giorni e qualcosa in un carcere turco dove di

fianco a me vi erano persone di ogni fascia, specie, differente estrazione... insomma... come vi fosse tutta la popolazione (donne, giovani, vecchi). È la prima volta che in uno dei conflitti che seguo vedo una popolazione così ampia, variopinta... mi ha toccato. È la dimostrazione che ad ogni età e da ogni fascia si può imparare a lottare».

Arriviamo ben presto a parlare delle ultime novità che si sono susseguite dalla sua liberazione ad oggi: arriva qualche giorno fa come un fulmine a ciel (relativamente) sereno la notizia dell'apertura di un procedimento a suo carico da parte dell'autorità giudiziaria turca per accuse, e qui impropriamente parafrasate dalla sottoscritta, relative alla partecipazione a manifestazione non autorizzata e ad un presunto «intralcio all'operato delle forze dell'ordine», probabilmente molto vicino al nostro reato di «resistenza a pubblico ufficiale». Rischio preventivato calcolato: sette anni di reclusione.

«Rischio tanto adesso, lo so. Non ho intenzione di difendermi se non con la stampa, non sono un terrorista. Io mi difendo con la stampa».

In questa risposta apparentemente “corrucciata” ma, sicuramente, affilata e ben calibrata potrebbe racchiudersi sinteticamente l'animo di un fotoreporter del terzo millennio, “informatore” per professione, che consente anche a chi non ne abbia l'opportunità, l'occasione o la volontà, di toccare con mano quel mondo, di assaporarlo e di comprenderlo almeno in minima parte, pur rimanendo seduto alla sua scrivania, oppure ad un tavolo di un bar.

Mattia è un professionista, si trovava, in piena confidenza con le strade della sua Istanbul, tra Gezi Park e Taksim Square per fare il suo lavoro: non ha opposto resistenza, non ha ferito, non ha colpito e non ha violentemente sovvertito alcun ordine politico-istituzionale.

A meno che non si arrivi a temere la penna e la camera dei giornalisti più delle bombe *molotov*: in questo caso, però, dovrà levarsi un grido di denuncia contro chi ritiene di poter arbitrariamente reprimere nel sangue e nel gas lacrimogeno la libertà di stampa, di documentazione e di manifestazione del pensiero, come si fa (ed anche in questo caso non senza riserve) con la peggior guerriglia armata.

L'Europa ha il dovere, forse prima di qualunque altro soggetto di diritto internazionale, di levare questo grido di fronte ad un Paese che, se fino a pochi anni fa era ritenuto ancora “acerbo” a causa della disomogeneità politico-culturale tra le differenti frange della popolazione turca, oggi sarebbe evidentemente del tutto congestionato nel suo ingresso in Unione Europea da un ostacolo insormontabile: la “rinnovata” prassi di violazione sistematica dei diritti fondamentali.

Mattia, in una delle sue prudenti valutazioni in corso d'opera, mi parla di una Turchia “assolutamente non pronta, immatura” perché, forse, ancora troppo complessa.

Discostandosi da un linguaggio “slogan” e da un attivismo di maniera che paiono non appartenergli affatto, mi parla con l'incredulità e la fermezza di un

qualunque cittadino che di fronte agli abusi ed ai soprusi ai danni dei giornalisti e dei reporter oppone il proprio «NO».

E, prima di ogni altra protezione e garanzia processuale, in queste ore probabilmente vorrebbe sentire unirsi in quel coro di «NO» migliaia di persone alla sue spalle che, inorridendo di fronte all'assurdità di un'accusa simile a carico di un fotogiornalista per aver semplicemente "chiesto" e cercato di fare il proprio lavoro, riconoscono l'ingiustizia sostanziale di quanto va verificandosi in Turchia in queste ore.

Forse sì, in questo senso... è un combattente.

Mentre camminiamo di fronte all'esposizione dei suoi scatti che documentano gli ultimi momenti della manifestazione prima del suo arresto, risponde alle mie ripetute richieste di "didascalia", centellinando il racconto e, forse, faticando un po'. Vedo le immagini di barricate improvvisate e rudimentali, innalzate dai giovani per proteggersi dagli spari dei lacrimogeni, osservo gli occhi di una ragazza in primo piano gonfi e arrossati dalle sostanze orticanti utilizzate per sfollare. Forse dopo la nostra chiacchierata ed un giro in questa mostra non vi sarebbe davvero alcun bisogno di didascalia: in questo senso è coerente l'intensità dell'essenzialità di Mattia, delle sue parole e dei suoi modi ben lontani da quella bulimia di contenuti esplicitati ed emotivi di cui spesso andiamo in cerca sulla stampa.

\* \* \*

Mentre ci avviamo verso i binari e, dunque, verso i saluti, mi colpisce un'immagine curiosa che raccontandomi della sua vita di relazione, conflitti armati a parte, questo giovanissimo reporter usa per definirsi: «io sono un fantasma quando lavoro. Tutto quello che cerco di raccontare attraverso la fotografia mi attraversa, mi penetra e mi lascia dentro un pezzo di vita, di cultura che in ogni intervista, chiacchierata in cui mi "spolpate" regalo o, più semplicemente, lascio a chi ho di fronte».

E la sensazione è proprio quella di essere stata presa tecnicamente "sotto braccio" da un maratoneta in corsa a velocità folle su una strada a doppia corsia dove non puoi fermarti, non puoi svoltare, non puoi fare inversione, non puoi sorpassare. Puoi solo andare avanti e vedere che cosa verrà dopo.

Nel ringraziarlo per il tempo e l'intensità che ha dedicato a questo "caffè in Piazza Taksim", mi sento autorizzata a trascrivere in chiusura un breve flash dell'unica registrazione a cui l'ho bonariamente "costretto", quando, in modo un po' insolito, a fine chiacchierata gli ho chiesto di scegliere un'espressione ed un'immagine per presentarsi.

Mattia ha quasi venticinque anni, è laureato, non è «hippie né comunista» (come si è curato di ironicamente di specificare), possiede un *iphone*, una panda rossa, ha un tatuaggio sottilissimo sul braccio destro, ma non aveva mai pensato di farsene uno prima di quello, suona il sax e la chitarra e vorrebbe tornare presto in Turchia da uomo libero.

A parte tutto questo, e ciò che già sappiamo, ecco di seguito cosa mi ha detto, non prima di avermi giustamente redarguito sul fatto che il suo buffo imbarazzo derivasse dall'impossibilità di rispondere ad una simile richiesta come avrebbe voluto e come gli è congeniale, ovvero fotografando.

«Sono Mattia Cacciatori, ho 25 anni, sono reporter di guerra, vengo dal Medio Oriente, da Gaza, dalla Giordania, ed ho deciso nel 2013 di provare a raccontare questa realtà dei movimenti di insurrezione di ogni genere... dai nazionalisti di Ataturk, ai ragazzi omosessuali, a quelli degli anziani, dei kurdi, degli operai, dei ricchi... di tutti. In questa Istanbul che oggi sta andando contro questo governo sempre più islamizzato e, al contempo, sempre più capitalista di Erdogan.

L'impressione di quei tre giorni che hanno un po' scombussolato la mia vita si è tradotta in quella che è stata la necessità di doverli raccontare, ma anche, dall'altra parte, un profondo senso di incapacità nel farlo... Siamo in un mondo che corre velocissimo, in cui l'informazione sembrerebbe non avere quasi più senso perché comunque dopo un secondo è già... passata. Ma oggi in Turchia sta succedendo qualcosa di diverso. L'eterogeneità di quel mondo sta lottando per la propria libertà democratica e sta lottando per la propria indipendenza. [...] Tutta la popolazione turca era con me in quella cella. C'è una frase bellissima del Che Guevara «Soprattutto, siate sempre capaci di sentire nel più profondo qualsiasi ingiustizia commessa contro chiunque in qualunque parte del mondo. Io mi sono sempre mosso studiando al dettaglio grandi come Gandhi, Nelson Mandela, Martin Luther King, Lutero, Alessandro Magno... ed ho trovato in ognuno di loro una profonda voglia di libertà. Ognuno la perseguiva e combatteva per essa a suo modo. Alessandro correva verso l'Oriente, Mandela lottava per l'unione tra i neri e i bianchi, Ghandi contro lo schiavismo inglese, Che Guevara contro ogni forma di capitalismo, anche delle armi. Ed io non ho mai preso nessuno di loro come "grande maestro", ma credo di aver colto da ciascuno di loro la necessità di raccontare questa voglia di libertà. Ed oggi sono qui... con questi sette anni di condanna che vorrebbero infliggermi e prendo una forte posizione contro un'eventuale decisione dei Tribunali turchi e a dire il mio NO. Sarà giusto per me portare avanti la mia causa, dire di NO quando ci sarà da dire di no, a qualsiasi costo e a qualsiasi rischio. La domanda più bella che mi abbiano mai fatto è "Quanti anni ti senti di avere?". Ho quasi venticinque anni ma talvolta non saprei dire quanti ne abbia negli occhi o nello zaino».

\* \* \*

Mentre riascoltavo e riordinavo questa registrazione mi veniva spontaneo sorridere pensando che i primi due grandi "maestri" di libertà che Mattia ha nominato di getto sono stati proprio Gandhi e Nelson Mandela: un avvocato, prima che il mondo lo conoscesse come il Mahatma, e un giurista, prima che diventasse simbolo della lotta alla apartheid e alla segregazione razziale.

Mi sia permesso, allora, di concludere, unendo al ricordo vincente dell'anima eclettica e del brillante intelletto di Piero Calamandrei, da cui sono partita, la citazione in due brevissime, ma dense frasi dell'opera concisa di due esperti "principi del foro", gli avvocati Fulvio Gianaria e Alberto Mittone, in un passaggio dedicato ai moti rivoluzionari francesi: «Quando invece la libertà dell'individuo rispetto alla forza statale è riconosciuta come principio fondante la comunità, il momento processuale garantisce dagli eccessi, il singolo si confronta come uguale, il ruolo delle parti si esalta in un contenzioso che impone il tutore tecnico. [...] Sono mutati i rapporti di forza, ma è rimasta la necessità delle regole; proprio perché i francesi, cittadini e non più sudditi, reclamano i diritti e pretendono di difenderli. Ecco perché gli avvocati restano»<sup>3</sup>.

E spero di non peccare di eccessiva autoreferenzialità se, oggi, mi permetto di indirizzare e dedicare qualsivoglia ricordo, notazione, citazione riferita ai più grandi maestri della cultura dei diritti e delle libertà che troverete nel corpo di questa "chiacchierata davanti ad un caffè", in particolar modo, a Mattia e ai miei cari amici e colleghi del Movimento.

Del resto... a noi tutti è concesso di scegliere a chi offrire quel caffè.

---

<sup>3</sup> F. GIANARIA - A. MITTONE, *L'avvocato necessario*, Einaudi, Torino 2007, pp. 16-17.





# I dilemmi della giustizia penale internazionale e l'esempio del Tribunale Speciale per il Libano\*

Fabio Licata

---

Le attuali vicende della Siria, la crisi libica, le evidenti violazioni dei diritti umani consumate nel corso della “primavera araba”, i ripetuti episodi di violenza di massa consumati in vari paesi africani afflitti da dittature, la necessità di lottare efficacemente il terrorismo internazionale senza violare i diritti fondamentali dei sospettati, l'emergenza pirateria: sono tutti eventi che hanno seriamente messo alla prova il funzionamento e la credibilità della giustizia penale internazionale.

Immediatamente dopo i feroci crimini commessi negli ultimi decenni del secolo scorso in Ruanda, Sierra Leone, ex Jugoslavia, la reazione della comunità internazionale attraverso la creazione di tribunali internazionali *ad hoc*, mirati a combattere ogni tipo di impunità mascherata dietro lo schermo formale della sovranità nazionale, aveva generato concrete speranze per la nascita e l'affermazione di un'istanza di giustizia penale sovranazionale, capace di individuare e punire la commissione di crimini di guerra e contro l'umanità.

Tali speranze, com'è noto si sono concretizzate con la sottoscrizione del Trattato di Roma che, il 17 luglio 1998, ha adottato lo statuto della Corte Penale Internazionale (CPI). Un evento che, dal punto di vista politico, è stato salutato da molti come un fatto storico analogo all'approvazione della Carta delle Nazioni Unite, mentre molti giuristi vi hanno visto il momento di nascita formale di un nuovo *genus* penalistico: il diritto penale internazionale.

Sicuramente, il diritto penale internazionale è materia che, per le sue peculiari caratteristiche, può essere difficilmente ricondotto alle dinamiche classiche dei sistemi penali nazionali ed è ineluttabilmente legato a elementi strutturali del diritto internazionale: primo tra tutti il diritto consuetudinario. L'opera di sistematizzazione della giurisprudenza dei Tribunali internazionali *ad hoc* compiuta dallo Statuto di Roma e dal regolamento di procedura della CPI, rappresenta però un punto di riferimento certo nell'attività di creazione di un *corpus* di regole universalmente condivise, rispettose sia delle tradizioni giuridiche nazionali, sia dei diritti fondamentali.

Tuttavia, l'approdo controverso di numerosi procedimenti celebratisi davanti al Tribunale per la ex Jugoslavia (ICTY), le numerose accuse di ineffettività rivolte al Tribunale *ad hoc* per il Ruanda (ICTR), nonché l'evidente stallo della

---

\* Recensione a M.S. CATALAETA, *Le Tribunal Spécial pour le Liban et le respect des droits de l'homme*, L'Harmattan Italia, Torino 2012.

Corte Penale Internazionale nella conduzione dei processi in corso e nella gestione delle recenti crisi umanitarie, fanno concretamente dubitare sulla possibilità di un reale funzionamento di un organismo giudiziario sovranazionale, che sia effettivamente in grado di perseguire e punire i crimini internazionali da chiunque e dovunque commessi.

A fronte di ciò, l'esperienza delle giurisdizioni penali internazionali ibride e, soprattutto, quella recentissima del Tribunale Speciale per il Libano, propone un modello di giustizia penale internazionale all'insegna dei valori della prossimità della giurisdizione e del rispetto non solo dei diritti degli accusati, ma anche dell'identità culturale, storica e politica del paese in cui tali crimini sono stati commessi.

Maria Stefania Cataleta, specialista in diritto penale internazionale e unico avvocato italiano ad operare presso il TSL, propone una chiave di lettura originale e stimolante dell'architettura di questa giurisdizione atipica, utile non solo a comprenderne il funzionamento, ma anche a cogliere le potenzialità di un modello processuale che si propone di integrare la prospettiva accusatoria, tipica delle giurisdizioni penali internazionali, con la struttura inquisitoria del processo penale libanese, senza alcun cedimento sul piano delle garanzie.

L'autrice, infatti, senza mai dismettere la propria toga di avvocato, non si limita a una formale illustrazione dei presupposti teorici di quello che può sembrare un singolare esperimento di ortopedia giuridica, ma offre al lettore un affresco del funzionamento concreto del Tribunale, attraverso l'esame dei suoi primi provvedimenti, da cui emerge una declinazione originale dei più rilevanti nodi critici della giurisdizione penale, interna ed internazionale: il processo *in absentia*, la partecipazione della vittima al processo, il ruolo della difesa e la parità delle armi, i limiti di utilizzazione della prova scritta raccolta nel corso delle indagini preliminari, la ricostruzione della nozione di terrorismo.

Nella sua breve vita, il TSL ha già avuto occasione di affrontare concretamente questi problemi, sia nelle regole di procedura, sia nelle applicazioni giurisprudenziali, proponendo delle soluzioni che offrono al lettore una prospettiva sorprendente.

Attraverso il prisma dei diritti fondamentali, Maria Stefania Cataleta, proietta le sfaccettature apparentemente complesse del TSL oltre il perimetro formale della sua missione immediata, rivelandoci gli elementi di interesse di un sistema che, pur innestandosi nel solco tracciato dallo Statuto di Roma, offre delle soluzioni teoriche ed operative sicuramente idonee a colmarne le lacune e a superarne le imperfezioni.

Pur senza mettere in discussione il bilancio sostanzialmente positivo, sul piano politico e culturale, dell'azione dei tribunali internazionali *ad hoc*, nonché della creazione di un organismo permanente di giustizia penale internazionale, rimangono sul tappeto le numerose critiche ad un modello di giustizia eccezionale e lontana dalle popolazioni vittime dei crimini da giudicare, i problemi – già ricordati – posti dalla non soddisfacente tutela della partecipazione delle vittime al processo, i dilemmi sulla effettiva parità delle armi tra accusa

e difesa, nonché le riserve sul processo di nomina dei giudici internazionali, e sulla mancanza di rapidità, efficacia e flessibilità di un sistema sostanzialmente ispirato al modello accusatorio puro.

La particolare composizione mista del TSL, la stretta collaborazione con il governo libanese, ma soprattutto il tentativo di costruire delle regole di procedura, frutto di una sintesi virtuosa tra il quadro di garanzie offerto dal sistema accusatorio e gli spunti di efficienza del sistema inquisitorio, rivelano il profilo di un processo penale internazionale moderno.

Non a caso, l'autrice rileva più volte che il punto di equilibrio tra le diverse esigenze politiche e tradizioni giuridiche si coglie proprio nell'accezione sostanziale delle garanzie e nel peculiare ruolo attribuito alla difesa.

Ad esempio, è significativa la concreta applicazione giurisprudenziale dell'ammissibilità del processo *in absentia*, istituto ritenuto necessario non solo per assicurare la prossimità al modello di giurisdizione libanese, ma anche per assicurare la ragionevole durata del processo, al fine di garantire giustizia in tempi accettabili sia alle vittime, sia all'imputato.

D'altra parte, il processo in contumacia è possibile soltanto in caso di rinuncia espressa dell'imputato al suo diritto di presenziare, di fuga o di mancata consegna dell'imputato da parte dello Stato interessato. La sussistenza di tali condizioni, peraltro, è controllata attraverso parametri assai rigorosi, nonché con la costante partecipazione dell'Ufficio della Difesa.

Altro elemento fondamentale per il funzionamento del TSL nell'ottica di una concreta protezione dei diritti dell'accusato è proprio la presenza di un Ufficio per la Difesa, concepito come istituzione permanente, con dignità e poteri operativi del tutto analoghi a quelli del Procuratore.

Si tratta di un'innovazione particolarmente interessante, proprio perché si tratta del primo esempio – a livello nazionale ed internazionale – di un Ufficio della Difesa incardinato nella struttura istituzionale del Tribunale.

In tale prospettiva, l'Ufficio è guidato da un capo con garanzie di indipendenza e professionalità analoghe a quelle degli altri organi della giurisdizione.

L'obiettivo è quello di garantire continuità alla funzione del difensore, supporto operativo e giuridico ai difensori privati, nonché maggiore effettività al principio della parità delle armi, atteso che il capo dell'Ufficio della Difesa, può condurre le sue investigazioni in favore dell'accusato utilizzando strumenti operativi analoghi a quelli del procuratore.

Indubbiamente, si tratta di una novità che farà discutere, soprattutto in relazione al doveroso bilanciamento con l'azione della difesa privata, ove esistente.

Tuttavia è innegabile che si tratti di un esempio concreto dello spirito innovatore e progressista che ha caratterizzato la creazione del TSL e, soprattutto, la redazione delle regole di procedura e le prime esperienze applicative, entrambe avviate sotto la sicura e illuminata guida di Antonio Cassese.

Ed è proprio questo spirito che occorre mantenere e prendere ad esempio per garantire un futuro alla giustizia penale internazionale.



## Recensione a *Diritto e menzogna. La questione della giustizia in Italia* di Umberto Vincenti\*

David Cerri

---

*...la Menzogna, in quanto Virtù, in quanto Principio, è eterna. La Menzogna, in quanto passatempo, sollazzo, rifugio nel momento del bisogno, quarta Grazia, decima Musa, migliore e più fidata amica dell'uomo, è immortale e non può scomparire dalla faccia della terra...*

Mark Twain

Sarà dovuto ad una rilettura dello scrittore americano<sup>1</sup> il recente, rinnovato interesse per la menzogna? Se ne interessano la politica<sup>2</sup>, la filosofia<sup>3</sup>, ed il diritto, come nell'opera recensita<sup>4</sup>.

E, a proposito, ci sono vari modi per iniziare una recensione.

Prendiamone solo tre.

- L'Autore ci sorprende sempre con la vastità dei suoi interessi...
- L'Autore si conferma ancora quel brillante scrittore...
- Commentando l'ultima fatica dell'Autore...

Nessuno va bene.

Tutti sono contrassegnati dalla banalità; in particolare, il primo non è adatto alla bisogna, perché in effetti quando ti attendi sempre e comunque un lavoro con caratteri originali, l'effetto sorpresa è escluso per definizione. Il secondo, a tutt'evidenza, con opposto approccio ci dice quel che già sappiamo. Il terzo consentirebbe al lettore di chiedersi: ma se è stata una fatica, chi gliel'ha fatto fare? E la risposta dovrebbe essere: certamente l'elemento dell'impegno e del sacrificio è ineludibile, ma in realtà è la passione che guida chi scrive "onestamente".

Ricominciamo quindi da capo.

Al lettore disincantato, ma attento, non sarà però sfuggito che già si è detto l'essenziale.

---

\* U. VINCENTI, *Diritto e menzogna. La questione della giustizia in Italia*, Donzelli, Roma 2013.

<sup>1</sup> M. TWAIN, *Sul decadimento dell'arte di mentire* (1895), in *Come raccontare una storia e l'arte di mentire*, Mattioli, Firenze 1885, 2012, p. 43 (trad. di S. PEZZANI).

<sup>2</sup> L. VIOLANTE, *Politica e menzogna*, Einaudi, Torino 2013.

<sup>3</sup> F. D'AGOSTINI, *Menzogna*, Bollati Boringhieri, Torino 2012.

<sup>4</sup> U. VINCENTI, *Diritto e menzogna. La questione della giustizia in Italia*, Donzelli, Roma 2013.

Il testo di Vincenti è infatti ricco di suggestioni forse non tutte nuove, ma tutte rivissute con una sensibilità strettamente collegata all'attualità del nostro disgraziato Paese; ed ha potuto formularle proprio perché eccellente rappresentante di quel ceto di *juristae* che ha fatto della passione per la cultura – termine inteso a tutto campo – e della lotta per il primato del diritto i suoi tratti distintivi. Del resto, il dantesco *suggel ch'ogn'omo sganni* è già nella dedica: «a tutti coloro che credono nella rettitudine del diritto».

La descrizione del nostro sistema-giustizia fatta da Vincenti è impietosa, ma corretta; la critica fatta ai principali protagonisti (magistrati e avvocati) coglie nel segno, e non trascura neppure il ceto cui l'Autore appartiene, quello degli accademici, che ha gravi responsabilità nella formazione dei giuristi per l'autolimitazione impostasi nel ruolo di meri tecnici del diritto, abbandonando il fertile terreno umanistico nel quale erano cresciuti i maestri del passato anche recente. Un volume che ha nel titolo, poi, il riferimento alla menzogna non poteva usare mezze misure, né adottare un linguaggio del tutto *politically correct* parlando del prevalente atteggiamento formalistico che sin dall'università connota il giurista, dallo “stato nascente” al consolidamento in carriera (e di più, mi sia consentito osservare, il magistrato che l'avvocato, visto che le istituzioni forensi hanno perlomeno avvertito la necessità di colmare il *gap* tra il dire ed il fare che si spalanca davanti ai neo laureati: ora si tratta di sperare che la Scuola della magistratura approfondisca le esperienze formative già iniziate dal CSM...). Ecco allora un (apparentemente) irrispettoso richiamo alla vantata indipendenza di magistrati e avvocati, ma non a quella pur degna del riconoscimento costituzionale, quanto alla indipendenza «da loro stessi, dai loro interessi, dalle loro ambizioni, dai loro ideologismi»<sup>5</sup>.

La questione posta dall'opera, in una sintesi estrema e sicuramente parziale, è insomma questa: il diritto è una tecnica riservata agli addetti ai lavori, o è il “collante” dell'intera comunità, che deve far fulcro su precisi valori (e li abbiamo, sono scritti nella Costituzione e nelle Carte sovranazionali dei diritti) e tradurli nella vita di tutti?

Chiunque sceglierebbe la seconda ipotesi: ma la “menzogna” smascherata dal volume è proprio questa, che cioè la burocratizzazione della magistratura, la deficienza del sistema deontologico e soprattutto disciplinare degli avvocati, la sterilità della ricerca accademica concentrata su sé stessa e sui propri percorsi di carriera (ed in generale l'addio ad un'impostazione genuinamente culturale di queste professioni) vogliono illudere i cittadini che niente più della “giustizia” sia all'ordine del giorno di ogni discussione (e non mi riferisco certamente solo alla costante celebrazione mediatica dei casi giudiziari più noti), quando al contrario la sfiducia cresce inesorabilmente.

Magistrati travolti da ambizioni di visibilità; avvocati che fanno da legislatori per i propri clienti; professori che in altri sistemi, più rigorosi per i controlli

<sup>5</sup> U. VINCENTI, *op. cit.*, p. 10.

sulle attività didattiche e di ricerca, sarebbero da anni espulsi da quei circuiti, tutti contribuiscono ad alimentare la perdurante vitalità del vecchio *topos Juristen böse Christen*, che si traduce fedelmente nella rappresentazione mediatica di queste categorie: per un “eroe” (Falcone o Ambrosoli) quanti personaggi squallidi e modesti, “mediocri”, si vedono sugli schermi?

Vero è che la critica di queste categorie non deve far dimenticare (e Vincenti non lo dimentica) le responsabilità della politica; se si è parlato di “resa” del diritto legislativo e giudiziario (quello americano, nella fattispecie<sup>6</sup>, ma in Europa la situazione non è oggi diversa) al potere economico globale è perché – e qui l’attualità è drammatica – sembra non esservi argine alla geometrica potenza dei mercati. Michael Sandel ha scritto che si è passati dall’“avere una *market economy*” ad “essere una *market society*”, dove tutto è in vendita ed «il ragionare secondo le regole del mercato svuota la vita pubblica di ogni considerazione morale»<sup>7</sup>. In Italia la stessa Costituzione è presa di mira, considerata forse uno dei tanti lacci e laccioli che impediscono il libero sviluppo dell’economia. Ci sono voluti giusto gli economisti delle economie trainanti a spiegarci che, tutto sommato, le “ricette” degli ultimi anni – illusori rimedi alla crisi finanziaria subito diligentemente tradotti in “diritto” quasi ovunque da maggioranze *bipartisan*... – erano errate, in un ammirevole esercizio di onestà intellettuale che sembra invece mancare ancora ai nostri governanti. Questo allora un decisivo campo per l’intervento del giurista: ma, dopo i cenni fatti, c’è bisogno di dire che rischiamo di non avere le risorse umane adeguate a tale compito<sup>8</sup>? Torniamo quindi al difetto di fondo; chi non è in grado di valutare l’ambiente economico, sociale, intellettuale in cui opera come potrà far fronte a simili assalti? Con quali mezzi culturali saprà indirizzare le capacità tecniche pur necessarie alla creazione ed all’applicazione delle norme?

L’invito di Vincenti – sorretto da una indignazione che traspare ad ogni riga – sembra proprio questo: attrezzarsi per una sfida che consiste nell’opporci alla dilagante omologazione verso il basso di tutti i settori delle attività umane, ed in particolare di quello che qui più interessa, la giustizia.

Franca D’Agostini, riconducendo all’attuale egemonia del nichilismo le cause di simili impoverimenti, ha individuato tra le conseguenze perniciose proprio il declino culturale della cultura: «ossia il fatto che le stesse funzioni del capire, conoscere e credere il vero... diventano non soltanto meno importanti

<sup>6</sup> Così U. MATTEI, *Il diritto giurisprudenziale globalizzato ed il progetto imperiale. Qualche spunto*, in U. VINCENTI (a cura di) *Inchiesta sulla legge nell’occidente giuridico*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 119.

<sup>7</sup> M. SANDEL, *What Money Can’t Buy* (2012), Penguin, London 2013, p. 14: ns. traduzione.

<sup>8</sup> Vincenti altrove – recensendo *La comprensione del diritto* di Giuseppe Zaccaria sulla *Rivista di diritto civile*, 2013, pp. 153 ss. – richiama risalenti cenni di Ugo Mattei e Sergio Chiarloni all’inadeguatezza culturale dei nostri giudici; *ça va sans dire* che altrettanto si può dire degli avvocati, nell’inevitabile genericità di simili affermazioni.

rispetto per esempio al divertirsi o ballare e sognare... ma cadono in discredito in quanto tali»<sup>9</sup>.

«Quando ritorneranno i giuristi intellettuali?» si chiede l'Autore, e senza equivoci sul significato dell'espressione (citando Claudio Giunta, è Vincenti a ricordare il «paese di avvocaticchi con le loro *plaquettes* di poesie pubblicate in proprio»<sup>10</sup>). Quando il “teco-diritto” lascerà di nuovo spazio al “diritto” (verrebbe voglia di aggiungere: con la D maiuscola); quando, in altre parole, cesserà di funzionare la “matrice esogena” – vuoi di natura economica, vuoi di natura scientifica, le cui “leggi” vediamo acriticamente recepite dal legislatore<sup>11</sup> – delle norme positive. Ed a chi affidare questi compiti? agli educatori, risponde Vincenti; le facoltà giuridiche «tornino a preparare uomini di cultura in possesso sì di una tecnica peculiare, ma in grado di leggere, oltre ai testi cartacei, una società e di ordinarla adeguatamente, assecondandone e promuovendone il movimento virtuoso che spontaneamente scaturisce in ogni tempo e che postula, per risultare fecondo, una disciplina che lo ri-conosca e non lo neghi per insipienza o calcolo»<sup>12</sup>. Forse, infine, è lecito essere un poco più ottimisti dell'Autore sulle esperienze della formazione permanente forense<sup>13</sup>, senza la quale neppure la migliore università possibile può riuscire a consolidare l'auspicato, nuovo (ma è un ritorno all'antico) atteggiamento dei professionisti in un *habitus* naturale. Chi scrive crede che la questione della formazione continua debba esser vista alla stregua delle vaccinazioni di massa (sintetica metafora consapevolmente brutale): incidenti di percorso, critiche sacrosante e condivisibili, dovere etico di miglioramento del sistema (vedremo tra breve come la nuova disciplina ordinamentale si tradurrà nei regolamenti applicativi), ma il risultato complessivo non è negativo, a qualche anno di distanza da un inizio colpevolmente tardivo della nuova era: e poi spesso il meglio è nemico del bene.

<sup>9</sup> F. D'AGOSTINI, *op. cit.*, p. 118.

<sup>10</sup> C. GIUNTA, *Ripensare l'umanesimo*, in *IlSole24Ore*, 16 ottobre 2011.

<sup>11</sup> U. VINCENTI, *Diritto e menzogna*, cit., p. 135.

<sup>12</sup> U. VINCENTI, *op. cit.*, pp. 138-139.

<sup>13</sup> U. VINCENTI, *op. cit.*, pp. 125 ss.



## Recensione a *Plinio il Giovane e la difesa di «C. Iulius Bassus»*. Tra norma e persuasione di Federico Procchi\*

Umberto Vincenti

---

L'autore di questo libro è noto all'ambiente forense perché da anni collabora con Alarico Mariani Marini e la Scuola Superiore dell'Avvocatura: per il "nostro" circuito in più occasioni ha svolto relazioni convegnistiche e scritto vari saggi, di taglio metodologico e deontologico. Con il recensore (ammesso che ciò abbia un interesse) ha qualche nota in comune: anch'egli è uno storico del diritto e, come per il recensore, si direbbe credere che la storia giuridica non debba mai essere ridotta a uno studio antiquario, ma abbia la funzione di fornire agli operatori (e agli stessi giuristi di diritto positivo) consapevolezze altrimenti inafferrabili, oltre alla feconda curiosità di comprendere cosa vi sia dietro le parole – spesso ambigue, spesso sconclusionate – della legge.

Il libro di Procchi analizza a fondo un processo celebratosi l'anno 103 d.C. davanti al senato romano in veste di alta corte competente a giudicare sui crimini ascritti agli appartenenti all'ordine senatorio. L'imputato eccellente era Giulio Basso, proconsole della provincia bitinica e pontica; l'accusa più grave era di avere ricevuto, nell'esercizio della carica, diciamo delle utilità che Basso qualificava come regali a lui fatti in amicizia (*ut amicus acceperat*), ma che i suoi accusatori provinciali definivano furti e rapine. Il fatto è che la legge criminale (*de repetundis*) non lasciava alcun margine per una questione interpretativa perché interdiceva al governatore di una provincia di ricevere alcunché a qualunque titolo dai suoi amministrati. Una difesa davvero ardua sarebbe spettata al patrono di Basso. Per questo sarebbe stato necessario un principe del foro; e Plinio il Giovane lo era e a lui saggiamente si rivolse l'ex governatore.

Plinio accetta l'incarico probabilmente perché la causa era di quelle capaci di imporre un avvocato all'attenzione di una larga parte dell'opinione pubblica: una causa, insomma, che avrebbe potuto procurare gloria e fama. Così noi abbiamo avuto la fortuna che l'epistolario pliniano ci offra un articolato resoconto di tutta la vicenda processuale su cui Procchi lavora con intelligenza e passione, assumendo la parte di un autentico analista impegnato ad individuare la strategia difensiva optata da un retore consumato qual era Plinio.

Procchi considera ad una ad una le varie tipologie controversiali (gli *status causarum* nella terminologia e concettualistica retorica) che si sarebbero potuti prendere in considerazione *in abstracto* nella vicenda di Basso. Esclude la conie-

---

\* F. PROCCHI, *Plinio il Giovane e la difesa di «C. Iulius Bassus»*. Tra norma e persuasione, Pisa University Press, Pisa 2012.

*ctura* perché non vi era alcuna incertezza circa la commissione del fatto da parte dell'imputato. Scarta pure la *definitio* perché – si è appena osservato – la legge *de repetundis* non ammetteva alcuna possibilità di discriminazione, essendo che, qualunque cosa il governatore avesse preso, egli avrebbe commesso crimine. Né Plinio avrebbe potuto cercare di difendere il proprio assistito – come oggi usa dire – dal processo mettendo in campo la cosiddetta *translatio* per negare la competenza del tribunale senatorio circa la causa introdotta contro Basso.

In questo contesto era allora necessario entrare nel merito con grande abilità, come fece appunto Plinio che Procchi pensa, con buon fondamento, si sia servito di una particolare tipologia defensionale, la *purgatio*. Per questa il fatto si sarebbe dovuto senz'altro ammettere e però si sarebbe dovuto ascrivere all'imprudenza dell'imputato che, per l'appunto, ci viene descritto come «uomo semplice e incauto». Data la situazione la strategia si rivelò la migliore possibile: Basso fu sì rinviato a una speciale commissione per la determinazione del *quantum* che egli avrebbe dovuto restituire ai provinciali; ma l'evocazione – e, pensiamo, la prova – da parte di Plinio della dabbenaggine di quell'uomo politico consentì a quest'ultimo di conservare la dignità senatoria e di evitare la sanzione accessoria dell'infamia. In quella situazione non era poco; e, infatti, la sentenza del senato (una sentenza di rinvio) fu accolta con grande soddisfazione dalla folla dei sostenitori dell'ex governatore.

Perché un operatore o, comunque, un giurista di diritto positivo potrebbe trovare vantaggio dalla lettura di un libro come questo? Per la fondamentale ragione che gli permetterebbe di accedere a un patrimonio sapienziale destinato a rimanere a lui altrimenti ignoto; un patrimonio estremamente utile (per me indispensabile) per costruire (e scrivere) un ragionamento giuridico razionale, ordinato, efficace, pertinente. Naturalmente libri del genere dovrebbero essere scritti pensando (anche) a questo pubblico di lettori; e, così, per esempio, è imprescindibile offrire la traduzione italiana dei passi latini riprodotti. E occorrerebbe limitare le citazioni bibliografiche (Procchi offre una bibliografia ricchissima, ma è evidente che egli si è precipuamente rivolto a un altro pubblico, quello degli specialisti del settore).

Ora, due notazioni finali, a conclusione della lettura e a testimonianza (ulteriore) dell'importanza della frequentazione intelligente delle fonti classiche. La prima si coglie a pag. 48: il titolare di una carica pubblica, ammonisce Plinio, deve astenersi, se avvocato, dall'esercitare il ministero di difensore di chicchessia perché egli è al servizio di tutti e non di uno soltanto o di pochi. La seconda notazione sta a p. 78: è semplicemente assurdo che un avvocato (come abbiamo visto accadere, se non erro, in recenti, importantissimi, processi penali...) attacchi, nel corso del processo, il giudice che dovrà giudicare la causa. Un'indipendenza di questo genere non è consentita a un difensore; e certamente essa non potrà mai tradursi in un'utile strategia defensionale. Si tratta di un limite ontologico, si direbbe, della professione forense; e se non si sia disposti ad accettarlo sarebbe forse consigliabile cambiare mestiere.

## Recensione a *Giallo D'Avola* di Paolo Di Stefano\*

Ettore Randazzo

---

Nonostante goda da tempo di una notevole quanto meritata notorietà come critico letterario e inviato culturale del Corriere della Sera, Paolo Di Stefano è anche un raffinato scrittore. L'ultimo nato, *Giallo d'Avola*, vincitore del Premio Viareggio, si occupa di un caso giudiziario che fece molto scalpore negli anni cinquanta e sessanta, quello del morto-vivo. Due fratelli Salvatore e Paolo Gallo se le diedero di santa ragione nelle campagne di Avola Antica, tanto da degenerare nel delitto più grave. Lo dimostravano tracce di sangue stimate in circa due litri e la scomparsa di Paolo, introvabile e quindi verosimilmente ucciso dal fratello. Il quale, pur gridando la sua innocenza, venne arrestato per omicidio volontario aggravato.

La difesa, affidata ai penalisti più noti di Siracusa, il principe del Foro Pier Luigi Romano, e il più giovane ma brillante Piero Filliolej. I due difensori, convinti della innocenza del loro assistito, si batterono molto efficacemente, contestando la ricostruzione accusatoria dei fatti, anche in base alle testimonianze di chi dichiarava di aver visto il "morto" tranquillamente vivo e vegeto nei terreni tra Siracusa e Ragusa. I testi vennero arrestati per falsa testimonianza pur avendo detto la verità e scarcerati solo dopo la ritrattazione, dunque mentendo. Una situazione paradossale che non deponeva bene per la giustizia.

Sette anni dopo l'arresto, mentre la condanna di Salvatore Gallo era ormai passata in giudicato, casualmente Paolo Gallo venne individuato, grazie anche al giornalista Enzo Ascioffa in contatto con l'avvocato Salvatore Lazzara, che si era occupato dei giudizi di secondo e terzo grado. Il morto vivo si era nascosto purché l'odiato fratello scontasse una pena che non meritava!

Il condannato fu scarcerato faticosamente, dato che i casi di revisione allora non prevedevano che il morto fosse vivo... Tuttavia, non si sottrasse a una nuova condanna per lesioni volontarie, la cui pena, anch'essa severa, era già stata ingiustamente scontata. Pasticci di ordinaria giustizia, sempre incombenti negli uffici giudiziari di ieri e di oggi.

Sarebbe riduttivo definire *Giallo d'Avola* un *legal thriller* o un giallo. Non solo perché i fatti narrati sono veri, ma soprattutto perché la vicenda umana e il processo che ne seguì sono solamente lo sfondo del romanzo, un vero pretesto per un avolese che vive lontano dalla sua terra per risentirne gli odori e i sapori, lasciandosi catturare dalla sua nostalgia per le sue radici. Lo stesso titolo (che promette un prodotto non... enologico come il nero d'Avola) è un

---

\* P. DI STEFANO, *Giallo D'Avola*, Sellerio, Palermo 2013.

omaggio alla sua città. Del resto, basta leggere qualche brano per cogliervi il legame intenso tra Di Stefano e Avola.

Quei due fratelli erano mezzadri, facevano allevamento di animali, vacche e pecore, e coltura di frumento nelle zone di collina che dominavano il mare aperto a destra fino al faro di Porto Palo. Il paese stava peggio della montagna. Nei periodi di miseria, quante volte, al momento della raccolta del grano, i figli delle famiglie povere andavano a spigolare, con il permesso dei proprietari le rare spighe dimenticate sul terreno. In quelle settimane di primo autunno, invece, quando u Sacchiteddu [Paolo Gallo, *n.d.r.*] scomparve, con le prime acque cadute dopo l'estate veniva fuori una specie di senape o cavoletto selvatico, il fiuriddu, una pianticella commestibile dal fiore bianco, che piaceva alle bestie e ai cristiani. Sebastiano e il suo fratello minore, che si chiamava Paolo come lo zio, per tutta l'infanzia avevano fatto la corsa per accaparrarselo, lo portavano alla loro mamma che lo faceva bollito o fritto con olio, aglio e un poco di peperoncino rosso, era una bellezza accompagnato con olive, cipolle e pane duro di una settimana. Per non parlare di aiti, cioè bietola selvatica, e borraggine detta anche purrani, cardella, indivia, cicoria, che erano le aragoste il caviale dei contadini. I Gallo dovevano aspettare un mese, il tempo dei morti, per andare a raccogliere la liama, un'erba tagliente che serviva ai contadini per fasciare la legna e ai pescatori per fare le corde o le reti. Certi picciotti si guadagnavano così la giornata, raccogliendo e consegnando al mercato la liama. E si raccoglievano anche le erbe aromatiche, la satra con i fiori blu e la mortilla selvatica che veniva venduta alla distilleria di fronte al campo sportivo, vicino alla Fiat. I Gallo nemmeno lo sapevano, ma le imprese a quell'epoca le industrie non mancavano. Ad Avola c'erano le fabbriche che elaboravano l'assenzio del limone e delle arance, c'erano le fabbriche dei mattoni per le case e del bitume per le strade, c'erano i ricchi e c'erano i poveri, e niente è cambiato, rimangono i ricchi e rimangono i poveri, che sono sempre le stesse famiglie di allora. La famiglia Gallo non era ricca e non era povera. Viveva.

Oppure:

La gelata del giorno prima aveva acquistato, salendo verso la montagna, una cattiveria insopportabile, eppure era una splendida giornata limpida e di aria frizzante: dall'alto si vedevano le linee irregolari e intermittenti dei muretti a secco, certi arbusti bianco-violacei, certe macchie giallastre, i sassi sbriciolati ovunque, a cascata, macerie, rocce, grotte, fossi e balze, le pale storte dei fichidindia, in fondo la striscia larga del mare era solcata da un paio di navi gigantesche che liberavano nel cielo sbuffi neri di fumo.

E ancora:

Salvatore Gallo ebbe quarantotto ore per prepararsi. Fu trasferito da Catania a Siracusa e da Siracusa una sera quattro carabinieri vennero a prendere lui e altri tre detenuti per caricarli su un vagone carcerario agganciato a un treno diretto a Napoli: contro il regolamento, i carabinieri, che avevano i capelli grigi, consentirono a farli viaggiare senza manette, sdraiati sulle panche di legno. Salvatore Gallo preferì rima-

nere in piedi per tutto il viaggio, attaccato alle sbarre del finestrino, ad ascoltare le ruote che sferragliavano e stridevano sui binari e a osservare il nero delle montagne, poi il nero delle campagne. Ci saranno pure state delle luci che attraversavano l'aria, lampioni e luminarie sulla strada, lampare sull'acqua, navi che viaggiavano all'orizzonte, casali illuminate da uno spicchio di luna, paesini con un bar aperto, qualche macchia bianca qua e là, ma lui guardò solo il nero. Ciò che probabilmente vide, sul nero che correva sotto i suoi occhi, fu la colpa o l'innocenza, furono gli errori, i rimorsi, le rabbie, gli occhi, gli affetti, i volti, quel che aveva perduto senza rimedio.

Naturalmente non c'è solo Avola in questo libro appassionante. Paolo Di Stefano ha studiato il processo Gallo con millimetrica attenzione, ma ha voluto documentarsi anche sul rito inquisitorio, vigente all'epoca. Ne sono testimone diretto in quanto ho avuto il privilegio di leggere in anteprima il manoscritto per eventuali segnalazioni sugli aspetti giudiziari. E qui la qualità di scrittore, sprizzante in ogni pagina, è arricchita dalla professionalità del giornalista, che connota fortemente il narrato seppure senza oscurare la magia dell'arte di scrivere. Il tratto dello scrittore di rango traspare nello stile, nel linguaggio, nella malia dei messaggi subliminali trasmessi al lettore. In punta di piedi, ché l'Autore è signorilmente riservato, persino schivo. Direi che sembra esente da quella vanità, a volte contenuta nei limiti dell'autostima, che di solito accompagna chi si rivolga a un numero indeterminato di persone.

Così Di Stefano dimostra come possa felicemente romanzarsi una storia vera, tragica e senza tempo. Non è azzardato pensare alle sciagure delle rappresentazioni teatrali di Sofocle: c'è il dramma familiare, ci sono due tragedie, una finta (il supposto omicidio), l'altra vera (la detenzione scontata per un delitto che non c'è). E c'è l'ingiustizia interrotta dal caso – o, anche qui, da un Dio? – per Salvatore Gallo; e prima ancora la carcerazione per i testimoni veri costretti alla menzogna della ritrattazione. Beffardo, sembra affacciarsi anche Pirandello...

Del resto, non di rado il processo è un romanzo, e comunque somiglia a storie di fantasia. Una somiglianza duplice che riguarda sia la vicenda umana, spesso più fantasiosa di un racconto (è la vita la storia più imprevedibile), sia il processo, condizionato dalla strategia variabile delle parti. L'avvocato è a volte un primattore, a volte un comprimario se non una mera comparsa. Il pubblico ministero è spesso il principale attore mediatico nei processi in cui ne valga la pena, mentre l'imputato rimane il protagonista involontario, già condannato dai media con sentenza inappellabile. Al giudice spetta però l'ultima parola, e l'esperienza giudiziaria ci insegna come sia l'"uomo" giudice a pesare sulla decisione più delle leggi e della giurisprudenza.

Tuttavia, la giustizia non è soltanto roba da tribunali. Al contrario è nel nostro DNA. E quotidianamente tutti noi esseri umani senza accorgercene giudichiamo continuamente. Ancor più spesso accusiamo, quasi mai difendiamo (noi avvocati lo facciamo a pagamento...), né ci ricordiamo della civiltà del

principio, pur sancito in Costituzione, della presunzione di non colpevolezza. Basta un pretesto qualsiasi: con quale titolo quest'avvocato si arroga la capacità di recensire un romanzo? E il direttore di questa Rivista perché mai gli lascia tanto spazio?

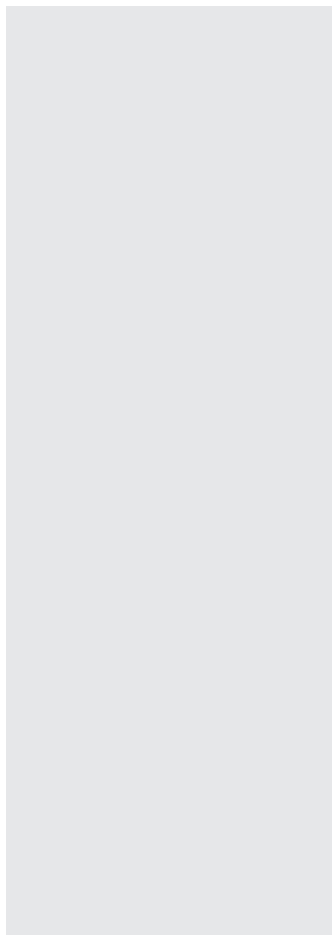
La vita è un processo continuo, per alcuni, preoccupati dei giudizi altrui, anche ossessivo. Della vita ha compreso il senso solo chi difende più gli altri che se stesso, non chi accusa, non chi condanna.

In *Giallo d'Avola*, oltre alla particolarità dei fatti, ci cattura la vicenda giudiziaria, non meno singolare nella sua profonda, clamorosa fallacia. Del resto era il triste e pigro conformismo del processo inquisitorio (e di chi, pm o giudice istruttore, doveva indagare in totale assenza di qualsiasi contraddittorio) alla tesi d'accusa, a sua volta troppo spesso adagiata sulla ricostruzione della polizia giudiziaria.

Grazie a questo libro, straordinario nei suoi "a fondo" umani, ambientali e giudiziari, ho rivissuto il tormento irrefrenabile dell'innocente e l'angoscia del suo difensore, sentimenti ancora vivi nei primi anni settanta quando iniziai il mio tirocinio presso lo studio di mio zio e maestro, Pier Luigi Romano. Se ne parlava ancora: il caso Gallo era il prototipo dell'errore giudiziario e dell'inaffidabilità della sentenza anche passata in giudicato. L'avvocato Romano, con le sue arringhe asciutte e colte, tremendamente efficaci, ci insegnava a diffidare dell'apparenza, delle "risultanze" di polizia giudiziaria, e ad esaltare e privilegiare piuttosto la logica del dubbio.

Di Stefano non si sofferma sulle emozioni dei protagonisti, fingendo un distacco da cronista. Il lettore non ci crede, incantato dal narrato e dal suo Autore, o chissà – magari inebriato dal... *Giallo d'Avola* – tende a dimenticare il finale che pure conosce, e a sperare in uno migliore. Per la giustizia, se non altro...

# L'AVVOCATURA DEI GIOVANI



In questa rubrica nel n. 2/2013 in nota all'articolo "La formazione che vorrei" per errore sono stati omessi i nomi di Giulia Conti Alunno, Alberto Conti e Valeria Guarracino. Ci scusiamo con i nostri collaboratori.



# Un libro sul coraggio di essere giovani

Roberta Sorrentino

---

Ho iniziato a riflettere su *Mandami tanta vita* appena qualche giorno più in là dopo averlo finito di leggere<sup>1</sup>.

Il tempo di interiorizzarlo, di farlo mio, mi piace chiamarla così questa *vacatio*.

E questi pensieri, neanche a farlo apposta, nascono fluidi e prendono forma nel giorno del 67° anniversario della Repubblica Italiana, il 2 di giugno.

Come se fosse un omaggio, come se fosse un regalo, mi sono detta.

Uno splendido regalo per i giovani di ieri e di oggi e di quelli che ancora verranno e per tutti quelli che giovani lo sono rimasti per forza, qualcuno prigioniero di Parigi e del carnevale del 1926.

Anche Moraldo era stato a Parigi, aveva inseguito una romanticheria, come la chiama lui, un'idea, Carlotta, che per uno scambio fortuito e più o meno fortunato di valigie aveva conosciuto e della quale si era innamorato (era veramente innamorato?) come di una mongolfiera sulla Senna, come Pierrot della Luna.

Parigi, dove in un parco Moraldo si era seduto serrando i pugni, masticando furioso ed umiliato gli attimi e le parole della giornata precedente che avrebbe strappato e fatto in coriandoli mille volte e dove camminava, avanzando lentamente, un giovane con un cappello in testa, stretto in un capotutto nero. «Con un passo assorto, o stanco».

Poi c'era Piero, sposato con Ada, col suo bambino di pochi mesi, che a 24 anni «faceva l'uomo da sempre».

Il giovane editore, lo smilzo e spavaldo studente che aveva osato interrompere la lezione su Dante qualche anno prima e che aveva fin da subito impressionato, indispettito per i suoi modi, ma anche, come avrebbe ammesso solo a fatica, incuriosito, Moraldo, tanto da cercare più volte un contatto con lui, con numerosi quanto vani – magari proprio perché poco incisivi – tentativi.

Piero, che con i suoi occhialelli tondi da miope aveva fondato già riviste ed una casa editrice.

Alto, magrissimo, lucido e fervente antifascista che col suo piglio fiero sembrava sempre diretto verso un luogo preciso.

Quanto fidarsi della prima impressione porti fuori strada, Moraldo lo avrebbe capito solo tempo dopo.

Quando lo avrebbe rivisto, lui, Piero, l'editore tanto ammirato, il volto sicuro e fiero a cui avrebbe voluto rivolgere mille domande nel gelido febbraio torinese-

---

<sup>1</sup> P. DI PAOLO, *Mandami tanta vita*, Feltrinelli, Milano 2013.

se, a cui chiedere come si fa ad essere come lui, quali libri leggere, quali ideali sposare, quali amici e quali posti frequentare, quali idee farsi.

Moraldo, lui era, invece, l'eterno indeciso, l'eterno fallito, si torturava così.

Ma era davvero Piero ad avere le risposte? ed era Carlotta la passione, l'Amore?

Una storia che fa riflettere, che snocciola e ripercorre sapientemente le ansie e le paure di chi sta crescendo, con l'angoscia di non diventare "grande" come si era immaginato, di non essere mai all'altezza, di non aver coraggio di sostenere le proprie idee, di non essere in grado di amare come si deve una donna, illuminando ora i tratti più intimi, personali di un giovane, ora facendo luce sugli scorci di vita più pubblici ma anche più liberticidi di quegli anni.

Quando non si poteva dir nulla, pensare nulla, parlare di nulla che non fosse già preconfezionato ed approvato dal regime fascista, che altrimenti sarebbero state botte, spranghe e pallottole.

Quando la libertà non era diritto di tutti, ma nobilissimo pensiero di quelli che l'hanno sognata, difesa e pagata con il carcere, gli esili, le fiamme, con le torture, con la vita e che, nonostante questo, ce l'hanno donata, perché ne potessimo respirare il profumo tutti i giorni, a pieni polmoni.

Una storia ambientata nel passato, durante un febbraio "sleale e feroce", ma non per questo passata.

Un racconto attuale di un'altra epoca, fatta di uomini con i capelli, giovani con i baffi e pettini nel taschino, di donne con le trecce, la cui chiave di lettura va ricercata nella costanza dei valori, quelli veri, nella speranza (Basta volerle le cose, no? Basta infinitamente volerle), nella perseveranza, nella Vita, quando il tempo non promette nulla di buono, proprio come adesso, oggi come allora.

Un libro fondamentalmente ottimista, che conforta ed invita a credere al cambiamento, ad un destino ed un futuro migliore quando davanti non pare esservi altra via che il declino famelico ed inarrestabile. Un buco nero che tutto e tutti fagocita, ma solo apparentemente invincibile.

Un romanzo che mette ordine, rigenera, mette in fila i suoni ed i colori di una Torino e di un'Italia di allora ma anche tanto di adesso, accarezzando i sentimenti che viaggiano con le parole di carta, con la scritta "FRAGILE", perché i sentimenti purtroppo lo sono; oppure "PRIORITÉ", perché a volte si vuole affrettare il tempo, anche se il tempo ha già di suo molta fretta.

Sentimenti ed emozioni degli uomini e delle donne di ieri che insegnano, mostrano la via e danno il ritmo, consci e saldamente fermi nelle loro convinzioni, coraggiosi e ricchi di slanci verso il futuro, ricordando a noi uomini e donne di oggi storditi ed impauriti quanto, invece, ci sia bisogno di "fare" quando tutto sembra ormai inutile, di "credere", quando pare andata via anche l'ultima speranza, di essere "politici", nel tramonto della politica, di professare "vita" nelle sciagure, di "combattere", anche a mani nude, se necessario, di "restare", quando tutti vanno.

Nonostante l'epoca sia lontana – e poi non così tanto – siamo tutti noi un po' Moraldo, un po' Piero, un po' Ada, Carlotta, conosciamo i coniugi Bovis ed abbiamo un amico Amedeo.

L'identificazione tra noi ed i personaggi è perfettamente riuscita.

Ma le loro idee, il loro messaggio e il loro eroismo quotidiano è anche il nostro?



# Il sovraffollamento carcerario in Italia

## La sentenza “Torreggiani” della Corte europea dei diritti dell’uomo

Maria Migliaccio

---

Il 27 maggio scorso la *Grand Chambre* della Corte europea dei diritti umani ha confermato la sentenza pilota del gennaio 2013 con la quale, accertando la violazione dell’art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, l’Italia era stata condannata a porre rimedio al problema del sovraffollamento delle carceri. Il collegio di cinque giudici della Grande Camera ha respinto, con provvedimento non motivato, la richiesta di rinvio del caso Torreggiani c. Italia formulata dal governo italiano. La sentenza è ora definitiva, ed il termine annuale da essa fissato per adeguare l’ordinamento italiano agli standard di tutela dei diritti dei detenuti, ha iniziato il suo decorso a partire dal 28 maggio 2013.

Lo scenario che emerge dalla sentenza Torreggiani<sup>1</sup> evidenzia come il problema del sovraffollamento carcerario si sia ormai radicato fino al punto di non ritorno.

Il divieto di tortura, sancito dall’art. 3 della CEDU e contemplato in numerose fonti di diritto internazionale, rappresenta un fondamentale traguardo della civiltà giuridica contemporanea: «Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

Trattandosi di diritto inderogabile, il divieto di tortura resta escluso dalle pratiche di bilanciamento. In tutte le ipotesi in cui l’organo giudicante dovrà ponderare una scelta tra diversi interessi meritevoli di tutela, la norma non potrà funzionalmente essere derogata.

Di converso, alla luce della sentenza Torreggiani, considerare violato l’art. 3 CEDU significa ritenere sostanzialmente vanificato il precetto contenuto nell’art. 27, 3 comma della Costituzione, che pone il principio del finalismo rieducativo della pena<sup>2</sup>, la quale deve tendere alla “rieducazione del condannato”.

Le statistiche parlano chiaro: nel nostro Paese esistono 206 penitenziari e, secondo i dati che sono stati forniti dal Ministero, nelle carceri italiane ci sarebbero 18.891 reclusi in eccesso, visto che la capienza dei posti ammonta a 46.995. Si calcola che circa 20.000 persone permangano in cella in media circa

---

<sup>1</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, sezione II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia.

<sup>2</sup> G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 7/2013, pp. 147-158.

3 giorni. E questo è sicuramente un motivo di preoccupazione, visto che l'andamento della popolazione carceraria dal 2006 ad oggi è in crescita. Le fasi sono state alterne, raggiungendo un picco massimo nel 2010, con 67.961 detenuti. Nel 2006 le persone in carcere erano 61.264, per arrivare ai 65.886 del 2013<sup>3</sup>; 23.265 sono i detenuti stranieri e 24.342 coloro che sono in attesa di giudizio. Le celle appaiono dunque spazi troppo piccoli, che spesso non superano i tre metri quadri per persona.

\* \* \*

Non è la prima volta che la Corte si pronuncia sul punto: già nel 2009 con la sentenza *Sulejmanovic c. Italia* era stata accertata la violazione dell'art. 3 della Convenzione, a seguito del ricorso presentato da un cittadino della Bosnia Erzegovina, *Sulejmanovic*, condannato a due anni e cinque mesi di carcere per rapina aggravata ed altri reati, che lamentava l'impossibilità di poter scontare la pena in modo decoroso a causa delle condizioni che i detenuti del carcere di Rebibbia erano costretti a sopportare<sup>4</sup>.

Invero, già quattro anni fa, la Corte aveva riscontrato la violazione dell'art. 3 CEDU laddove il detenuto fosse costretto a scontare la pena in situazioni di *overcrowding*<sup>5</sup>.

Con l'arresto dell'8 gennaio 2013 la Corte non si limita a riconoscere la violazione *ex art. 3 CEDU* nei confronti delle persone titolari delle situazioni soggettive di matrice convenzionale, ma estende la portata del giudizio anche nei confronti dell'intero sistema penitenziario italiano, al punto di riconoscere il carattere endemico della situazione carceraria del bel Paese.

Invero, la Corte ha posto in essere l'ingiunzione nei confronti dello Stato italiano di introdurre, entro il termine di un anno dal momento in cui la sentenza della Corte sarà divenuta definitiva, un ricorso o un insieme di ricorsi interni idonei ad offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte<sup>6</sup>. Ed ancora, la Corte ha disposto nello stesso arco temporale la sospensione di tutti i ricorsi già proposti e da proporsi che abbiano ad oggetto il sovraffol-

<sup>3</sup> Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato statistica ed automazione di supporto dipartimentale - Sezione Statistica.

<sup>4</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sulejmanovic c. Italia*, dove i giudici di Strasburgo hanno individuato lo spazio vitale minimo, al di sotto del quale si configura una violazione dell'art. 3 CEDU, in 3 metri quadrati.

<sup>5</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sulejmanovic c. Italia*, cit., par. 43.

<sup>6</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit. punto 4 del dispositivo.

lamento delle carceri<sup>7</sup>, al fine di favorire la soluzione stragiudiziale di tutte le controversie ancora pendenti in materia.

Tempi difficili, dunque, per la giustizia italiana che, nonostante gli inconsistenti interventi normativi recenti (basti ricordare il d.l. 211/2011), sembra versare in una situazione di stallo da oramai troppo tempo.

Il rimedio delle sentenze pilota<sup>8</sup> sembra essere diventato un mezzo necessario laddove determinate fattispecie di ricorso siano radicate in un problema di dimensioni nazionali. Nel corso degli ultimi anni la Corte europea per i diritti umani ha sviluppato tale procedura come mezzo per affrontare una ingente quantità di casi identici derivanti dallo stesso problema. Infatti, la decisione pilota *ex art. 46 CEDU* non mira soltanto a condannare la singola violazione dei diritti fondamentali, ma è volta ad evidenziare la perdurante e diffusa pratica di ostacolare l'attuazione delle norme sancite dalla Convenzione. Attraverso questa misura la Corte, al fine di porre rimedio al problema, prescinde dalla soluzione del singolo caso spingendosi verso orizzonti più ampi: fornire soluzioni utili e plausibili che siano di ausilio allo Stato convenuto.

La Corte non mira soltanto al ristoro delle sofferenze patite dal soggetto leso dai trattamenti disumani e degradanti, ma fornisce un valore aggiunto: trovare una soluzione al problema del sovraffollamento carcerario.

Pur riconoscendo gli sforzi posti in essere dalle autorità italiane, la Corte opera un distinguo tra rimedi, che il nostro Stato dovrà adottare entro il prossimo anno, di natura compensativa, con i quali il detenuto possa ottenere una riparazione in forma equivalente al pregiudizio subito, e preventiva, volti ad ovviare il problema del sovraffollamento<sup>9</sup>. Il giudizio della Corte tuttavia, non vuole imporre decisioni, che di regola, spettano allo Stato. Invero, dette scelte di carattere discrezionale non sono imposte dal verdetto dei giudici di Strasburgo che si limitano a suggerire diverse le soluzioni che potrebbero essere adottate.

Già nel 1992 il Comitato europeo per la prevenzione della tortura aveva segnalato come situazioni di sovraffollamento carcerario e cattive condizioni sanitarie potessero cumulativamente integrare fattispecie integranti il reato di tortura.

La Corte, richiamando le raccomandazioni Rec (99)22 e Rec (2006)13 del Comitato dei Ministri, invita lo Stato a ricorrere il più ampiamente possibile alle misure alternative alla detenzione e ad indirizzare la politica penale verso un minor ricorso alla detenzione allo scopo, tra l'altro, di ridurre la crescita della popolazione carceraria<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit. punto 5 del dispositivo.

<sup>8</sup> Primo esempio di questa nuova tecnica decisoria è la sentenza della Grande Camera del 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*.

<sup>9</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit. par. 96.

<sup>10</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit. par. 95.

Inoltre invita lo Stato ad assicurare al detenuto il diritto a scontare la propria pena in una struttura penitenziaria in cui il rapporto tra metri quadri e “ospiti” non sia inferiore a quello già richiamato dalla sentenza Sulejmanovic.

\* \* \*

Le difese dello Stato italiano in sede di opposizione sembrerebbero eludere un approfondimento del problema. Infatti, le pretese difensive del Governo italiano si fondano innanzitutto su eccezioni di tipo preliminare. In primo luogo, viene contestata la qualità di vittima del ricorrente in quanto tutti i sette ricorrenti ad eccezione di uno erano stati trasferiti dalle proprie celle dopo aver avanzato le proprie pretese. La Corte ha respinto detto argomento sostenendo che una misura favorevole al ricorrente in linea di principio non sia idonea a sovvertire la qualità di vittima a meno che questa non sia stata esplicitamente riconosciuta dalle autorità nazionali attraverso una riparazione<sup>11</sup>.

In secondo luogo si eccepisce il mancato previo esaurimento dei ricorsi interni effettivi, sufficienti ed accessibili in quanto soltanto uno dei ricorrenti aveva adito il magistrato di sorveglianza *ex artt.* 35 e 69 della l. 354 del 1975. La Corte ha tuttavia sottolineato che, trattandosi di rimedio di tipo indiretto, il ricorso al magistrato di sorveglianza non rappresenta un rimedio idoneo a contrastare il prodursi della violazione<sup>12</sup>. Finché permane la situazione complessiva di sovraffollamento non deve, pertanto, ritenersi strettamente necessario seguire le vie interne di tutela, a prescindere dalla natura amministrativa o giurisdizionale dei rimedi.

Dal punto di vista delle soluzioni che l'Italia dovrà adottare queste dovranno essere tanto di natura “preventiva” quanto di natura “compensativa”<sup>13</sup>, in un sistema che complessivamente possa consentire l'adozione di provvedimenti efficaci e ristabilire la preminenza della finalità rieducativa della pena codificata nell'art. 27 della Costituzione. Lo scopo della procedura pilota adottata dai giudici di Strasburgo in situazioni oggetto di numerosi ricorsi seriali, ha quindi come obiettivo quello di porre chiaramente in luce l'esistenza dei problemi strutturali che sono all'origine delle violazioni lamentate nei ricorsi seriali, e di indicare allo Stato le azioni e gli strumenti per porvi rimedio, e ciò in conformità al principio di sussidiarietà che regola i rapporti tra la Corte e gli Stati, secondo il quale spetta anzitutto alle autorità nazionali assicurare un'adeguata tutela ai diritti convenzionali<sup>14</sup>.

È arrivato dunque il momento per le autorità italiane di assumere le proprie responsabilità, con misure legislative mirate al raggiungimento effettivo della

<sup>11</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, cit. par. 38-40.

<sup>12</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, cit. par. 50.

<sup>13</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, cit. par. 96.

<sup>14</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, cit. par. 85.



riduzione della popolazione carceraria. La stringente esigenza di ottemperare in tempi rapidi alle prescrizioni dei giudici di Strasburgo deve far i conti, purtroppo, con l'incerta situazione politica che sta vivendo oggi il nostro Paese.

I rimedi da adottare non dovrebbero identificarsi in un palliativo, come la costruzione di nuove carceri o l'amnistia, che solo momentaneamente fornisca tregua all'attuale situazione quanto, piuttosto, in un progetto solido e che punti al lungo periodo, come ad esempio la depenalizzazione di reati o l'utilizzo di misure alternative alla pena.

La possibilità di ammettere alle misure alternative i soggetti meritevoli non soltanto favorirebbe un costante deflusso della popolazione carceraria, ma inciderebbe sul numero degli ingressi e sulla sicurezza sociale<sup>15</sup>, se è vero che il condannato che espia la pena in carcere recidiva nel 68,4% dei casi, laddove chi ha fruito misure alternative alla detenzione ha un tasso di recidiva del 19% che si riduce all'1% tra coloro che sono stati inseriti stabilmente nel circuito produttivo e nel mondo del lavoro.

Frattanto, in attesa di soluzioni di carattere normativo, spetterà al giudice nazionale attutire la situazione: ad esempio attraverso un minore utilizzo delle misure cautelari e delle pene detentive. Infatti, il 40,2% della popolazione penitenziaria è costituito da persone in attesa di sentenza definitiva, probabilmente una percentuale eccessiva atteso che nel nostro ordinamento l'imputato è considerato innocente soltanto dopo il passaggio in giudicato della sentenza.

Un percorso da seguire potrebbe spiegarsi in più fasi, inizialmente attraverso lo strumento del decreto legge per far fronte alle situazioni più urgenti che apra la strada per un decreto legislativo che lasci spazio all'intervento parlamentare sul tessuto normativo vigente.

Cesare Beccaria scriveva: «È meglio prevenire i delitti che punirli. Questo è il fine principale di ogni buona legislazione, che è l'arte di condurre gli uomini al massimo di felicità o al minimo di infelicità possibile»<sup>16</sup>; sperando che queste parole possano essere di monito al legislatore, è fondamentale che l'intervento auspicato si realizzi nel minor lasso di tempo possibile onde evitare il perdurare di questa situazione disarmante.

---

<sup>15</sup> F. FIORENTIN, *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane, Note in attesa di un intervento riformatore in linea con la prospettiva delineata dalla Corte EDU con la sentenza Torreggiani c. Italia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, pp. 1-10.

<sup>16</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cap. 41 (1763).



# L'evoluzione del ruolo dell'avvocato nell'era della globalizzazione dei diritti umani

Claudia Rogato e Laura Poziello

---

Il principio di protezione universale dei diritti umani scaturisce dall'essenza stessa della dignità dell'uomo come essere umano, che per definizione è uguale, universale e non conosce discriminazione... Lo Stato non ha potere di creare i diritti umani attraverso una legge o una convenzione, ha solo la capacità... di disciplinarne l'esistenza e di assicurarne la protezione<sup>1</sup>.

Per comprendere la lunga strada che ha condotto al costante ampliarsi della riflessione sui diritti umani un'efficace metafora è quella riguardante la dinamica dei fiumi carsici: l'acqua scorre sotto compatte superfici rocciose, ma trova anche il modo di emergere.

Il tema dei diritti umani ha subito un'incessante evoluzione fino a penetrare nell'*humus* culturale e giuridico dei popoli. Dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, un esteso processo di codificazione internazionale è stato avviato con l'approvazione di ben 130 convenzioni internazionali aventi per obiettivo quello di potenziare la tutela di alcuni diritti specifici, nonché dei diritti fondamentali di categorie di persone particolarmente vulnerabili<sup>2</sup>.

Il processo di trasferimento dei diritti umani nel tessuto normativo ha inizio già dalla fine della seconda guerra mondiale, allorché la comunità internazionale avverte la necessità di dotarsi di uno strumento<sup>3</sup> di portata universale

---

<sup>1</sup> Parere del giudice Tanaka estratto dai documenti della Corte internazionale di giustizia dell'Aia del 1966.

<sup>2</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, alla Convenzione internazionale per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (ICERD-1965), alla Convenzione contro ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (CEDAW-1979), alla Convenzione internazionale contro la tortura (CAT-1984), alla Convenzione sui diritti dell'infanzia (CRC-1989), alla Convenzione internazionale per la protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (ICRMW-1990), alla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (2006), alla Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalle spazzioni forzate (2006).

<sup>3</sup> La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948, rappresenta il documento relativo ai diritti umani forse più conosciuto. Essa stabilisce, all'articolo 1, che tutti gli esseri umani sono eguali perché condividono l'essenza stessa della dignità umana e che i diritti umani sono innati, spettanti a

basato sui diritti umani come premessa imprescindibile per perseguire la pace e la sicurezza internazionale, lo sviluppo e la democrazia. Esso rappresenta l'affermazione di un'aspirazione condivisa di un mondo più giusto e solidale, in cui la dignità dell'uomo assurge a valore assoluto e centro nevralgico dell'intero sistema dei diritti enucleabile dal testo della Dichiarazione<sup>4</sup>.

Un'influenza sempre più incisiva – quella dei diritti fondamentali – che si manifesta fino alla Carta di Nizza (dalla prima proclamazione nel 2000 fino al riconoscimento della efficacia giuridica nell'UE del 2009) e nella portata innovativa del Trattato di Lisbona che sancisce il definitivo ingresso dei principi generali della Convenzione del 1950 nell'ordinamento dell'Unione Europea<sup>5</sup>. Ma il tema dei diritti umani e fondamentali richiama l'attenzione su un ulteriore profilo: i processi di globalizzazione tuttora in atto hanno introdotto una nuova dimensione spazio-temporale in cui non solo si sviluppano relazioni commerciali, informazioni, tecnologie e saperi, ma inevitabilmente viene portata alla luce la questione della giustizia globale come base e motore della libertà.

A quasi sessant'anni dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la società e la cultura risultano profondamente mutate ed in continua evoluzione, ed anche il tradizionale catalogo dei diritti della persona ha subito un ampliamento consistente: possiamo citare il diritto alla qualità della vita, alla diversità, alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo, alla privacy. Questi diritti fondamentali, che ineriscono all'essere umano in quanto tale, necessitano di una tutela costante e rafforzata non solo da parte degli organismi costituzionali, ma anche di quei soggetti istituzionalmente investiti di funzioni legislative e giurisdizionali.

A tal punto, è lecito chiedersi, qual è il ruolo dell'avvocato nell'era della globalizzazione?

In una società così intrisa di valori e di principi universali, il ruolo dell'avvocato assume un'assoluta centralità: egli ha la precipua missione di diffondere a tutti i livelli la cultura dei diritti umani, operando in un contesto senza frontiere che è lo spazio-mondo della globalizzazione.

---

ciascun individuo, per cui non sono né privilegi appartenenti ad una ristretta *élite* di persone né tantomeno concessioni che possono essere revocate o accordate da parte di una qualsiasi autorità pubblica o privata.

<sup>4</sup> La dichiarazione del 1948 consta di 30 articoli che spaziano dall'enunciazione dei diritti politici e civili, ai diritti economici e sociali di cui ciascun essere umano è titolare.

<sup>5</sup> Art. 6 Trattato di Lisbona comma I: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati»; comma II «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati». Il 5 aprile 2013 è stato adottato un rapporto, frutto degli incontri tra la Commissione europea ed il Gruppo nominato dal Comitato direttivo per i diritti umani, che contiene una versione aggiornata degli strumenti per l'adesione dell'Unione alla CEDU, tra i quali in particolare il progetto dell'Accordo adesione, ed indica le tappe del percorso successivo.

All'immagine dell'«azzecagarbugli tuttofare» si sovrappone la nuova figura dell'avvocato globalizzato avente una funzione sociale, rispondente alle molteplici esigenze della collettività e promotore di istanze garantiste a tutela dei diritti inviolabili della persona umana e della sua dignità. Di sicuro l'avvocato è, e resta ancora, il garante della giustizia che, con il suo ruolo, concorre alla evoluzione della giurisprudenza e quindi della società.

Nell'era del profitto e della prevalenza delle logiche di mercato, indifferenti al rispetto dei diritti fondamentali della persona l'avvocato ha il dovere di rivendicare il fondamento etico dei nuovi diritti. Infatti «i diritti fondamentali si pongono a presidio della vita, che in nessuna sua manifestazione può essere attratta nel mondo delle merci»<sup>6</sup>.

Non si può sottacere, del resto, l'importante opera di dialogo che l'avvocato svolge con le Corti europee attraverso la proposizione di ricorsi che denunciano violazioni dei diritti da parte degli Stati. Essi alimentano l'attività ermeneutica degli organi giurisdizionali europei contribuendo all'effettiva applicazione dei principi CEDU negli ordinamenti degli stati membri del Consiglio d'Europa: le sentenze della Corte di Strasburgo hanno, infatti, un'efficacia vincolante e rendono effettivi i meccanismi di tutela dei diritti umani di fronte a esplicite violazioni della Convenzione.

L'attenzione dell'avvocatura deve essere pertanto rivolta alla promozione di nuove istanze di legalità, di solidarietà sociale e di rispetto della dignità umana: obiettivi essenziali dello Stato di diritto e centri di gravitazione dei sistemi normativi nazionali e sovranazionali. È indispensabile, in altri termini, che ad una mutazione dello scenario geo-politico e allo sviluppo dei processi di globalizzazione, corrisponda un analogo processo di evoluzione per i diritti umani e fondamentali dell'uomo che rappresentano la determinante nevralgica della giustizia globale.

«Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli»<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Feltrinelli, Milano 2006, p. 38.

<sup>7</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, p. 16.

## Notizie sugli autori

### **Guido Alpa**

Presidente del Consiglio Nazionale Forense. Professore ordinario di Diritto privato e Diritto civile presso l'Università degli Studi di Roma Sapienza.

### **Elena Borsacchi**

Praticante avvocato del foro di Pisa.

### **Carlo Calvieri**

Professore associato di Diritto costituzionale e di Diritto pubblico dell'economia presso l'Università degli Studi di Perugia.

### **Sibilla Cantarini**

Professore associato di Lingua e linguistica tedesca presso l'Università degli Studi di Verona.

### **David Cerri**

Avvocato in Pisa. Consigliere della Scuola Superiore dell'Avvocatura e professore a contratto presso l'Università degli Studi di Pisa.

### **Fabio Licata**

Magistrato presso il Tribunale di Palermo.

### **Alarico Mariani Marini**

Avvocato in Perugia. Componente del Consiglio Nazionale Forense e Vice Presidente della Scuola Superiore dell'Avvocatura.

### **Maria Migliaccio**

Praticante avvocato del foro di Cosenza.

### **Sergio Novani**

Professore di Epistemologia e teoria dell'argomentazione presso lo Studio Teologico Interdiocesano di Camaione.

### **Maurizio Paganelli**

Avvocato in Roma.

### **Laura Poziello**

Praticante avvocato del foro di Napoli.

**Federico Puppo**

Avvocato in Trento. Ricercatore di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Trento e segretario del CERMEG, Centro di ricerca sulla metodologia giuridica.

**Ettore Randazzo**

Avvocato in Siracusa. Coordinatore del gruppo di studio di diritto penale della Scuola Superiore dell'Avvocatura.

**Federica Resta**

Dottore di ricerca in Diritto penale. Funzionario presso il Garante per la protezione dei dati personali.

**Claudia Rogato**

Avvocato in Cosenza.

**Roberta Sorrentino**

Avvocato in Napoli.

**Pier Giovanni Traversa**

Avvocato in Bari. Membro della delegazione del Consiglio Nazionale Forense presso il CCBE.

**Lucia Tria**

Magistrato presso la Corte Suprema di Cassazione e componente della Direzione scientifica della rivista *Cultura e Diritti*.

**Umberto Vincenti**

Avvocato in Padova. Presidente della Scuola di Giurisprudenza e professore ordinario di Istituzioni di diritto romano presso l'Università degli Studi Padova. Componente della Direzione scientifica della rivista *Cultura e Diritti*.

Finito di stampare nel mese di novembre 2013  
da Tipografia Monteserra S.n.c. - Vicopisano  
per conto di Pisa University Press